REINHARDI BANCHOUII, IC. IN INSTITUTIONUM IURIS DIUI IUSTINIANI LIBROS QUATUOR...

Reiner Bachoff von Echt, Giovanni Battista Coccini

Digitized by Google

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
11 G
16

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

25.3.19
25
e
22

13-11.A.21

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REINHARDI BACHOVII ECHTII, IC.

IN INSTITVTIONVM IVRIS DIVI IVSTINIANI LIBROS QVATVOR COMMENTARII

Theorici & Practici.

QVIBVS TVM TEXTVS SOLIDE EXplicatur, tùm plurimæ connexæ QVAESTIONES *ex veris Principiis* IVRIS *accurate enodantur.*

Hunc primum cum INDICE, & PRIVILEGIO in lucem editi.

BIBL·SEC·COLL·ROM·SOC·IESV· IHS

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

FRANCOFVRTI

Impenſis IOAN. THEOBALDI SCHÖNVVETTERI,

Typis Hæredum Egenolphi Emmelij.

Anno M. DC. XXVIII.

NOBB. MAGNIFICIS ET AM-
PLISSIMIS VIRIS,

DN. IACOBO GLASERO,

SERENISSIMO PRINCIPI, FERDINANDO,
Duci Bauariæ &c. Imperii Septemuiro, à Conſiliis Se-
cretioribus, & Supremi Iudicii Electoralis Commiſſario
Primario.

DN. BADONI A CUEKHOVEN,

IN SVPREMO CÆS. MAIEST. ET IMPERII TRI-
bunali Adſeſſori meritiſſimo.

DN. IOANNI BACHOVIO ECHTIO,

Med. Doctori, Illis adfinibus, Huic patris ſui
patrueli.

BIBLIOTECA NAZ.
ROMA

Dnn. Fautoribus merita obſeruantia honorandis.

ERunt fortaſſe, Magnifici & Ampliſſimi Viri, qui pudorem mihi mutuum ſumendum arbitrabuntur, quod Ego poſt Roſcium, imo poſt tot Roſcios in ſcenam prodire, & nimirum, poſt tot qua veteres, Nicolaum de Neapoli, Petrum de Bellapertica, Baldum, Ioh. de Platea, Ioh. Fabrum, Angelum, Porcium, alios: qua recentiores, Stephanum Bodeum, Balduinum, Hottoman-

num, Cantiunculam, Baronem, Montanum, Mynſingerum, VVeſenbecium, Hortenſium, Vulteium, rurſus alios, Commentarios in Inſtitutiones Iuris ſcribere auſus fuerim. Non vtar prolixiori defenſione, ſed plerorumque quos retuli, exemplo cauſam meam tuebor. Qui enim minus mihi liceat, quod illi poſt tot alios ſibi licere putauerunt? Equidem enim, ſicut nihil mihi ſuperbe adrogo, ita nec tam abiecte de me ſentio, vt non exiſtimem, me poſt tot annos, imo luſtra, ſtudio Iuris, quod Theoricum appellant, impenſa, poſt libellum iſtum totos nouem annos ex cathedra toties, publice Heidelbergæ explicatum, ſi non illos ſuperare, at ſaltem cum illis contendere, & aliqua facere paria poßim. Et iudicium beneuolo Lectori lubens relinquo. Minus eos moror, qui paßim multa, latius, ſubtilius & accuratius, quam pro captu Tyronum tr.ctata & diſputata eſſe reprehendent. Nimirum vbiq; & apud omnes non eadem eſt ſtudiorum & diſcendi ratio: & expedit, aliquando iuuenes, ſolidioribus epulis innutriri, & ſenſim ad lectionem Pandectarum & Codicis animos eorum quaſi præparari. Altera pars iſtius proloquii, ad vos Magnifici & Amplißimi viri, præcipue ſpectat. Fateor vltro, non eſſe dignum Commentarium iſtum, qui Vobis offeratur, ſi ex ſui pretio & æſtimatione pendatur: ſed dignum facient, affectus erga Vos meus, & inprimis humanitas veſtra. Neque hic vero iſtius nuncupationis ſcopus, vt Vos aliquid accipiatis, aut Veſtra nomina, iſtis vix victuris chartis ad poſteros commendentur: ſed potius, vt ex veſtri nominis dignitate hoc opus aliquid mutuetur lucis & ſplendoris: tum præcipue, vt pro fauore & beneuolentia, qua hactenus me proſecuti eſtis, ſi non paria faciam, (qui enim poßim) at ſaltem

char-

chartaceo iſto munere, & qua poſſum, gratum animum meum oſtendam. Valete Viri Magnifici & Ampliſſimi: & bono publico diu ſuperſtites viuite. Spiræ ex Muſæo XIII. Martij. Anno M. DC. XXVIII.

VV. MM. & AA.

Addictiſſimus

REINHARDVS BACHOVIVS
ECHTIVS.

BENEVOLO LECTORI S.

EN Tibi amice Lector, Commentarios meos ad Inſtitutiones, quos iam, pridem, vt in publicum ederem, non pauci ſtudioſi & voce & ſcriptis petierunt. Dediſſem his ipſis nundinis & alia, inprimis Comment. ad primam partem Pandectarum: ſed conatibus meis obſtitit & inuidit Fortuna. Dum Heidelbergæ, vbi XX. & amplius annis Profeſſorem egeram, ſarcinas colligo, & ad diſceſſum me compono, aliquot ſeptimanæ abierunt. Et vbi primum Heidelberga mihi abeundum eſſe intellexi, qui ab ineunte ætate in Academiis verſatus & quaſi innutritus eram, & qui perpetuo hoc & vnice egi, vt opera mea ſtudioſis prodeſſe poſſet, ſtatim de alia Academia petenda cogitaui. Et occurrit præ ceteris Argentinenſis, in quam & celebritas vrbis, & opportunitas loci, ſtudioſorum frequentia, ſed & conſilia amicorum, inuitabant. Itaque præcipua parte Bibliothecæ, quæ quatuor millia pondo conficiebat, in nauem impoſita, Spiram delatus ſum, non eo conſilio, vt ibi hærerem, ſed vt prima oblata occaſione peterem Argentinam & ibi fortunarum mearum figerem ſedem. Et iam tum animo quaſi præcipiebam voluptatem illam, quam ex conuerſatione cum Dnn. Profeſſoribus & ſtudioſis, ex Lectionibus & diſputationibus, qua audiendis, qua inſtituendis percepturus eram. Et ita mihi blanditus eſt, & me abripuit hic affectus, vt non ferens Spiræ longiorem moram, (quæ tamen fuit duorum menſium, quos pene otioſus ibi exegi) incommoda tempeſtate anni, circa ipſam Vrbem graſſantibus hinc inde militibus, itineri committerem me & bibliothecam meam, cum omnibus manuſcriptis, in quibus poſt Deum omnes ſpes opesque meæ, quę etiam iactata ventis & fluctibus, vix quarta poſt ſeptimana Argentinam peruenerunt. Ibi vero, cum iam in portu me eſſe putarem, ſæuior tempeſtas, & quæ pene merſit, excepit. Et quamuis enim in omnibus aliis & fere totius Europæ Academiis, his qui fiduciam ſtudiorum ſuorum habent, priuatim ſtudioſis operam dare liceat: Profeſſores tamen iuris Argentinenſes hoc mihi licere noluerint, ſed (vt ne quid deſiderare poſſint) ſubmiſſe etiam hoc petenti, & fortunæ nou[illegible]cantis iniquitatem, quæ me premebat, exponenti, (indignantibus licet ſtudioſis, qui opera mea priuatim vti volebant) interdixerunt. Et quid facerem, peregrinus & exul, non æqua mihi cum illis factio erat. Itaque cum ſine ſubſidio, quod ex priuatis exercitiis mihi pollicitus fueram, ibi viuere non poſſem, cedere, & rurſus vela ventis dare, & Spiram repetere coactus ſui. Ita miſero, magni ſumtus, & tot horæ, imo dies, imo ſeptimanæ, imo toti quinque menſes, quos alias optime impendere potuiſſem, miſere perierunt. Hæc Te optime Lector, ſcire, ne tempus & otium vltro à me male collocatum putes, excuſare, & fortunas meas, quæ me hactenus iactarunt, exponere viſum fuit. Tu vale & conatibus mei faue.

Reinhardus Bachouius Echtius IC.

ELENCHVS
TITVLORVM, QVI QVATVOR LIBRIS
Inſtitutionum Imp. continentur, & hiſce commentariis explicantur.

LIBRO PRIMO
continentur.

I. *De iuſtitia & iure,* pag. 1.
II. *De iure naturali, gentium, & ciuili* 9
III. *De iure perſonarum* 37
IV. *De ingenuis* 45
V. *De libertinis* 47
VI. *Qui, & quibus ex cauſis manumittere non poſſunt* 54
VII. *De lege Fuſia Caninia tollenda* 64
VIII. *De his, qui ſui, vel alieni iuris ſunt* 67
IX. *De patria poteſtate* 74
X. *De nuptiis* 81
XI. *De adoptionibus* 114
XII. *Quibus modis ius patria poteſtatis ſoluitur* 137
XIII. *De tutelis* 152
XIV. *Qui teſtamento tutores dari poſſunt* 160
XV. *De legitima adgnatorum tutela* 167
XVI. *De capitis diminutione* 170
XVII. *De legitima patronorum tutela* 178
XVIII. *De legitima parentum tutela* 179
XIX. *De fiduciaria tutela* 180
XX. *De Attiliano tutore, & eo qui ex lege Iulia & Titia dabatur* 182
XXI. *De auctoritate tutorum* 189
XXII. *Quibus modis tutela finitur* 193
XXIII. *De curatoribus* 197
XXIV. *De ſatisdatione tutorum, vel curatorum* 211
XXV. *De excuſationibus tutorũ vel curatorum* 212
XXVI. *De ſuſpectis tutoribus & curatoribus* 232

LIBRO SECVNDO.

I. *De rerum diuiſione, & acquirendo ipſarum dominio.* 239
II. *De rebus corporalibus, & incorporalibus* 313
III. *De ſeruitutibus ruſticorum & vrbanorum prædiorum* 315
IV. *De vſufructu* 326
V. *De vſu & habitatione* 338
VI. *De vſucapionibus, & longi temporis præſcriptionibus* 343
VII. *De donationibus* 465
VIII. *Quibus alienare licet, vel non* 377
IX. *Per quas perſonas cuique acquiritur* 386
X. *De teſtamentis ordinandis* 400
XI. *De militari teſtamento* 409
XII. *Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum* 432
XIII. *De exhæredatione liberorum* 442
XIV. *De hæredibus inſtituendis* 455
XV. *De vulgari ſubſtitutione* 474
XVI. *De pupillari ſubſtitutione* 479
XVII. *Quibus modis teſtamenta infirmentur* 496
XVIII. *De inofficioſo teſtamento* 511
XIX. *De hæredum qualitate & differentia* 526
XX. *De legatis* 541
XXI. *De ademptione legatorum, & translatione* 589
XXII. *De lege Falcidia* 590
XXIII. *De fideicommiſſariis hæreditatibus, & ad S.C. Trebellianum* 597
XVIV. *De ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis* 617
XXV. *De codicillis* 612

LIBRO TERTIO.

I. *De hæreditatibus quæ ab inteſtato deferuntur* 633
II. *De legitima adgnatorum ſucceſſione* 6[illegible]0
III. *De Senatuſconſulto Tertulliano* 6[illegible]
IV. *De Senatuſconſulto Orphitiano* 667
V. *De ſucceſſione cognatorum* 660
VI. *De gradibus cognationis* 673

VII. De

VII. *De ſeruili cognatione* 679
VIII. *De ſucceſſione libertorum* 687
IX. *De aſſignatione libertorum* 696
X. *De bonorum poſſeſſionibus* 698
XI. *De acquiſitione per arrogationem* 714
XII. *De eo cui libertatis cauſa bona addicuntur* 718
XIII. *De ſucceſſionibus ſublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatuſconſulto Claudiano* 722
XIV. *De obligationibus* 724
XV. *Quibus modis re contrahitur obligatio* 730
XVI. *De verborum obligationibus* 740
XVII. *De duobus reis ſtipulandi, & promittendi* 754
XVIII. *De ſtipulatione ſeruorum* 757
XIX. *De diuiſione ſtipulationum* 579
XX. *De inutilibus ſtipulationibus* 762
XXI. *De fideiuſſoribus* 783
XXII. *De literarum obligationibus* 792
XXIII. *De obligationibus ex conſenſu* 795
XXIV. *De emptione & venditione* 796
XXV. *De locatione & conductione* 806
XXVI. *De ſocietate* 812
XXVII. *De mandato* 819
XXVIII. *De obligationibus, quæ quaſi ex contractu naſcuntur* 831
XXIX. *Per quas perſonas nobis obligatio acquiritur* 839
XXX. *Quibus modis tollitur obligatio* 841

LIBRO QVARTO.

I. *De obligationibus, quæ ex delicto naſcuntur* 854
II. *De vi bonorum raptorum* 879
III. *De lege Aquilia* 886
IV. *De iniuriis* 894
V. *De obligationibus, quæ quaſi ex delicto naſcuntur* 908
VI. *De actionibus* 914
VII. *Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur* 1006
VIII. *De noxalibus actionibus* 1014
IX. *Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur* 1019
X. *De iis per quos agere poſſumus* 1028
XI. *De ſatiſdationibus* 1029
XII. *De perpetuis & temporalibus actionibus, & quæ ad hæredes & in hæredes tranſeunt* 1040
XIII. *De exceptionibus* 1045
XIV. *De replicationibus* 1055
XV. *De interdictis* 1060
XVI. *De pœna temere litigantium* 1073
XVII. *De officio iudicis* 1069
XVIII. ET VLT. *De publicis iudiciis* 1086

AD

AD LIBRI PRIMI

INSTITVTIONVM

Titulum Primum,

DE IVSTITIA ET IVRE.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

TEXTVS.

1. Iuſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas, ius ſuum cuique tribuendi.

COMMENTARIVS.

1 *Iuſtitia quomodo voluntas.*
2 *An conſtans & perpetua.*
3 *De ſpeciebus iuſtitiæ.*
4 *Pœnæ qua proportione irroganda.*
5 *Alia diuiſio iuſtitiæ.*

PRima queſtio eſt de genere. Virtutis proprium genus eſt habitus, nullus autem habitus eſt voluntas; ſed poteſt habit⁹ in illa parte animi, quæ voluntas dicitur, eſſe tamquam in ſubiecto. Et Ariſtoteles quidem omnes virtutes morales, inter quas eſt iuſtitia, collocat in parte animæ appetente: ſed fuerunt, qui
1 iuſtitiæ ſubiectum ſtatuerunt † voluntatem, vt videre licet, (neque enim iſta plenius exſequi noſtrarum eſt partium) ap ud Fr. Piccolomin. de Philoſ. mor. grad. 4. cap. 12. & ſeqq. ſecundum quos fuerit iſtud genus voluntas metonymicum, Ariſtot. 5. Ethic. 1. definit iuſtitiam ἕξιν ἀφ᾽ ἧς πρακτικοὶ τῶν δικαίων εἰσί, καὶ ἀφ᾽ ἧς δικαιοπραγοῦσι, καὶ βούλονται τὰ δίκαια, id eſt, habitum, ex quo homines fiunt actiui rerum iuſtarum, ſeu eorum quæ iuſta ſunt, & à quo iuſta agunt & volunt. Habitus nimirum voluntatem facit promptam & expeditam ad agendum: quod fortaſſis autores huius definitionis hoc genere ſubindicare voluiſſe videntur.

Altera diſputatio eſt, de differentia, & de verbis, *conſtans* † *& perpetua*, quæ multi putant 2
non congruere iuſtitiæ humanæ. Nota diſtinctio vulgata, inter abſtractum & concretum: vel, quod eodem redit, inter eſſentiam iuſtitiæ, & exiſtentiam, quæ eſt & conſideratur in ſubiecto: idque iam olim voluit Chriſt. Port. dum ait, iuſtitiam eſſe corruptibilem & mutabilem, non ratione ſuæ eſſentialitatis, ſed ratione praui continentis, id eſt, hominis. Aut intelligamus conſtantiam & perpetuitatem, non ſimpliciter, ſed qualis in hominem cadere poteſt, vt Angelus & Faber hoc explicant. Plane non aliter definiri debuit iuſtitia, quæ virtus eſt & habitus: & omnis habitus eſt qualitas ægre mobilis à ſubiecto: nec habitus dici poſſet, niſi ex quo conſtanter ageretur: quomodo diſerte *Ariſtot. 2. Ethic.* 3. ibi demum eſſe ait habitum virtutis,

ſi quis agat βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως, id eſt, conſtanter ſiue firme & immutabiliter; & idem *lib.3.cap.7.* de habitu vitii, initio ait, in poteſtate cuiusvis eſſe, male agere vel non; ſed contracto vitio non poſſe non male agere eum, qui vitioſum habitum ſibi comparauit. Et perſpicue igitur errat Accurſ. qui putat, iſta verba, *conſtans & perpetua*, in definitione iuſtitiæ, ſi accipiatur de humana, ferri non poſſe; quod prauo iudicio ſecutus eſt Hotom. hic, imo adhuc grauius errat, putans definiri Deã, & nimirum Iuſtitiam Iouis filiam, quam Romani vna cum aliis Diis coluerunt; neque enim Dea poteſt definiri voluntas, & tractatio diſciplinarum practicarum, qualis eſt Iuriſprudentia, debet initium ſumere à fine; atquin diuina iuſtitia non eſt finis huius diſciplinæ. Et fruſtra affertur, quod in *l. 1. de Iuſt. & iur.* Iuriſconſulti dicuntur ſacerdotes iuſtitiæ. Nec enim vtique ICti Deæ illius veri ſacerdotes & flamines fuerunt: & ipſe ICtus ſe explicat, dum ſubiicit; iuſtitiam colimus, & æqui bonique notitiam profitemur; & per metaphoram, qui aliquid religioſe quaſi ſuſcipiunt & tractant, & impenſe ei operam dant, eius ſacerdotes dicuntur, cum præſertim alias virtus, & inprimis præſtantiſſima virtutum iuſtitia res ſacra & ſancta habeatur.

Ius ſuum cuique] Scil. quod cuique debetur; delictis autem etiam pœna debetur. Plato eodem ſenſu τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι. Ita *Cic. 2. de Inuent. & 3. ad Heren. poſt princ.* iuſtitiam ait eſſe habitum vel æquitatem, quæ cuique ius ſuum, & ſuam dignitatem (nimirum id quo dignus eſt) tribuat; & ad illum locum *Victorinus Rhetor. ſtatim poſt prin. pag. 2.* Iuſtitia, inquit, eſt habitus animi ita informatus, vt omnibus meritis tribuat dignitatẽ. Cæterum in vulgatis eſt, *tribuens*, quomodo apud Cicer. iam dd. locis, appellatur habitus & æquitas tribuens; ſed ſane accommodatius eſt, *tribuendi*, ſiue voluntatem ſiue habitum, generis loco conſtituamus.

Quoniam prima hic fundamenta & principia tractantur, quorum recta cognitio ad multa vtilis eſt, age pluribus hic agamus de iuſtitia & eius † ſpeciebus. Ariſtotel. 5. Ethic. 5 tribuit eam in vniuerſalem & particularem; & ſolet & iſtud hoc loco tractari, an iuſtitia vniuerſalis an particularis hic definita ſit. Iuſtitiam vniuerſalem quidam eſſe putant, perfectionem & abſolutionẽ omnium partium animæ, & complexionem quãdam omnium virtutum in animum hominis inductarum. Alii hactenus diſtare ſaltem iuſtitiam vniuerſalem putãt à virtute in genere ſumpta, quod hæc in ipſo habente, illa in relatione ad alium in conuerſatione ciuili conſideretur; idque conuenit ſententiæ & verbis Ariſtotelis *5. Eth. 3. in fin.* ἡ μὲν πρὸς ἕτερον δικαιοσύνη, ἡ δὲ τοιάδε ἕξις ἁπλῶς ἀρετή. Id ex contraria iniuſtitia eſt apertius; & vniuerſalem *d. lib. 5. c. 2.* Ariſt. vocat παράνομον, particularem, ἀνισότητα; & illo genere iniuſtitiæ iniuſtum, παράνομον, hoc, ἄνισον & πλεονεκτικόν. Conſtat autem non tantum per πλεονεξίαν peccari in Leges, ſed etiam aliis modis; & quam late patent Leges, tam late etiam ſe porrigit earum Interpretatio, & conſequenter etiam officium ICti; & proinde non particularis, ſed vniuerſalis iuſtitia hic definita erit, quæ ſecundum omnes LL. viuendum eſſe docet, hæc enim erit finis ICti & Iuriſprudentiæ, (ſicut & iudicis & Legislatoris) de quo fine hoc tit. tractari haud dubie exiſtimandum eſt; quod ipſum conuenit ſententiæ *Iuſtin. in auth. vt omn. obed. indic. N. 69. in prim.* Fefellit eos, qui aliter ſenſerunt, quod totum pene ius noſtrum viderunt occupatum in materia iudiciorum, & actionibus, quæ ex conuentionibus vel ex delictis inſtituuntur; quorum omnium emendatio pertinet ad iuſtitiam particularem, & eius alteram ſpeciem, quæ dicitur commutatiua, vt diſerte Ariſt. *5. Eth. 5.* vbi vnam ſpeciem ſiue partem μέρος iuſtitiæ particularis conſtituit τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν; & ſtatim συναλλάγματα ita diſtinguit, vt alia faciat ἑκούσια voluntaria; alia ἀκούσια inuoluntaria, nimirum ratione patientis; & hac ſcil. oppoſitione, quod contractus mutuo cõſenſu fiunt, ſed delicta nullum eius cui iniuria infertur, habent conſenſum;

ſum; atque ita proprio ſignificatu (aliter enim ICti & in contractibus tantum hoc verbum vſurpant) Ariſtot. vtitur verbo συναλλάγματος vt etiam delicta comprehendat. Vbi obiter error vulgatiſſimus notandus eſt, quo
4 præmia & † pœnas, tanquam autore Philoſopho, ex iuſtitia diſtributiua dari & irrogari ſcribunt. Quod ſi enim συναλλάγματα diriguntur iuſtitia commutatiua, & in his etiam ſunt delicta, neceſſario conſequitur, pœnas irrogari ex iuſtitia commutatiua. Et hoc ipſum quoque conuenit Legibus veræ iuſtitiæ, vt ſine conſideratione perſonarum pœnæ quoque delictis irrogetur; quamuis ſane, vt ex omnibus delictis, quibuſcunque perſonis eadem ſpecie pœna præciſe inferatur, non ferat ratio; & videmus iure noſtro aliter liberos, & in dignitatibus poſitos, aliter ſeruos & humiliores coerceri; & Bodin. 6. de repub. præter proportionē Arithmeticam & Geometricam, introducit tertiam ex vtriuſque rationibus temperatam ad quam ſint irrogandæ pœnæ, quam vocat harmonicam; & omnino deſiderat admittitq; iſta res, multas cautiones & diſtinctiones, de quibus in præſenti pluribus agere inſtituti noſtri & operis huius ratio non patitur.

Alius hic circa iuſtitiam vniuerſalem & particularem occurrit ſcrupulus. Ariſtoteles d. cap. 5. in fin. ſub delicta quæ corriguntur & emendantur per iuſtitiam commutatiuam adeoque particularem, refert adulterium, homicidium, iniuriam realem & verbalem. Sed idem cap. 4. eiuſdem libri, eum tantum qui quæſtus cauſa adulterium committit, peccare ait contra iuſtitiam particularem, ſed eum qui id facit libidinis cauſa, peccare in iuſtitiam vniuerſalem. Et an igitur, quod *d. c. 5.* tradit de adulterio, homicidio, iniuria, ita reſtringendum erit, vt tantū procedat, vbi quis quæſtus & lucri cauſa peccat? Hoc quidem perquam fuerit durum, quin & abſurdum, nec conueniens rationi. Et imo qui vt libidinem fœminæ expleat, quaſi pro opera mercedem accipit, nihil hactenus iniuſte agere videtur, ſicut nec meretrix, quæ pro mercede alterius libidini patet; ſed profecto, qui inuito aut ignorante marito vxorem eius contrectat, quam ſcil. ſcit eſſe alienam, vtcunque libidinis cauſa hoc faciat, vtique reuera eſt iniuſtus, & alteri iniuriam facit, dum amplius hoc modo ſanctiſſimum vinculum matrimonii quaſi diſrumpit, familiæ mariti ſuppoſititiū & falſum partum intrudit, amorem coniugalem marito debitum in ſe deriuat (ob quam maxime cauſam grauiſſime in adulteros animaduerti ſcriptum eſt apud Xenoph. in Hierone) vel maxime in iuſtitiam in ſpecie dictam peccat. Ex quo fortaſſis fuerunt, qui totam illam diſtinctionem iuſtitiæ Ariſtotelicam improbauerunt; de quo amplius cogitandum. Addenda autem hic & illa iuſtitiæ diſtinctio, † quod alia ſit ſimpliciter & in ſe 5
conſiderata, alia ad rationem Reip. cuiuſuis, quæ etiam recte ſuo ſenſu dicitur particularis. Nam cum, vt tractat Ariſt. 3. Polit. 3. nō ſit eadem viri boni & ciuis boni virtus, & ciuis bonus ad cuiuſq; reip. ſtatum æſtimetur, (ſiquidem Reſpubl. fere omnes ſunt hactenus imperfectæ) & vt tit. ſeq. traditum ſit quiddam iuſtum poſitiuum & legitimum, proprium cuique reipub. oportet etiam ſecundum Leges cuiuſque Reipub. iuſtitiam conſiderari, vt ille nimirum iuſtus cenſeatur, qui ſecundum LL. ciuitatis iuſtus eſt; quam *Ariſt. 5. Polit. 9.* vocat δικαιοσύνην πρὸς τὴν πολιτείαν.

TEXTVS.

2. Iuriſprudentia eſt rerum diuinarum atque humanarum notitia, iuſti atque iniuſti ſcientia.

COMMENTARIVS.

1 *Partes Philoſophiæ.*
2 *Legum vtilitas & neceſſitas.*
3 *Iuriſprudentiæ natura & cauſa.*
4 *An ſit ſcientia.*
5 *Quomodo rerum diuinarum.*

HIc tyronum gratia, de natura Iuriſprudentiæ aliquid dicendum & altius repetendum eſt. Zenon primus, vt in eius vita
1 ſcribit Laertius in tres † partes diſtinxit Philoſophiam, Phyſicam, Ethicam & Logicam: quod ita Cicero 1. d. orat. & alibi expreſſit, diſtingui Philoſophiam, in naturæ obſcuritatem, diſſerendi ſubtilitatem, vitam & mores. Vulgatior & effectu eadem diſtinctio eſt, quam Ariſtoteli tribuit Laertius, in partem contemplantem & agentem, aut potius operantem. Habitus enim intellectuales 6. Ethi. diſtinguit Ariſtoteles ab obiecto: & nimirum res vel ſunt ita comparatæ vt aliter ſe habere nõ poſſint, & quarum nuda & ſola eſt cognitio, in qua animus ſubſiſtit & acquieſcit, nec progreditur vlterius: circa hęc verſatur habitus, qui generalius dicitur ſcientia, ceteroquin tres habitus circa iſta occupatos d. lib. 6. conſtituit Ariſtoteles, ſcientiam, ſapientiam & intellectum. Aliæ res ſunt, quas Ariſtoteles vocat τὰ ἐνδεχόμενα, contingentes, quæ aliter & aliter ſe habere poſſunt, quarum ſunt duo genera, τὰ πρακτὰ & τὰ ποιητά. Circa illa qui verſatur habitus, vocatur prudentia, quæ cadunt ſub conſultationem; circa hæc, Ars: illius finis πρᾶξις actio, huius, effectio & ποίησις eſt, quarum accuratas differentias explicat *Piccolomin. grad. 5. Philoſ. mor. cap. 52.* Noſtra hic materia eſt, Prudentia, quæ eſt circa τὰ πρακτά: de quibus tractat ea Philoſophiæ pars quæ dicitur practica, & ex rectiori ſententia diſtinguitur in communem & propriam. Illa eſt quæ in genere & quaſi in abſtracto recte viuendi & agendi præcepta docet. Hæc quæ præcepta illa ad ſocietatem & conuerſationem humanam accommodat, & eſt vel politica vel œconomica, aut ſi quis malit eam vno nomine appellare politicam, quoniam omnis familia, ſocietatis ciuilis pars eſt, politica multas partes habet. Et Ariſtot. in politicis, tres in omni repub. neceſſarias facit, ſenatum, magiſtratus & iudices, poſſunt iſta in vnius & maxime Monarchæ perſona concurrere: ſed vtilitas reip. ſuadet ea in plures tribui perſonas. Res ad duo ſumma capita reducitur: ſiquidem politica prudentia reſpicit vel principaliter adminiſtrationem reipubl. & conſeruationem ſtatus, vel priuatim ciuium inter ſe æqualitatem & conuerſationem. Vtrunque dirigitur iudicio & prudentia hominis vel immediate, vel mediate.

Illud dico, cum qui præeſt libero arbitrio ſuo omnia gubernat, imperat, conſultat, & iudicat: hoc cum ex præſcripto aliquo, quod præſcriptum ſunt LEGES: vnde eleganter deducitur diſtinctio iuris in publicum & priuatum, de qua poſt dicemus: nam & quæ publicam adminiſtrationem ſpectant, legibus certis dirigi & moderari poſſunt; quamuis non pauca ſunt, & hæc in conſultatione poſita, quæ prudentiæ ſenatus ſunt relinquenda. Ne nimis euagemur, legum ferendarum neceſſitas & † vtilitas ea eſt, vt ſit ius 2
certum in Republ. quoniam LL. cum omnibus ſemper eodem modo loquuntur; ceteroquin, quæ eſt iudiciorum & opinionum diuerſitas, pro varietate hominum adminiſtrãtium in republ. ius ſemper variaret. Tum ea eſt hominum ſæpe imperitia, ſæpe etiam malitia, vt rectum & verum in quaq; re perſpicere nequeant, aut ſi perſpiciant, gratia, odio, precio, à recto deflectant & corrumpi ſe patiantur. Et itaque ſecũdum Leges in Repub. omnia adminiſtranda, & præſertim iudicia inſtituenda, & ius dicendum eſt. Hoc faciunt magiſtratus & iudices. Needum apparet IC. aut iuriſprudentia. Licet n. IC. poſſit vel maxime eſſe bonus Legislator, bonus magiſtratus, bonus iudex, attamen iſtorũ omnium partes & munia à ICti officio in ſpecie quem quærimus, dicto, diſtincta ſunt. *Et Plat. li. 3. d. rep͞ubl.* ſcribit, quod neceſſitas † introduxerit 3
Iuriſprudentiã. Neceſſitati illi cauſam pręſtat conditio Legislatoris & ipſarum Legum. Legislator nimirum vt homo, omnes caſus quãdocunque euenturos proſpicere non poteſt nec decidere, & quo minus poſſit, facit varietas caſuum & circumſtantiarum, quæ in ſingularibus occurrunt & ius variant ipſum; Leges proinde debent eſſe & ſunt fere breues & generales, & ob id non raro ſubobſcuræ.

ſ[illegible], & omnino imperfectæ. Et hæc nimirum res facit neceſſariam Iuriſprudentiam, qua opus non eſſet, ſi leges & ſatis eſſent perſpicuæ, & omnes omnino caſus & cauſas definirent. Idq; oſtendit Pomponius *in l 2 §. his leg 5 d.O.I.* vbi ait, quod LL. 12. tabb. latis (quæ vel maxime breues & obſcuræ erant) neceſſaria eſſe cęperit diſputatio fori, per quam interpretando & ſupplendo ICti nouum quaſi ius condiderunt. Ex quo liquet, quam anguſtis finibus ſit concluſa Iuriſprudentia noſtra, cuius cognitionem facilem eſſe non vno in loco, & præcipue, 1. de orat. (nam pro Murena cauſę ſuę ſeruiens, ICtis eſt iniquior) Cicero ſcribit: ſed nimirum ICti & inuentione variarum formularum, cautionum, modorum agendi, & quæſtionum, hoc egerunt, vt fimbrias ſuas dilatarent, & ſtudium iſtud amplius, & eius cognitionem redderent impeditiorem, id quod ab hinc aliquot ſeculis egregie veteres Interpp. magno Iuriſprudentię malo præſtiterunt. Apparet ex his, hanc diſciplinam, facultatem ſiue habitum eſſe practicum, & ad Prudentiam pertinere, cum ſine controuerſia ſit pars politices, vt me eorum pudeat
4 pigeatque, qui operoſe tractant, an † ſit potius ſcientia. Equidem ſcientiæ verbum latiſſime patet, & dubio procul artes quoque mechanicas comprehendit, & laxiori ſignificatu hic quoque vſurpatur: & alibi ciuilis ſapientia indigitatur. Nam & plerique eorum, quos vetuſtas Sapientes nuncupauit, ſpeculationi rerum cæleſtium aut naturalium operam non dederunt: & Socrates oraculo Apollinis ſapientiſſimus iudicatus, ea tantum quæ ad vitam & mores pertinent, Xenophonte teſte, tractauit, & Philoſophię, quæ amorem ſapientiæ ſignificat, vtique pars eſt politica & quæ practica dicitur. Sed enim dum philoſophice habitus mentis diſtinguimus, & verbis magis proprie & ſtricte vtimur, iam non prudens, ſed ſtolidus eſt, qui Iuriſprudentiam contendit eſſe ſcientiam & ipſo nomine Iuriſprudentiæ confutatur: quoniam, vt dixi accurate loquendo, ſcientia & prudentia ſunt ſpecies diſparatæ. Hæc ad intelligendam naturam Iuriſprudentiæ. Iam textus noſtri verba explicemus.

Diuinarum & humanarum,] Ita Philoſophiam definit Cicero, nec immerito, nam quæ tractat Metaphyſica & Mathematica, non iniuria res diuinæ appellari poſſunt. At quomodo rerum diuinarum notitiam profitetur Iuriſprudentia, † à qua rerum etiam 5
humanarum cognitionem fruſtra expectes? Cum iſta amplitudine parum conueniunt, quæ ſcribit Cicero 1. d. oratore, nullius artis faciliorem eſſe cognitionem, omnia poſita eſſe ante oculos, collocata in vſu quotidiano, in congreſſione hominum atque in foro, &c. Nec conuenit definitio ICti eod. lib. 1. Iuriſconſultum eſſe, qui legum & conſuetudinis eius, qua priuati in ciuitate vterentur, & ad reſpondendum, & ad agendum, & ad cauendum peritus eſſet. An dicemus, ICtum, à quo eſt hæc definitio *in l. 10. h. t.* tam magnifico elogio artem ſuam commendare, & Lectori fucum facere voluiſſe? Fatendum plane eſt, paulò id pinguius dictum, & tamen Cicero d. loco, anguſtius deſcripſit officium & ſcientiam ICti. Docemur in §. ſeq. diſciplinam hanc verſari etiam circa ius publicum, quod Vlpianus *in l. 1. h. t.* etiam in ſacris & ſacerdotibus conſiſtere ait. Et ad ICtum pertinet tractatio iuris, quod in ciuitate eſt, vniuerſi, cuius pars eſt de rebus ſacris, de quibus Decemuiros non pauca diſpoſuiſſe docent iſti verſus Auſonij.

> *Ius triplex, tabulæ quod ter ſanxere quaternæ,*
> *Sacrum, Priuatum, populi commune quod vſquam eſt.*

Et notat Hottom. hic tres ſpecies iuris ſacri, Pontificium, Augurale & feciale. Sicut itaque ius omnibus partibus abſolutum hæc quoque iura comprehendit, ita & Iuriſprudentia omnibus partibus abſoluta ſcientiam vniuerſi illius iuris complectitur, & conſequenter etiam ſcientiam rerum diuina-

rum. Tales ICti olim fuerunt, qui ijdem Pontifices, Craſſus, Coruncanus, Scipio, ad quos, vt eſt apud *Cicer. 3. de orat.* de omnib. diuinis & humanis rebus referebatur, ex quo loco vel maxime hæc definitio illuſtratur, & vtrarumque harum rerum cognitionem fuiſſe coniunctam, teſtis etiam eſt Pomponius *in l. 2. §. deinde 6. in f. de origin. Iur.* vbi ait: Interpretandi iuris ſcientiam & actiones, apud Collegium Pontificum fuiſſe. Addit *Scip. Gent. in origin.* in verbo *ad fines* ad ICtos veteres ſuper omni officio relatum fuiſſe, quo refert tria illa præcepta iuris, quæ mox ſequuntur. Sed cum in præcedentibus dixerimus, Iuriſprudentiam eſſe partem Philoſophiæ practicæ, & Politices, explicandum erit, an & quomodo ius ſacrum, & quod ad religionem & cultum Deorum ſpectat, pertineat ad Politicam. Scilicet, quomodo rite & recte coli debat Deus, non niſi ipſe Deus docere poteſt, & veriſſimum eſt quod ſcribit *Lactant. 1. inſtitut. diuin. 1.* arcanum ſummi Dei, ingenio non poſſe comprehendi, & fieri non potuit, vt homini per ſeipſum ratio diuina innoteſceret, vnde fœdiſſimi & horrendi errores gentium, quæ Deum Doctorem non habuerunt, vnde etiam, vt puto, maximi quique rerumpublicarum ſuarum viri & principes, Minos, Lycurgus, Numa, &c. earum Legum præcipue Deos autores fecerunt, quibus de cultu Deorum ſanxerant, & oracula gentium ipſa edidiſſe, quomodo ſe ab hominibus coli vellent, accepimus. Et fatendum itaque eſt, curam adminiſtrationemque Politicam Reipubl. diuerſam eſſe à cultu ſacrorum & Dei, & rationem colendi Deum ad Iuriſprudentiam qua pars eſt Politicæ, non pertinere. Atqui Iuriſprudentiam vel ſcientiam ita accipere, vt vtriuſque Iuris diuini & humani ſcientiam contineat, nihil prohibet. An vnus idemq; adminiſtrare rempublicam, & ſacra poſſit, alia quæſtio eſt, apud Romanos iſta concurrere potuiſſe, & v. c. Conſules, augures aut Pontifices vel Flamines eſſe potuiſſe conſtat, & apud Epitom. Liu. libr. 19. Poſthumius Flamen Martialis conſul creatur. Conſtat & apud alios populos, eundem ſummum Pontificem & principem reip. fuiſſe, apud Virg. lib. 3.

—Rex idem hominum, Phœbique ſacerdos,

Et initio vrbis Romanæ Regi hoc datum ſcribit *Dionyſ. Halic. libr. 7.* ἱερῶν καὶ θυσιῶν ἡγεμονίαν ἔχειν, καὶ πάντα δι' ἐκείνου πράττεσθαι τὰ πρὸς τοὺς θεοὺς ὅσια vnde poſt eiectis Regibus, creatus Rex ſacrificulus, qui eadem ſacra obiret, & apud Iudæos Aſamonidæ, qui à Iuda Machabæo deſcenderunt, principatum reipubl. cum ſummo Pontificatu coniunxerunt, & tamen id Lege Dei vetitum, ne Rex Pontificis munus obiret: Sed non libet, nec licet pluribus hæc exſequi: vt nec iſtud, quodnam & quale ius in rebus ſacris Politicus magiſtratus habeat. Plane Legiſlatores olim plerarunque gentium, etiam quæ ad Dei cultum pertinent, diſpoſuiſſe conſtat. Hæc paucis dicenda fuerũt, vt intelligerem⁹, quomodo Iuriſprudentia eſſet diuinarum rerum ſcientia, & quomodo ad eam cognitio etiam Iuris ſacri pertineret.

Eſt & alia explicatio, quomodo res diuinæ ſint obiectum Iuriſprudentiæ, ſimul & res humanæ, vtique enim nec harum cognitionem quiſquam à Iuriſprudentia exſpectet. Scilicet in quaque diſciplina eſt obiectum, & certus modus obiectum conſiderandi. Obiectum ſæpe pluribus diſciplinis commune eſt, ſed reſtringitur, vt ſit proprium per modum conſiderandi. Et itaque Iuriſprudentiæ etiam anguſtius ſumptæ pro Iuris ciuilis prudentia, obiectum ſunt res omnes, non qua cognoſcendæ, ſed, qua, vt breuiter, ſed veriſſime hoc loco ait Weſenbecius, quatenus de iure earum in foro Romano quæritur, aut ad hoc ius principia & cauſæ earum pertinent, nam & de rebus ſacris & diuinis hoc ſenſu edicta propoſuit prætor *l. 1. in princ. d. interdict. t. t. Ne quid in loco ſacro. t. t. de mortuo infer. & in reg. 1. de rer. diuiſ. in*

princ.

princ. l. eod. diuiſio rerum in res humani & diuini Iuris proponitur, & an & quæ res alienationi & occupationi ſubiectæ ſint, & multa alia circa eas quæ tractari poſſunt, ad Iuriſconſultum pertinet. Et hunc modum conſideranti fortaſſe Vlpianus & Iuſtin. oſtendere voluerunt, verbis poſtremis definitionis, *iuſti & iniuſti ſcientia*, vt ſcilicet ſignificarent, hactenus iſta obiectum eſſe Iuriſprudentiæ, quatenus circa ea ius & iuſtitia adminiſtrari poteſt, & ſunt illa verba omnino neceſſaria, ad reſtringendam generalitatem verborum priorum, & inſinuandam Iuriſprudentiæ naturam, nec abludunt à deſcriptione Iuriſconſulti *in l. 1. de iuſt. & iur.* qua ius, id eſt, Iuriſprudentia dicitur ars æqui & boni, hoc enim officium eſt ICti, & in hoc prudentia eius conſiſtit, vt quid in quaque re æquum & iniquum, iuſtum & iniuſtum, diſcernere & de eo reſpondere poſſit. Idque Accurſio ſuboluit, qui ob id videtur voluiſſe, vt alterutrum verbum, *Notitia*, aut *ſcientia* ablatiuo caſu dictum acciperetur, ſed idem eſt ſenſu, licet vtrumque ſit nominatiui caſus. Oſtendit autem verbum, *Notitia*, quo ſenſus Iuriſprudentia ſcientia dicatur, quod paulo ſuperius explicauimus.

TEXTVS.

3. Iuris præcepta ſunt hæc. Honeſte viuere, alterum non lædere, ius ſuum cuiq; tribuere.

COMMENTARIVS.

PRæcedens §. de methodo docendi perſpicuus eſt, nec noſtram induſtriam deſiderat. De tribus iſtis præceptis aliquid dicamus.

Cum iuxta prædicta & iuxta §. ſequent. Iuriſprudentia verſetur etiam circa ius publicum, quod in ſacris quoque conſiſtit, poſſit etiam locus eſſe quarto præcepto, de pietate erga Deum: Non admodum hic laborandum cenſeo, an ſint plura an pauciora, & quomodo iſta tria præcepta applicanda aut explicanda, aut diſtinguenda, videat qui volet, *Donell. 2. comment. 1. Duar. ad h. t. Digeſt. O. l. Conn. 1. comm. 2. numero* 10. *Vacun. 1. declarat.* 30. *Robert. 3. ſent.* 12. *Vult. Weſembecium, & alios hic. Mercer. 2. opin.* 2.

Poſſint ita explicari, vt moneant quo Legislator quisque reſpicere debeat, vt videlicet quam minimum ab his normis diſcedat, quod tamen ob hominum vitia vix aſſequi licet, & quia perfectæ respublicæ conſtitui non poſſunt, fit, vt quædam tranſgreſſiones & næui tolerentur.

Communiſſime nec male ad priuatos referuntur, vt quiſque intelligat quid ſui officij ſit, & vt ſciat, à quibusdam licet permiſſis, aut non prohibitis, abſtinendum, & honeſte viuendum eſſe, iuxta illud vulgatum, non omne quod licet, honeſtum eſſe, & Senecæ, anguſtam innocentiam eſſe, iuſtum eſſe ſecundum legem, neque enim iuris poſitiui, ſed magis naturalis hæc præcepta hic intelligo, cuius, vt modo dixi, normam & præſcriptum non ſemper præciſe obſſeruare Legislator poteſt. Accurſius prius præceptum refert ad hominem in ſe, reliqua duo ad hominem cum aliis verſantem, quos tum non lædere, tum etiam adiuuare debeat. Nec longe hinc abit Vult. hic, quod prius pertineat ad hominem qua homo, reliqua ad hominem qua ciuis. Cui explicationi ignorantia huius rei cauſſam dedit, quod prior illa conſideratio hominis, qua homo, & priuatim & ſeorſim conſiderati, ſicut à Politico, ita & ab Iuriſconſulto aliena eſt. Et quod iuris præcepta & Leges, non niſi ad hominem in ſocietate viuentem pertinent, idque vt docet diſputatio *Ariſtot. 1. polit.* 2. hominem eſſe φύσει πολιτικὸν ζῶον. & hominem ſeorſim viuentem, aut meliorem homine, aut deteriorem eſſe. Siquidem hic ingenioſo eſſe licet, dicam

tres

tres eſſe partes animæ, quæ vt recte vel male ſe habent, ita malæ aut bonæ actiones inde proficiſcantur. Irrationalis pars animæ, ſed quæ (vt 1. Eth. vlt. tractat Ariſt.) rationis imperio ſubiici debet & poteſt, duas rurſus habet partes ſiue facultates, τὸ θυμοειδὲς & τὸ ἐπιθυμητικὸν, *quod Tertullian. in libro de anima* reddidit, indignatiuum & concupiſcentiuum. Partes rationalis animæ & mentis practicæ facultas eſt, voluntas. Iſta ſi male diſpoſita ſint, τὸ ἐπιθυμητικὸν facit, vt inhoneſte viuatur, τὸ θυμοειδὲς, vt alter lædatur, voluntas vitiata, vt ne cuique ſuum tribuatur. Sin iſta recte ſe habeant, fit contra vt his tribus præceptis pareatur, honeſte viuatur, nemo lædatur, & ſuum cuique tribuatur. Illud apparet, ſuum cuique tribuere, hic ſtrictius ſumi, quam in definitione iuſtitiæ, iuxta quam iſtud vnicum præceptū duo reliqua, & totum iuſtitiæ officium complectitur. Poſſit etiam quis exiſtimare, ius ſuum cuique tribuere, in hac diuiſione præceptorum ad magiſtratum ius dicentem ciuibus in ſpecie pertinere, ſed de hoc nimis multa, hoc ſaltem addidero, confirmari hac præceptorum diſtinctione opinionem ſupra relatam, quod in pr. h. t. definiatur iuſtitia vniuerſalis.

TEXTVS.

4. Huius iuris duæ ſunt poſitiones publicum & priuatum. Publicum ius eſt, quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat. Priuatum, quod ad ſingularum vtilitatem pertinet. Dicendum eſt igitur de iure priuato, quod tripertitum eſt: collectum eſt enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus.

COMMENTARIVS.

1 *Ambigua vſurpatio verbi iuris.*
2 *Cur tantum hic de iure priuato.*
3 *De diuiſione iuris priuati.*
4 *An etiam ius publicum tripertitum.*

De iure & eius diſtinctionibus accurate agemus tit. ſeq. Iſtud hic annotare o- 1
peræ precium eſt, quod Vlpian. in l. 1. h. t. ex qua hic locus deſcriptus eſt, parum accurate, & ambigue † vtitur verbo *IVRIS*. Cum in pr. d. l. 1. definit Ius artem æqui & boni, vtique intelligit Iuriſprudentiam, ſiue habitum in homine, ſiue ipſam diſciplinam. At cum ius naturale definit, cum priuatum ius ex triplici iure collectum ait, intelligit ius in ſpecie & proprie dictum. ſicut tit. ſeq. pro præcepto & ſanctione. Idem vitium committitur hoc §. Huius ſtudij, ait, duæ ſunt poſitiones, planiſſime ſtudium accipit eo modo quo ius definiuit artem æqui & boni. At vtique hoc ſtudium non poteſt diſtingui in publicum & priuatum, ſed ipſum ius Romanum, quod vtique à ſtudio iuris diuerſiſſimum eſt. Dicemus alias hanc eſſe ſententiam huius loci, quod ſtudium iuriſprudentiæ ſit poſitum in duobus, vel potius in cognitione duplicis iuris, publici & priuati: aut an verbo, *poſitionis* eo reſpexit Vlpianus, quod Leges poſitæ ſunt tum ſuper eo quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat, tum quod ad ſingulorum vtilitatem. Ita enim ius publicum & priuatum hic deſcribitur, & nimirum ab obiecto, nam Vlpian. d. loco, publicum ius ait conſiſtere in ſacris & magiſtratibus. Ceteroquin certum eſt, quod vulgo hic notatur, poſt Accurſius publicum per conſequentiam ad priuatorum vtilitatem pertinere, & vice verſa.

Ad ſtatum rei Romanæ.] Apparet hinc, ius hic non in genere ſumtum, ſed Romanum diuidi & definiri, quod ſi tollas verbum *Romanæ* non erit tamen ius in genere ſumtum, ſed ius ciuile: & enim hæc diuiſio omni iuri ciuili cuiuſque Reipub. conuenit, ſed cum de Iuriſprudentia Romana tractaret Vlpianus, ad ius quoque Rom. diuiſionem hanc applicauit.

Dicendum eſt igitur,] Credibile eſt Vlpianum etiam de iure publico egiſſe, ſed Iuſtin.

2 ait, dicendum eſſe de iure † priuato, nam illud quod olim in ſacris occupatum erat, publicum ius, iam exploſum & damnatum: & apud Chriſtianos ſacrorum tractatio & explicatio ad ICtum non pertinet; Veteris quoq; reipubl. ſtatus plane mutatus erat, & Iuſtiniano præcepta & Elementa Iuris ex libris veterum ICtorum tradere propoſitum fuit, & omnino tractatio iuris publici diffuſior & intricatior eſt, quam vt tyronibus proponi debeat, & ea ad aulas principum & conſiliarios præcipue ſpectat, nec ſine cauſa Iuſtin. eam in tres poſteriores libros Codicis coniecit, qua in re plerique hodie præpoſtere magno conatu magnas nugas agunt, qui cum vix à limine ſalutarunt Iuriſprudentiam, protinus ad tractanda maieſtatis & alia Imperij iura & conſtitutiones, impudenter prorumpunt.

3 *Quod † tripertitum eſt: Collectum*,] Et hoc quoque parum ſubtiliter. Et communiter Interpp. Hottom. Weſemb. & alij agnoſcunt improprie locutum Vlpian. & Iuſtin. dum ita
4 dixit ius eſſe † tripertitum, pro eo quod fontes & principia iuris ciuilis innuere voluerit, ex quibus ius Romanum ſit compoſitum & conſtitutum. Ceteroquin abſurdum eſſe putant, vt ius ciuile tamquam genus conſtituatur, cuius ſpecies ſint ius naturale, gentium & ciuile, quæ vtiq; longe latius pateant, quam ius Romanum. Equidē non negauerim hanc fortaſſe quam illi dicunt, mentem fuiſſe Vlpiani & Iuſtiniani, ſed hoc affirmo, ius Ciuile recte in naturale & gentium & poſitiuum diuidi poſſe: dum accipitur non pro eo quod ciuilis Legiſlator à ſe conſtituit, ſed pro eo, quo ciuitas vtitur: prorſus vt Caius *in l. omnis 9. D. h. t.* ſcribit, omnes populos partim communi, partim proprio iure vti, commune enim ius eſt naturale vel gentium, & eo plane ſenſu *Ariſtot. libr. 5. Ethic. capit.* 10. Ius πολιτικὸν ciuile diuidit in φυσικὸν καὶ νομικὸν, naturale & legitimum, videlicet dum ciuile intelligit illud ius quo ciuitas vtitur. Ius enim naturæ, ſiue gentium eſt ius commune ex quo omnes gentes hauriunt, & ad ſuam rempubl. transferunt, licet non vno modo, nec omnino pure eo vtantur, & eo pertinet quod eſt in *l. iure 6. h. t.* ius ciuile eſſe, quod nec in totum à iure gentium recedit, nec per omnia ei ſeruit, ſed plura hac de re tit. ſeq. Illud hic quæritur, cur Vlpian. & Iuſtinian. de priuato tantum hoc iure dicant, ex triplici id fonte eſſe collectum, & an ob id hoc de publico iure negetur. Equidem ſi Vlpianus & Iuſtinianus de iure tantum priuato agere voluerunt, nihil neceſſum habuerunt idem de publico tractare, ſed & certum eſt ius publicum ex iure naturali, quo ſenſu id Vlpian. & Iuſtinian. acceperunt, non eſſe collectum, ceteroquin cultum Deorum, & imperia magiſtratuum iuris gentium eſſe nemo negauerit, & quidem primæui, cum ipſa ratio Deum, eumque colendum eſſe dictet, vt Apoſtol. 1. *ad Rom.* teſtatur. & iuuat *l. 2. D. h. t.* & ciuitatem à natura eſſe Ariſtot. ſcribit 1. *polit.* 2. qua ſcilicet homines naturæ quodam inſtinctu ad ciuilem & mutuam conuerſationem ducuntur. Porro Romanos ſacra ab aliis gentibus, itemq; ea quæ ad magiſtratus, & alia publica iura pertinent, & præcipue ab Italiæ populis accepiſſe conſtat.

AD TITVLVM II.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE IVRE NATVRALI, Gentium & Ciuili.

TEXTVS.

1. Ius naturale eſt, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius iſtud non humani generis proprium eſt, ſed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari naſcuntur. Hinc

deſcendit maris atq; fœminę coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cetera quoq; animalia iſtius iuris peritia cenſeri.

COMMENTARIVS.

1 *Ius quomodo commune brutis.*
2 *Quomodo bruta Iuris perita.*

IVS *naturale.*] Ius eſt quaſi iuſſum quoddam, & hoc vel rationis vel naturæ, ex quo quidam hanc ſententiam defendunt, quod
1 ius etiam ſit † commune brutis. Alij hoc modo; ſicut in voce duo ſunt, materia & forma, ſonus & articulatio; ita iuris naturalis materiam eſſe, affectiones & inſtinctus naturales, quos etiam in brutis videmus; quibus ſi accedat forma, &, ſi dirigantur ratione, fieri ius naturæ, quod humani generis proprium eſt. Plane ſi iuris communionem habent bruta, neceſſario quoque ſequitur, quod iure vel iniuria agere dicantur, quod poſtremum negat ipſe *Iuſtin. in §. 1. inſ. ſi quadrup. paup.* poſt ICtum *in l. 1. §. 3. ff. eod.* & ſi Ariſtoteli credimus, *5. Ethic.* 10. Ius tantum eſt inter eos, qui ſocietate vitæ certa ratione inter ſe ſunt coniuncti; nec quiſquam puto Philoſophorum ius tribuit brutis, puto nec alios ICtos; nam & Cains omne ius ad homines refert *l. 9. h. t. & in l. 3.* propulſatio violentiæ adſcribitur Iuri gentium, quæ tamen omnino etiam eſt in brutis, vt res ipſa docet, & eleganter *Cicer. 1. offic.* vbi ait omni animantium generi hoc eſſe à natura tributum, vt ſe ſuaque tueatur. Simpliciſſima Interpp. veterum ſententia eſt, Vlpianum paulo abuſum eſſe verbo IVRIS, & quod intellexerit motiones, & inſtinctus appetitus, & vt Iohan. Fab. loquitur, Ius, quod animalibus competit ex ſui ſenſualitate, quod ſane improprie Ius dicitur. Prorſus vt Cicero dicit, & late Plutarchus comprobat in libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα, in brutis ſunt ſimulacra & ὑποδείγματα rationis & virtutis; ita etiam in iis ſunt ſimulacra Iuris. Elegantiſſime Plato ait, quod natura rem vnamquamque quam perfectiſſimam facere & producere voluerit; & quod in plantis expreſſit ſimulacra ſenſus, in brutis, ſimulacra rationis; in hominibus, ſimulacra diuinæ mentis. Et hoc innuere voluit Plutarchus in libello quem inſcripſit τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι. In quo alias contradictio videatur in obiecto, quod irrationalia vtantur ratione. Et iſta explicatio eleganter confirmatur ex *l. 1. §. ſi arietes 11. ff. ſi quadrup. paup. fec. dic.* vbi ſi arietes inter ſe commiſerint, & alter perierit, ſi quæratur, an hoc nomine actio competat, diſtinguit ICtus, an ille perierit, qui prouocatus, an qui adgreſſus erat; nulla alia ratione, quam quod hic iniuriam feciſſe hoc ſenſu intelligitur, & intuliſſe vim, quam alter aries quaſi iure naturali ita accepto, intelligitur propulſaſſe.

Quæ in cœlo, quæ in terra.] Impropria locutio eſt, & in ſpecie quadrupedibus hoc tribuitur quod in terra naſcuntur; Ceteroquin volatilia etiam terreſtria animalia ſunt. Et ridiculi hic veteres Interpp. dum tractant, an qui ex territorio bannitus eſt, videatur eſſe in territorio, ſi in arbore deprehendatur.

Maris atque fœminæ coniunctio.] An matrimonium ſit iuris naturalis, nec ne, & an iure naturali omnis coitus pariter licitus, dicemus *inf. tit. de nupt.* Ineptiunt autem veteres Baldus & alij, qui educationem obiiciunt eſſe Iuris ciuilis, quoniam deſuper diſponat Ius ciuile, non enim hinc æſtimatur ius ciuile, ceteroquin omnia pene eſſent Iuris ciuilis, de quo mox dicemus.

Iſtius Iuris peritia cenſeri. [Theophil. ita reddidit, ὁρῶμεν γὰρ καὶ τὰ λοιπὰ ζῶα ἐν τοῖς ἡμῶν τούτου τοῦ νόμου ἀναγεγραμμένα, id eſt, adſcribi iis, † qui hanc Legem & hoc ius venerantur & 2
obſeruant. Ex quo apparet Metaphoram eſſe ab ijs qui olim apud Romanos ſolemni luſtro nomen ſuum profeſſi inter ciues adſcribebantur; quod ſcilicet bruta quodammodo cenſeantur inter ea, quæ vtuntur iure

iure naturali, & ita Baro hic à cenſione tributa ſoluentium Metaphoram ductam ſcribit, ita quoque Balduin. & Mynſ. Simplicius tamen eſt, ſi quod Cuiac. mauult, legamus, *perita*, quod bruta iſtius iuris perita cenſeantur vel habeantur. Alias explicationes & omnino de hoc iure naturali, vid. apud *Budaeum in annotat. ad l. 1. h. t. Ferrand. 1. explicat. 3. Gouean. 1. var. 19. Lopez. 1. animadu. 2.* & præter ceteros Hottom. hic; cuius tamen iſtud ineptum, quod admiſſo iure iſto naturali in brutis, etiam edere, & bibere, aut dormire, ſint futura Iuris naturalis; neque enim in his vllum eſt ſimulachrũ iuris, & rationis. Illa obiectio maioris eſt momenti, quod ita futurum ſit, vt nobis & brutis ſit ius commune, & conſequenter communio aliqua cum brutis, quam infert communio iuris, vnde *Cicero 1. de natur. Deorum.* negat nobis quidquam eſſe poſſe iuris cum Diis, quoniam nulla nobis cum ijs ſit communio; & *libr. 3. de finibus.* homini nihil eſſe iuris cum beſtiis, quippe quæ hominum cauſa, vt ijs vtantur, natæ ſunt. Sed iam reſponſum eſt, iuris nomine nos abuti, cum id brutis tribuimus. Et tamen Plutarchus citato libro, περὶ τῶν ζώων φρονιμότητος, ſtatuit, nobis eſſe δικαιόν τι καὶ πρὸς τὰ ζῶα, in quam rem illuſtria quædam & ſingularia exempla adfert; neque enim quod hic dicitur, de omnibus æqualiter beſtijs accipiendum eſt, neque quod vti licet beſtiis, inde aliquam communionis rationem cum iis eſſe negatur. Plane ſacræ paginæ docent, quod iuſtum quoque tangat miſeratio iumentorum, & apud Prophetam Ionam, hanc quoque reddit Deus ipſe rationem, quare miſertus ſit ciuitatis Niniuæ, quia in ea ſint multi infantes, & multæ beſtiæ.

TEXTVS.

2. Ius autem ciuile à iure gentium diſtinguitur, quod omnes populi, qui Legibus & morib. reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum iure vtuntur; nam quod quiſque populus ipſe ſibi conſtituit, id ipſius proprium ius ciuitatis eſt, vocaturque ius ciuile, quaſi ius proprium ipſius ciuitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, id apud omnes peræque cuſtoditur, vocaturque ius gentium, quaſi quo iure omnes gentes vtantur.

COMMENTARIVS.

1 *An ſit ius naturale, & quædam natura iuſta & recta.*
2 *Quid ſit ius naturæ, & an mutabile.*
3 *Ius gentium plures habet ſpecies.*
4 *Notæ iuris Poſitiui quibus differt à naturali.*
5 *An quæuis ſanctiones legitimæ & iuſtæ habendæ.*
6 *Ius ciuile merum & mixtum.*
7 *Explicatio l. 6. h. t.*
8 *Quirinus, Quirites.*

HIc pes figendus eſt, & euoluendæ variæ ambiguitates, quæ non tantum tyrones iuris, ſed etiam exercitatiores in errorem ſæpe inducunt; nam & ius naturale & ius gentium, & ius ciuile non vno modo accipiuntur; ſed nec omnia iſta iura ſpecies infimæ ſunt, ſed quæ in varias ſpecies diducuntur. In primis conſtituendum eſt, an ſit aliquod ius naturale; qua appellatione iam ſtrictius vtimur, pro iure, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, quod hic & alibi ius gentium, alibi ius naturale dicitur, vt in § *ſingulorum infra de rer. diuiſ. l. 1. de adq. rer. dom. & in § pen. inſ. h. t.* (neque enim ius cum beſtiis commune ſatis commode dicitur, diuina prouidentia conſtitutum,) & alibi, & apud Cicer. aliosq; autores frequentiſſime, & vt paulo ante diximus, hoc ſenſu accipit haud dubie *Ariſtotel.* Ius naturale *5. Ethic.* 10. Fuerunt, qui exiſtimarent, nullum ius eſſe † naturale, & quid 1
rectum, aut honeſtum ſit, ſola opinione & diſpoſitione hominũ conſtare; quam opinio-

nem

nem tribuit Archelao Laertius libr. 2. τὸ δίκαιον εἶναι καὶ τὸ αἰσχρὸν οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ, Iuſtum & turpe eſſe non natura, ſed Lege; & in Ariſtippo inter dogmata Cyrenaicorum hoc quoque refert, μηδέν τε εἶναι φύσει δίκαιον, ἢ καλὸν, ἢ αἰσχρὸν, ἀλλὰ νόμῳ καὶ ἔθει. nihil eſſe natura iuſtum, honeſtum aut turpe, ſed Lege & more, ſiue conſuetudine. Cauſam cur ita exiſtimarent, hanc præcipue habuerunt, quod apud diuerſas gentes ſuper variis rebus diuerſa, imo non raro contraria inſtituta, & quidem ſuper iis, quę ius naturę, aut gentium concernere videntur, deprehenderunt, verbi cauſa, ipſa ratio dictat, vt à delictis, furto, (quod ipſe ICtus ait, iure naturali prohibitum eſſe *l. probrum 42. de V. S.*) adulterio, &c. abſtineatur; & quaſdam tamen gentes admiſiſſe furta, dicemus *infr. libr. 4. tit. 1. §. 1.* Et cum pœnas proportionatas & æquales delictis eſſe oporteat, & ex ipſa pœnæ qualitate, quid Legiſlator de delicto ſenſerit, deprehendatur, diuerſiſſimas pœnas his delictis irrogatas eſſe inuenimus, quod ſuis locis oſtendemus. Iure gentium inceſtũ committi dicitur inter eos qui ſunt in linea recta *l. vltim. de ritu nupt. & Socrat. apud Xenoph. 4. ἀπομνημ.* Iuris naturæ eſſe, τὸ μήτε γονέας παισὶ μίγνυσθαι, μήτε παῖδας γονεῦσι. Ne inuicem liberi & parentes miſceantur. At Ouid.

——Gentes tamen eſſe ferunt-r,
In quibus & nato genitrix & nata parenti
Iungitur——

Et hoc licitum fuiſſe apud Perſas, refert *Arnob. lib. 8. Octau. in Minut.* & plutibus gentibus idem factitatum, referunt *Hottom. tract. de nupt. cap. 5. Alber. Gentil. 5. de nupt. cap. 7.* Dicemus plura *inf. de nupt.* Sed enim iſta opinio à ſapiorib. Philoſophis & ipſa ratione damnata, & conſtanter traditũ, eſſe quædam ipſa ratione humana communi dictante iuſſa, vetita, ex ſe honeſta & turpia, vt maxime nulla ſanctio ſpecialis diſponat; neque corrupti mores gentiũ præiudicium veritati facere poſſunt; & eleg. *Socrates apud Xenoph. 4. ἀπομνημ.* ait, non propterea id non eſſe Iuris naturæ, quod quidam contra faciant, nam & multos peccare contra Ll. ciuiles, ſed vtroſque pœnas ſuas manere, vtcunque fateri cogamur, ob circumfuſas humano ingenio tenebras, quid accurate iuſtum, quid iniuſtum reuera ſit, aliquando in obſcuro latere; In eamque rem Apoſtoli *cap. 2. ad Roman.* teſtimonium exceptione omni maius eſt; & ſtatuimus, itaque eſſe aliquod ius naturale ſiue gentium, (hic enim vocib. iam promiſcue vtimur.) Deſcriptio iſtius iuris iam quærenda eſt, quam hic Iuſtin. tradit, quod naturalis † ratio inter omnes homines conſtituit; 2 & in §. *pen. infr. h. t.* Iura naturalia (hominum ſcilic.) diuina prouidentia conſtituta, vbique & ſemper immutabilia eſſe, quod tamen non ita præciſe accipiendum eſt, nec vniuerſaliter; nam & in iure naturæ ſunt gradus decretorum & præceptorum, & mutationi aliquali locus eſt, (cuius rei cauſas proponemus ad d. §. pen.) & *Ariſtot. d. lib. 5. cap. 10.* agnoſcit, non ita ſe habere ius naturale, ſicut alia naturalia & eorum qualitates, veluti, quod, vt ait, ignis vbique vrit. & omnino eleganter ait, ἔστι δὲ τι καὶ φύσει (alias φυσικὸν) κινητὸν, οὐ μέντοι πᾶν. ἀλλ' ὅμως ἐστὶ, τὸ μὲν δίκαιον φύσει, τὸ δὲ οὐ φύσει. Quibus verbis ſcilicet ſignificat, vtrunq; etiam quod iuſtum natura dicitur, aliqua ſit mutabile, (de quo *ad dict. §. pen.*) tamen non obid tolli diſtinctionem iuris naturalis & poſitiui.

Porro cum hac deſcriptione iuris gentium ſiue naturæ, quam ex hoc §. & §. *pen. h. t.* propoſuimus, parum, aut non ſatis conuenit, quod mox in §. ius autem 5. *h. t.* ſcribit Iuſtin. ius gentium eſſe, quod gentes vſu & humanis neceſſitatibus exigentibus ſibi conſtituerunt; & ad iſtud ius refert, commercia, bella, ſeruitutes, quæ profecto à naturali conſtituta eſſe ratione, ſine cauillatione vix dici poteſt. minime autem omnium diuina prouidentia ea conſtituta eſſe quiſquam affirmauerit.* Hac de cauſa omnino fatendum eſt, non recte ſine diſtinctione tam diuerſa de iu-

Digitized by Google

3 de iure gentium † prædicari, v. c. hæc quæ iam diximus *ex d. §. 5. h. t.* & quæ referuntur in *l. 1. & 3. de iuſt. & iur.* pietas erga Deum, patriam & parentes, & defenſio corporis ſui contra vim iniuſtam; Et hinc Interpretes veteres ius gentium duplex ſtatuerunt, & diuiſerunt in primarium & ſecundarium. Et iudicio carent, qui hanc diſtinctionem tam euidenti ratione ſubnixam non ferunt; neque vero iura iſta & ſpecies duæ tempore tantum diſtinguuntur, vt falſo illi putant: Sed alterum fluit ab ipſa pura ratione humana, cuiuſmodi ſunt, quæ traduntur *in d. l. 2. & 3. de iuſt. & iur.* ad quæ etiam tria illa præcepta, de quibus ſupra egimus, non inepte referri poſſunt; alterum autem habet ratiocinationem, & ex cauſa & hypotheſi aliqua iuſtum eſt, ad quod pertinent ea quæ in §. 5. referuntur. Et maxime ſeruitutes & dominia in eos qui bello capiuntur, aut ex ancillis naſcuntur; (de quibus tit. ſeq.) quas referri ad idem ſpecie ius ex quo ſunt prædicta, nimis quam fuerit abſurdum. Apparet ex duabus ſpeciebus ſeruitutis, quas conſtituit *Ariſtot. Polit. 3. & 4.* vbi nimirum alios eſſe ait ſeruos φύσει, natura (de quibus tit. ſeq.) alios ſeruos νόμῳ *d. cap. 4. in pr.* ὁ γὰρ νόμος, inquit, ὁμολογία τις ἐστι, Lex eſt quædam conſenſio; quod ſcil. gentes vſu communi quaſi ita diſpoſuiſſe videntur, vt bello capti eſſent capientium; adeo ex ſententia Ariſt. ſeruitus iſta magis ad ius legitimum videatur referendum, & quodammodo poſitiuum, (oppoſitiue videlicet ad ius naturale,) tantum abeſt, vt vnam ſpeciem cum iure naturali conſtituat. Sed enim vtique referenda eſt ſeruitus iſta ad ius gentium, per ea quæ pluribus tractabimus tit. ſeq. Et fit ex his probabilis eorum opinio, qui amplius ius gentium ſecundarium ſubdiſtinguunt; nam cum cœtus & ſocietates hominum initio ſtatim conſtitutæ ſint, neceſſaria conſequentia ſimul commercia & dominiorum diſtinctiones fuerunt introductæ; atquin bella poſt malitia humana & libido habendi, & conſequenter quoque iura bellorum introduxit. Sed reprimo me ne euager nimis; addo tamē duo, pro cautione in hac tractatione obſeruanda. Et 1. quod ius naturale quatenus oppoſitum eſt poſitiuo, ambitu & appellatione omne omnino ius, quod non eſt ciuile & poſitiuum, comprehendit; ex quo fit, vt non raro iuri naturali tribuantur, quæ pertinent ad ius gentium ſecundarium, vt in §. *ſingulorum I. de rer. diuiſ. l. 1. de adq. rer. domin.* Deinde, quod quædam dicuntur iuris naturæ magis proprie, quæ nimirum ſunt quaſi decreta quædam rationis, vt in *l. 2. & 3. de iuſtit. & iur.* quædam ita dicuntur, non quod ita decreuerit ipſa naturalis ratio, ſed quia conſideratis humani generis initiis aliquid ita obtinebat; quomodo liberos omnes eſſe homines, dicitur iuris naturalis, & ei contrarias ſeruitutes *§. 5. h. t.* quoniam cum ab initio nulla bella eſſent, omnes liberi erant. Ita recte Io. Faber *in §. ius autem gent. n. 13.* de iure, inquit, naturæ, omnes naſcebantur liberi, non quod ius naturale hoc diſponeret, ſed quia illo iure non erat ſeruitus.

Quod quiſque populus ſibi conſtituit.] Hoc eſt ius ciuile, imo rectius poſitiuum, quod *Ariſt. 5. Eth. 2. & 10.* vocat νομικὸν & à politico diſtinguit; nam vt ſupra diximus, ius ciuile acceptum pro eo, quo in vniuerſum ciuitas vtitur, etiam comprehendit ius naturæ & gentium, quatenus in ciuitatem aliquam receptum eſt, & populus eo vtitur. In ſpecie autem & hoc § ius ciuile dicitur † à cauſa efficiente, quod non communis & omnium gentium & naturalis ratio cōſtituit, ſed ratio v. c. vnius alicuius hominis, vel imperantis, vel à republ. aliqua ius ferendi Leges accipientis. 4

Et apparet intelligi populum, vel ciuitatem, quæ non ſit ſubiecta imperio alterius, ceteroquin ius ſanciendi Legis non habebit, niſi quo ad quædam particulatim ciuitatem concernentia, citra præiudicium Legis ſuperiorib. cuius alias conſenſu opus erit; & ea Dd. vocant ſtatuta, & de iis tractant in *l. omnes 9. de iuſt. & iur.* Sane olim licet Romani tota Italia dominarentur, tamen pleræque ciuitates fœderatæ, quin & municipia quædam

 ſuis

ſuis LL. vtebantur, quibus adeo etiam poteſtas fuit condendi iuris. Porro eſt illa quam diximus nota & diſtinctio certa vtriuſque huius iuris. Huic conſequens eſt alia quam docet *Ariſtot. 5. Ethic.* 10. quod ius naturale (hoc maxime hic accipimus & intelligimus de primæuo, licet & proportionaliter in ſecundario obtineat) eſt ex ſe iuſtum, quippe profluens à ſimplici, & fere incorrupta ratione, non autem quia huic vel illi; principi, populo aut Legiſlatori ita videatur: & ob id quia iuſtum eſt, ab omnibus obſeruandum eſt. Ex quo porro fluit, tum quod iſtud ius ſemper iuſtum eſt & fuit, & vbique iuſtum eſt. Huic oppoſitum eſt, ius poſitiuum, hoc enim non ex ſe iuſtum eſt, ſed ideo, quia à ciuili Legiſlatore præceptum eſt, iuſtum tum demum eſſe incipit, & obſeruandum eſt, cum ante poſſet non obſeruari, vt d. loco docet Ariſtot. & hoc ius vocat νομικόν, quod LL. ciuitatis ſancitum eſt: & 5. *Eth.* 2. hoc ſenſu iuſta ait eſſe τὰ ὡρισμένα ὑπὸ τῆς νομοθετικῆς, quæ Legiſlator ciuilis ſanxit. Et apud Xenoph. 4. ἀπομνημ. Socrates φημὶ γὰρ ἐγὼ, τὸ νόμιμον δίκαιον εἶναι, intelligit autem, quod Legibus ciuitatis præceptum eſt. Ergone dixerit aliquis, quælibet
5 improbæ ſanctiones † tyrannorum aut plebis in Democratiis corruptis, iuſtæ erunt? Locus hic eſt communis de obſeruatione LL. in quem iam non digredior. Hoc ſaltem dico, Leges latas in dubio eſſe obſeruandas nec de iis earumq; ratione temere diſputandũ, ſed iis parendum, vt *d. lib.* 4. diſſerit Socrates; & Politicorum placitum eſt, Leges, vtcunque non omnino bene poſitæ ſint, obſeruandas, & præſtare, vt LL. poſitæ conſeruentur, quam vt ex prætextu alicuius iniquitatis facile mutentur, vt eleganter diſſerit Cleon. apud *Thucyd. lib.* 3 & apud eundem Alcibiades *lib.* 6. & quædam huc pertinentia ſcribit *Lipſ.* 4. *Polit.* 9. modo ne directo LL. offendant rationẽ iuris naturæ, quæ iã non LL. ſed corruptelæ vocandæ ſunt. Satis eſt, aliqua eas defendi poſſe, &, quod caput eſt, collineare ad concordiam & commodum ſubditorum, quem finem omne imperium propoſitum habere debet, vt pluribus tractat *Plato* 1. *de rep.* contra Thraſymachum, qui ex vtilitate ipſius imperantis æſtimabat imperium, & hinc etiam iuſtum definiebat, τὸ κρείττονος (ſcil. potentiori & qui in Repub. plus poteſt) ξυμφέρον. Et quoniam igitur hoc iuſtum non ex ſe tale eſt, fit inde, vt nec vbique apud omnes, neque ſemper iuſtum ſit: Nam & variæ Reſpubl. diuerſis LL. ciuilibus vtuntur: & in vna eademque Republica, quod hodie iuſtum erat, Lege abrogata, cras iniuſtum eſſe poteſt: Leges enim ciuiles mutabiles eſſe conſtat, & docet *§. pen. infr. h. t.* & huc pertinet quod eleganter ait *Ariſt.* 5. *Eth.* 10. ius ciuile ſimile eſſe mæandris, quæ variant, nec vbique ſunt eædem. Iſtud autem ius ciuile de quo hactenus diximus, & quod poſitiuum vocamus, recte dicitur ab Hottom. *in §. vlt. tit. praced.* ius ciuile † merum, quod ingeniis 6
hominum excogitatum eſt, cuiuſmodi variæ LL. apud Romanos, veluti L. XII. Tabb. qua parte ſolos filiosfam. admittebat ad hæreditatem patris, & in aliis multis capitibus: Item Leges, Papia, Poppea, Fauia, Voconia, Caninia, Falcidia, aliæ. Ius aliud ciuile poteſt dici mixtum, cum aliquid ex iure gentium ſumtum in ciuitatem recipitur, quomodo ſupra diximus, omne ius quo ciuitas vtitur, ius dici poſſe ciuile, etiamſi nihil addat Legiſlator ciuilis; quo ſenſu obligationes ex contractibus iuris gentium iure ciuili approbatis, dicuntur ciuiles, ſed magis recte ius mixtum dicitur, vbi iuri gentium aliquid additur per Legem ciuilem; quo ſenſu matrimonia, teſtamenta, ſucceſſiones, actiones, alia, iuris ciuilis eſſe dicuntur, quibus ſcilicet forma quædam propria addita eſt, & amplius ita conſtitutum eſt, vt inter ciues tantum earum rerum ſit communio. Huc refero omnino & hinc explico, quod † ſcriptum eſt in *l. ius 6. de iuſt. &* 7
iur. cum aliquid additur vel detrahitur iuri gentium, ius proprium ciuile effici, quod nimirum de iure ciuili non mere ſed mixto accipiendum eſt, ceteroquin omnia pene iuris ciuilis & poſitiui dicenda eſſent. Vix autem

Digitized by Google

tem fero, quod Hotom. vult, vt ius quod Romani à Græcis acceptum in LL.12. Tabb. retulerunt, dicatur ius Athenienſium vel Spartanorum; hoc enim tantum accidens fuit, quod eo iure populi illi vſi ſunt, neque vlla neceſſitate impulſi Romani, ſed ex libero arbitrio, nec quia id Græcis placuerat, ſed quia ipſi hoc probarunt, eo iure vſi ſunt, itaque recte dicitur merum Ius Romanum. Hæc ſunt inſtar principiorum, quorum ignoratione, quoniam multos errare deprehendi, paulo altius ea repetere, & latius hic proponere volui.

Et ex his intelligimus, quomodo verum & accipiendum ſit, quod in textu ſequitur, populum Romanum, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum iure vti; de quo ſingulis locis annotabimus. Illud leue eſt, quod poſt alios monet Mynſ. in verbis, *omnes populi qui &c.* verbum relatiuum *Qui* nõ reſtringere ſed declarare; quamuis fortaſſe ſint quidam barbariores populi; qui non certis LL. aut moribus regantur & viuant, ſed magis ex cuiuſque animi libidine. Porro cum ius ciuile in ſpecie & poſitiuum ita dicatur, quia quiſque populus id ſibi conſtituit, vt eſt in §. *ius autem*, & iam ſatis explicatum, conſequitur hinc quod eſt in §. *ſed ius quidem h. t.* ex ipſa Repub. in qua ius tale conſtitutum eſt, ius ciuile recte denominari: vt dicatur ius Romanum, Spartanum, Athenienſe, quomodo recte appellari ait Iuſtin. Leges Draconis vel Solonis: quibus verbis innuit, in denominatione potiorem habendam rationem Reip. & ciuitatis, quę Legibus vtitur, quam autoris Legum; idque præcipue obtinet in iſtis terminis & in Democratia, qualis fuit Athenienſium, quibus Draco & Solon non propria autoritate, ſed ipſius populi Leges tulerunt, vbi inepte labitur Theoph. qui Draconem facit Legislatorem Spartanum. de LL. Solonis & Draconis *v. Plut. in Solone & Gellium.* Et adeo quamplurimę LL. in Repub. Rom. Iuliæ, Poppeæ, Corneliæ, innumeræ alię, licet ab autore nomen acceperint, tamen recte dicentur ius Romanum: maxime cum illi autores tantum eas rogauerint, populus ſanxerit. Illud nimis vulgatum eſt, quod Romani dicantur à Romulo, Quirites † à Quirino; 8
Romulus idem eſt qui Quirinus, Virg. 1. Æneid.

—— Remo cum fratre Quirinus
Fas & iura dabunt.

Rationem nominis, & cur Quirinus dictus fuerit, reddunt *Feſtus*, *Varro 4. de Lingua Latina. Ouid. 2. Faſtorum. & Plut. in Rom.* vbi ſcribit, placuiſſe, pace facta inter Sabinos & Romanos, vt Romani etiam Quirites à Tatii Sabinorum Regis patria vocarentur; quod etiam refert *Dionyſ. Halyc. lib. 2.* Illud enim nugatorium, quod apud eundem Plut. refertur, Rômulum poſt mortem apparuiſſe Proculo, dixiſſe ſe Quirinum dici, pro Deo colendum. Non minus vulgatum, quod Iuris appellatione ſimpliciter prolata κατ' ἐξοχὴν intelligatur ius Romanum vel ob æquitatem iſtius iuris, & præſtantiam, quam apud *Cicer. 1. de orat.* Craſſus prædicat; vel potius ob amplitudinem Imperii, cui ſubiecti iſto iure vſi ſunt poſtmodum: nam olim ius Romanum licet late fuſo iam imperio, tamen pene intra muros Vrbis Romę concluſum fuit, pręterquam, quod coloniæ & municipia quædam eo iure vtebantur, de quo tractant Onufrius & Sigon. de antiquo iure Italiæ. Obiter nota, hic Romanos opponi Græcis, à Iuſtiniano, cuius tamen tempore Reſpubl. penitus Græca erat. ſed ratio habita fuit veteris Reipubl. & originis; aut forte hęc ex veteri ICto deſcripta ſunt. De Homero per excellentiam Poeta dicto, eſt locus apud *Cicer. in Top. Senec. 8. Epiſt. 1.* Sequitur:

TEXTVS.

3. Ius autem gentium omni humano generi commune eſt: nam vſu exigente & humanis neceſſitatibus, gentes humanæ quædam iura ſibi cõſtituerunt. Bella enim orta ſunt, & capti-

& captiuitates ſecutæ & ſeruitutes, quæ ſunt iuri naturali contrariæ. Iure enim naturali omnes homines ab initio liberi naſcebantur. Et ex hoc iure gentium omnes pene contractus introducti ſunt, vt, emptio & venditio, locatio & conductio, ſocietas, depoſitum, mutuum & alii innumerabiles.

COMMENTARIVS.

1 *Vitia deſcriptionis Iuſtinianeæ.*
2 *Contractus qui iuris gentium. & 4.*
3 *Actiones iuris gentium.*

OMni humano generi.] Ita in §. 2. *Inter omnes homines.* Et recte plane, vereque dicitur omnibus eſſe commune, & omnibus gentibus quaſi ſancitum; verum illud minus de-
1 fendi † poteſt, quod eſt in d. §. 2. apud omnes gentes *peræque* cuſtodiri; nam iſtud, vt ſupra oſtendimus, etiam in iure primæuo gentium falſum eſt; itaque illud *peræque* & *apud omnes gentes* cum mica ſalis accipiendum eſt, vt à potiori id dictum intelligatur. Verbum quoq; *conſtituere* in d. §. 2. non ſatis proprie dicitur de iure gentium primæuo, ſed bene de ſecundario, per ſupra dicta ex *Ariſt. 1. Polit. 4.* neque vero ſine vitio omiſiſſe potuiſſet Iuſtin. ius gentium primarium.

Nam vſu exigente.] Hoc non caret vitio. Nam cum indiſtincte & indefinite proponat ius gentium, ſicut & in § 2. *h. t.* per hanc rationem ſubiectam reſtringitur ius gentium, & ſecundum eam hoc tantum ius gentium erit, quod vſu & humanis neceſſitatibus exigentibus introductum eſt. At enim contra ea dignior & principalis ſpecies eſt iuris gentium, quam ſupra diximus eſſe ius primæuum, & quod Ariſtoteles vocat φύσει vel φυσικὸν δίκαιον, ſub quod refert *Socrat. apud Xenoph. 4. memorab.* Deos colere, parentes venerari, gratiam reddere benefactoribus, & quod ius non ab hominibus conditum, ſed à Deo hominibus datum & ſancitum eſſe ait, idque obſeruauit hic VVeſenb. dum ait; Ius gentium diuidendum fuiſſe in ius rationis & ratiocinationis. An dicemus Iuſtinianum iſtud ius ſub iure naturali, quod commune brutis dixit, comprehendiſſe? Hoc quidem ſine vitio vix poteſt. Licet enim referantur ſingularia quædam de brutis à *Plutarcho in ſupr. d. libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα* attamen ea nec quidem integri generis, ſed quorumdam indiuiduorum, vtique minime omnium brutorum, & omnino tantum ſimulachra quædam ſunt. An Iuſtinianus illa generalia quaſi præcepta & iuſſa rationis inſuper habuit, & de illo iure gentium tantum tractare noluit, quod magis in vſu appareret, & cuius tractatio non exiguam partem iuris Romani occuparet? Quidquid dixeris, non poterit excuſari omnino Iuſtinianus, quod primæui illius iuris non habuerit rationem.

Quæ ſunt contraria iuri naturali.] Quomodo ſeruitutes dicantur contra ius naturale, paulo ſuperius explicauimus, & dicemus plura tit. ſeq. Bella plane primitus non ex iure gentium, verum ex iniuſta habendi libidine nata ſunt; quam iniuriam qui propulſat, iuſte bellum gerit. Cum inde ſæpe non conſtet de iniuſtitia vel iuſtitia belli, recepta ſunt iura ſeruitutum, & bellorum, cum quiſque fere iuſtitiam ſibi cauſæ aſſerere ſoleat. Nec male *Port. in §. præced. cap. 3.* ait bella eſſe ex iure gentium non diſpoſitiue, verum occaſionaliter, diſtinctis dominiis.

Et ex hoc iure contractus.] Diximus item ſupra, non videri ad eandem ſpeciem iuris gentium recte referri, iura bellorum ſeruitutum, & contractus.

Emptio & venditio.] Copulam addidit, quia ſignificatur vnus contractus, ad quem tamen ſignificandum, etiam alterutrum verbum ſufficere poteſt, quæ ſententia eſt *L. veteres 19. cum l. ſeq. de act. empti.* Vt autem con-
tractus † iuris gentium dicatur, ſatis eſt o- 2
mnes gentes eo vti, vt maxime eſſentiale eius aliquem certum autorem habeat, *v. Plin. 8. cap. 86. & notat id Iiottom. hic.*

Societas,

Societas, depoſitum, mutuum.] Hęc certis textibus probantur: quamuis in huiuſmodi quæſtionibus, an aliquid ſit iuris gentium nec ne, autoritates iuris noſtri fruſtra aduocentur. Hæc etenim pendent ab ipſa veritate & euidentia rei, nec cuiusquam hominis aut legiſlatoris autoritate effici poteſt, vt iſta non ſint iurisgentium. De mutuo poſſit ex eo ſcrupulus inici, quod Ariſtoteles ſcribit 1 *polit.* nummum inuentum eſſe commercii & permutationis cauſa, adeo mutuam pecuniam dare poſſit videri eſſe præter naturalem vſum nummorum, & eum finem, in quem ius gentium eos introduxit. At enim facilis reſponſio eſt, ob id quod iſte finis & vſus nummi eſt primarius & principalis ex iure gentium, non effici, quod nullus præterea vſus ſecundarius & minus principalis ex eodem gentium iure eſſe poſſit, quem ſuaſit humana indigentia, vt alter neceſſitatibus alterius mutuam pecuniam dando ſuccurreret.

Contractus.] In *l. 5. de iuſt. & iur.* adduntur, obligationes: An forte vt etiam alias pactiones extra contractus ſignificarentur: an voluit ICtus etiam addere effectum contractuum? A quo enim iure eſt cauſa, ab eodem & effectus eſt. Et igitur porro etiam ex iure gentium erunt actiones, quarum cauſæ ſunt obligationes. Ex iure gentium ſunt magiſtratus, inter cetera ei fini quoque conſtituti, vt quiſq; ius ſuum conſequatur. Miror pleroſque veterum in *d. l. 5. de iuſt. & iur.* in contrariam ire partem: magis miror quoſdam & hodie in hanc ſen-
3 tentiam quod † actiones ſint ex iure ciuili, adducere *l. 2. §. deinde 6. de orig. iur.* vbi ait Pompon. ex LL. XII. tabb. compoſitas eſſe actiones. Quod ſi enim his LL. acceptas ferimus actiones, iam trecentis annis (tot enim exceſſerunt ab V.C. vſque ad LL. XII. tabb.) populus Romanus ſine actionibus fuit: quo quid abſurdius aut ſtultius? Nimirum formam propriam ex LL. illis & ad forum Romanum acceperunt actiones: quemodo apud Athenienſes & alios populos propria agendi forma fuit: ſed forma communis & eſſentialis actionum, quæ conſiſtit in ſimplici petitione, ea eſt ex iure gentium: cuiuſmodi quæ ſunt, poſſent illa quidem ad ius ciuile mixtum, de quo ſupra, referri, ſed vt tamen eorum origo, & vera eſſentia & forma à iure gentium arceſſatur, de quo plura diximus ad *Tr. de except. th. 1. & Tract. de action. diſp. 1. v. Dd. & inprimis Salic. in l. ex hoc 5. de iuſt. & iur. Interpp. & late Ang. hic n. 8.* ex quibus patet effectu non diſſentire Vltramontanos & Citramontanos; (quod tamen Ang. tradit) nam Salic. quem & ipſe Ang. citat, fatetur intentionem proſequendi quod ſibi debetur, eſſe à iure gentium, ſed formam & modum à iure ciuili: quæ veriſſima ſententia eſt, quam adſtruimus & *infr. in §. ſed iſta 3. de action.*

Omnes pene.] Per particulam *pene* cauere ſibi voluit Imp. † poſt ICtum in *l. 5. de iuſt. & iur.* 4
quoniam generalia & indefinita huiuſmodi enunciata periculoſa ſunt. Ita ſeruitutes ſunt à iure gentium, ſed quidam modus eſt à iure ciuili. *§. 1. tit. ſeq.* Ita contractus & obligationes à iure gentium ſunt, vt nihilominus quidam obligandi modus poſſit eſſe à iure ciuili: & conuentionum legitimarum mentio eſt in *l. conuent. 5. cum l. ſeq. de pact.* Etenim hic locus eſt coniungendus cum *l. 5. de iuſt. & iur.* quæ obligationes ponit. Exempla in ſpecie afferre ſolent Interpp. ſponſalitiam largitatem, literarum obligationem, ſtipulationem & emphyteuſin: quæ traditio an recte ſe habeat, videbimus propriis locis, in *§. Eſt & aliud 5. infr. de donation. tit. infr. de lit. obligat. ad pr. infr. de verb. oblig. & in §. adeo 3. infr. de Locat.* Hotom. huc refert mancipium & nexum, coemptionem ſolemnem in matrimoniis: non ſatis recte, quoniam iſti non contractus, ſed contrahendi modi ſunt.

TEXTVS.

4. Conſtat autem ius noſtrum quo vtimur, aut ſcripto aut ſine ſcripto, vt apud Græcos, τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem ius eſt, Lex, Plebiſcitũ, Senatusconſultum,

Principum placita, magiſtratuum edicta, & reſponſa Prudentum.

COMMENTARIVS.

1 *Quid hic ſit ſcriptum & ſine ſcripto.*
2 *In quo ſit eſſentia legis.*
3 *Specifica differentia legis & conſuetudinis.*
4 *Vnde ſumta hæc diuiſio.*

PRæcipue hic notanda ambiguitas in ver-
1 bis *ſine ſcripto:* † Item *ex ſcripto.* Nā ius quoque naturæ & gentium, eſt non ſcriptum, & ita veteres locuti ſunt. *Cicero in partit. ora. ſub fin.* Propria, inquit, legis, & ea quæ ſcripta ſunt, & ea quæ ſine literis aut gentium iure, aut more maiorum retinentur. Ad eundem modum *Socrates apud Xenophon. 4. memorab.* appellat ἀγράφους νόμους τοὺς ἐν πάσῃ χώρᾳ κατὰ ταὐτὰ νομιζομένους, qui vbiq; iidem ſunt. Deinde reſponſa prudentum dicuntur ius, quod ſine ſcripto venit *l. 2. §. his legibus 5. de orig. iur.* nimirum oppoſitiue ad ius quod ita ferri & conſtitui ſolebat, vt protinus in tabulis ſcriberetur, & publice legendum proponeretur: ceteroquin oppoſitiue ad ius quod moribus & tacito conſenſu receptum dicitur, hic inter iuris ſcripti partes referuntur.

Scripto aut ſine ſcripto.] Weſemb. ait differentiam ſumptam à forma. Sed errat vtique, ſi in-
2 telligit formam † ſpecificam & eſſentialem. Formam enim lex accipit à ſanctione eius, penes quem eſt ſumma in republ. poteſtas: haud dubie enim principale ius maieſtatis eſt, legis ferendæ ius, quippe quæ omnes ſubditos neceſſitate parendi obſtringit. Itaq; expreſſa ſanctio expreſſa voluntas & conſenſus faciunt legem, ſiue id ius, quod opponitur mori & conſuetudini, quæ ſenſim ex factis & ita tacito conſenſu populi introducitur, vt arguit §. *pen. inf. h. t. in f.* & euincit certiſſima ratio, hinc ſumendam eſſe diſtinctionem & differentiam
3 ſpecificam legis & † conſuetudinis: ceteroquin neceſſario efficeretur, poſita ſcriptura poni legem, & ita vbi quiuis etiam priuatus conſuetudinem ſcribit, eam effici legem, poſita enim differentia ſpecifica ponitur ſpecies: ſequeretur & hoc: negata & ſublata ſcriptura non eſſe legem: quod vtrumq; falſiſſimum eſt. Iuſtin. autem hic per ius non ſcriptum intelligit conſuetudinem, vt apparet *ex §. sine ſcripto infr. h. t.* Vulteius dum vult hic defendere Iuſtinianum, neſcio quid argutatur, an nugatur, de ſcripto & præſcripto. Nec definitiones nec diuiſiones accurratæ ſemper in iure noſtro ſe offerunt: & fateamur hanc diuiſionem non à
differentia † ſpecifica, ſed ab accidenti ſum- 4
ptam, eo facilius, quod ita in Republ. Rom. ſemper obſeruatum erat, vt LL. in ſcripturam redigerentur. Quidam ita argumentantur, ci-
tra quod non obligat † lex, id eſt de eius eſſen- 5
tia. Atqui citra ſcripturam non obligat. Ergo &c. Maioris ratio eſt, quoniam vis omnis legis in eo poſita eſt, vt ſubditos obliget ad obedientiam vel pœnam. Aſſumtio confirmatur hinc, quod ignorantes non poſſunt teneri Legibus ciuilibus, & vero per ſcripturam in notitiam populi & ſubditorum LL. deferuntur. Hoc argumentum dedit quibuſdam cauſam diſtinguendi inter legis eſſentiam legemq; quaſi in idea conſideratam, & inter legis exiſtentiam. Verum nos hic de LL. in repub. exiſtentibus loquimur: & illa diſtinctio eſſentiæ & exiſtentiæ hic inepta eſſe videtur. Si quid princeps v. c. in conſilio ſuo diſponat, protinus exſiſtentia lex eſt, vtcunq; nec dum ſubditi omnes ſciant: nihilominus enim magiſtratus iuxta eam L. recte pronuntiabunt, quamuis ſane ſi coercitionem delictorum reſpiciat, iniqua ſit futura pœna, (vbi nimirum delictum ex ratione iuris naturæ aut gentium ita puniri nō meretur) in eos, qui legem ignorant: vt ſimplicius agam, adſumptum quoque dico eſſe falſum, quod tantum per ſcripturam poſſit lex promulgari. Ecquid enim, an qui literas & legere neſciunt, non obſtringuntur legibus? & illis vtiq; per ſcripturam non innoteſcit lex: Et vt de Repub. Rom. agamus, vt primum lex rogata erat, *Velitis, iubeatis, Quirites &c.* & populus in hæc verba cenſuiſſet, *vti rogas:* Lex erat, etiam antequam in tabulis perſcripta eſſet: & populus qui legem ſanxerat, vtiq; legem ſciebat, & ita antequam ſcriberetur lege tenebantur, quoſcunque ea concernebat. Et

quid

quid certius eſt, quam citra ſcripturam miniſterio præconis vel alterius legem promulgari & in notitiam ſubditorum deduci poſſe? Euidentiſſimum exemplum & argumentum, & quod leges ſcribi de eſſentia earum non ſit, præbet Reſpub. Spartana, in qua teſte ipſo Iuſtiniano in §. *Et non 11. infr. h. t.* leges latæ non ſcribebantur, ſed memoria cuſtodiebantur: vtiq; enim, quæ ſanxit Spartanis Lycurgus, leges fuerunt: atquin, vt ait Plutarch. in eius vita νόμους γεγραμμένους ὁ Λυκοῦργος οὐκ ἔθηκεν. Leges ſcriptas Lycurgus non poſuit: & mox μία τῶν ῥητρῶν ἦν, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις. Vna ex Rhetris (forte ita dictis quod nõ ſcriberẽtur,) non vti legibus ſcriptis. Qua in re labitur Myns. dũ ait Lycurgũ hoc conſtituiſſe vt Spartani vterẽtur legibus & moribus maiorum. Imo enim plane nouam formam induxit Reip. & nouas leges ſanxit. Quinimo idem Romæ olim fuit. De Romulo *pag. 94. edit. Sylb. Dion. Halicarn. 62.* νόμους inquit, ἀγράφους μὲν τοὺς πλείους, ἔστι δ' οὓς καὶ ἐν γράμμασι κειμένους καταστήσασθαι. Ecce à Romulo LL. latæ non ſcriptæ, quas niſi ſtolide nemo conſuetudinem dicere poſſit. Et eod. libro de Numa, eum multa conſtituiſſe, τὰ μὲν ἐγγράφοις περιληφθέντα νόμοις, τὰ δὲ ἔξω γραφῆς. Et recte Porcius hic, legem dicit ius ſcriptum, non quod de legis eſſentia ſit ſcriptura, aut ad eam ſubſtantiandam pertineat, ſed quia conferat ad probationem legis, &, quod addo, expeditiorem cognitionem. Ex his ſatis intelligitur, ſcripturam ad eſſentiam legum non pertinere.

TEXTVS.

5. Lex eſt, quod populus Romanus Senatorio magiſtratu interrogante, veluti Conſule, conſtituebat.

COMMENTARIVS.

1 *Lex quo ſenſu hic ſumatur.*
2 *Plebeij, duplex ſignificatio.*
3 *Diſtinctio gentium & ordinum apud Romanos.*

Sequuntur ordine iuris Romani ſcripti ſpecies. Et primo lex, quam cum ante diximus, eſſe ſanctionem † eius, qui in republ. 1 dominatur, videri poſſit verbum legis, hic aut nimis ſtricte aut abuſiue ſumi. Et ita ſane eſt, ſi ad poſteriora tempora iſtud examines: ceteroquin, quod pauci animaduertũt, ſi conſideres prima tempora vrbis Romæ poſt exactos Reges, vſurpatio iſtius verbi propria & adæquata eſt. Nam lex proprie tantum eſt, quæ omnes ciues adſtringit: atquin plebiſcitum, de quo mox, initio tantũ partem ciuium obligabat, itaq; proprie lex appellari non meruit. Illa autem ſanctio quam populus Romanus vniuerſus iuſſerat, omnes ciues tenebat: ergo ſola etiam & vere lex.

Senatorio magiſtratu.] Hæc verba non videntur omnino ſicco pede prætereunda. Senatorius magiſtratus opponitur plebeio. Et inprimis hic obſeruandũ: *Plebeium* dupliciter † dici 2 de gente & de ordine. Duæ gentes fuerunt Romæ in vniuerſum Patriciæ & plebeiæ. Initio partæ libertatis eiectis Regibus, plebeiis gentibus aditus plane ad dignitates & honores magiſtratusque omnes fuit præcluſus: & plebeii contra iniurias patrum ſeceſſione primum facta obtinuerunt, vt tribuni plebis proprius eius magiſtratus, crearentur, & per hos variis LL. latis euicerunt, vt etiam qui ex plebeiis gentibus erant, tandem ad ſummos quoque honores, conſulatum, cenſuram, dictaturam, & adeo quoq; in Senatum admitterẽtur. Ex quo Senatores plebeiis † opponi deſierũt. 3 Inde nata alia diſtinctio ordinum. Senatorii equeſtris & plebeii, alio plane ſenſu, quã in quo gentes plebeię dicebãtur. Siquidẽ in Senatorio & equeſtri ordine plurimi ẽt ex plebeiis gentibus: in plebeio ordine multi ex patriciis gentibus erant, qui v.c. pauperes erant, nec cenſũ equeſtrem, aut Senatorium habebant, quia tradunt *Onufr. de Imp. pop. Rom. & Sigon. lib. 2. de iur. ciu. Rom.* quæ diſtinctio ordinũ poſtea nata fuit: itaq; parum caute Weſemb. equites cum plebe ſeceſſiſſe ait: neque enim tum temporis iſta fuit ordinũ diſtinctio. Senatorius itaq; magiſtratus, ſi priora tempora reſpicias, idem eſt cum patritio, & opponitur plebeio, qui ſcil. proprius erat his qui ex gentibus plebeiis erãt. Sin hoc tractes ad rationẽ poſteriorũ tẽporũ,

& diſtinctionem trium illorum ordinum, Senatorius magiſtratus non dicitur ex diſtinctione gentium, ſed ex qualitate dignitatis quæ tantum ſenatoribus non equeſtris ordinis nec plebeiis viris cōferebatur. Nec tamen iuxta hanc conſiderationem, ſicut ex gentibus plebeiis capiebant etiam magiſtratus, qui ſenatorii dicebantur, ita etiam, (quod tamen oppoſitio ſuadere videbatur) qui ex gentibus patritiis erant admittebantur ad magiſtratum plebeium, id eſt, tribunatum, in ſpecie ita dictum, quia ab initio hic magiſtratus tuendæ plebi fuit introductus: nam ex plebeiis quidem gentibus admittebantur ad magiſtratus quoſuis, & eos qui ante patritiorum proprii fuerant: at numquam ad tribunatum plebis admiſſos fuiſſe patritios iidem docent, & confirmatur exemplo Clodii, qui vt tribunus plebis fieri poſſet, cū eſſet patritius, à plebeiæ gentis homine Fonteio ſeſe adrogari fecit, quod diſerte tradit Cicero in orat. pro domo ſua. Itaque nec qui in ordine tertio plebeio dicto patritii quoque erant, tribuni plebis creabantur, adeoque ſpeciali ſenſu, tribunatum plebeium magiſtratum hic dici apparet: & nimirum, non curulem. Nam vt Hottom. hic notat, magiſtratus curulis, dicebatur ſenatorius, & vt *Sigon. 3. de iur. prouin.* patritii magiſtratus dicebantur, qui initio tantum patuerant patritiis, licet poſt plebeiis communicati fuiſſent: ſine cognitione antiquitatum huiuſmodi Romanarum, nec ſolida cognitio Romanæ Iuriſprudentiæ parari poteſt: & hæc ipſa conferunt ad intelligendos nonnullos textus, veluti in *l. per adoptionem 35. de adopt. & in §. & qui 3. infr. de excuſ. tut.* vbi monebimus: & ea gratia hæc dicta ſint: perſpicue autem errat Theoph. qui plebem definit eſſe omnes exceptis ſolis ſenatoribus.

Veluti conſule.] Exemplum eſt, non reſtrictio: nam huiuſmodi magiſtratus etiam erant, cenſores, dictatores, Interreges, quibus ſcil. omnibus cum populo agendi ius erat, id eſt, quibus ius erat populum vocare ad comitia, quibus LL. rogabantur & ſanciebantur. Rogari dicebantur leges, & frequentiſſime apud autores mentio rogationum: qua de cauſ. hi Hottom. mutauit, *rogante.* Sed puto ſcripſiſſe Tribonianum *interrogante* inſuper habita ſcrupuloſitate verborum: quomodo id & expreſſit Theoph. Neque hic rogare erat orare, ſed rerum ra, interrogare, *Velitis, iubeatis Quirites*, & populus reſpondebat ſuffragia ferendo per tabellas, vel antiquando per literam A, vel probando & legem accipiendo V. R. *vti rogas fac. l. 2. de adoption.*

TEXTVS.

6. Plebiſcitum eſt, quod plebs plebeio magiſtratu interrogante, veluti Tribuno, conſtituebat.

COMMENTARIVS.

1. *Tria genera comitiorum.*
2. *An ſolus tribunus potuerit agere cum populo.*

QVod plebs.] Recte ait, *quod plebs*, cum in præced. §, dixiſſet, *Quod populus.* Nam Senatorius magiſtratus agebat cum vniuerſis ciuibus: Sed plebeius, qui initio tamquam contra iniurias patritiorū pro plebe creatus erat, cuius etiam tantum magiſtratus erat, ſaltem cum plebe, non etiam cum patritiis agendi ius habebat, *notat Gell. lib. 10. cap. 20. & lib. 15. cap. 27.*
Et hinc porro cum tria eſſent genera † comi- 1
tiorum, Curiata, per curias quas inſtituerat Romulus, Centuriata, per centurias, in quas Seruius Tullius vniuerſum populum Romanum diuiſerat, de qua re *Liu. li. 1. & Halicarn. li. 2.* & Tributa, per tribus poſt introductas, ſenatorii magiſtratus fere agebant cum populo comitiis centuriatis, (nam curiatorū exceptis caſibus paucis non erat vſus) tribuni autem cum plebe comitiis tributis. Nam licet haud dubie in tribus quoq; patritii eſſent deſcripti, attamen cum plebeiorum longe maior eſſet numerus, vincebāt illi his comitiis, in quibus ſinguli ex æquo poterant: centuriæ autem ita erant inſtitutæ à Rege Seruio, vt patritii & ditiores in iis plus poſſent, vt ex Liu. & Halicarn. dd. locis apparet: Itaq; cum LL. centuriatis comitiis latæ, in quibus plus poterant

patritii,

Digitized by Google

patritii, tenerent omnes: voluit & plebs vt omnes obligarentur LL. quæ comitiis tributis latæ eſſent, in quibus ipſa plus poterat: de qua re videndi Sigon. & Gruchius, qui proprios tractatus de comitiis ſcripſerunt.

Velut tribuno] In §. *præc.* dixit *veluti conſule*, vbi
2 conſul † tantum exempli loco poſitus eſt. Aliter tamen hic ea verba accipienda videntur, & ſcil. explicatiue. Licet enim etiam fuerint ædiles plebis, attamen his non fuit poteſtas agendi cum plebe, ſed ſolis tribunis. Scribit tamen *Sigon. 3. de iudiciis, cap. 5.* etiam ædilem habuiſſe ius dicendi reis diem ad populum, quæ accuſatio & cognitio fiebat iudiciis centuriatis aut tributis. Et igitur potuit aduocare populum: cum præſertim his iudiciis ſententia per modum legis ferretur, vt eodem libro ſcribit Sigon. Itaque Hottom. ad Triboniani inſcitiam id refert, quod tantum tribunorum fecerit mentionem: ſed recte ſane fecit mentionem principalis magiſtratus plebeii: & hic tantum de iure rogandi populum legis ſanciendæ cauſa, agitur. Cui ridere libet, videat hic vaniſſimas nugas Græculi, Theophili de cauſa & origine plebiſcitorum & SCtorum.

TEXTVS.

7. Plebs autem à populo eo differt, quo ſpecies à genere: nam appellatione populi, vniuerſi ciues ſignificantur, connumeratis etiam patritiis & ſenatoribus: plebis autem appellatione, ſine patritiis & ſenatoribus, ceteri ciues ſignificantur. Sed & plebiſcita Lege Hortenſia lata, non minus valere, quam leges ceperunt.

COMMENTARIVS.

QVo ſpecies à genere] Non ſatis bene: & imo differt quo pars à toto. Genus quidem etiam totum eſt, ſed non propterea omne totum genus eſt.

Nam appellatione populi &c.] Iſta & quæ ſequuntur, non carent ſcrupulo: dum plebem patritiis & ſenatoribus opponit. Nam ſiue plebem intelligas de gentibus plebeiis, ex his multi fuerunt in ſenatu: ſiue de ordine, in hoc multi etiam fuerunt patritii. Expediri nec aliter id poteſt, quam ſi dicas hæc ita proponi ad rationem veterum temporum, quibus honores & dignitates etiamnum penes patritios ſolos erant. Ita enim recte plebs à patritiis & ſenatoribus, & ab his patritii ſeparantur: quoniam ex patritiis fiebant ſenatores, non autem omnes patritii ſenatores erant. Et facit, quod etiam his temporibus procedebat iſta diſtinctio legis & plebiſciti, nam non ita multo poſt eã vim plebiſcita acceperũt, de qua in verſ. ſeq.

Sed & plebiſcita.] Diximus ad §. *præced.* hanc fuiſſe rationem, cur quæ plebs ſola ſciſſet, rogante tribuno plebis, non habita pro legibus fuerint, nec ita appellata: quoniam non tenebant omnes ciues. Itaq; poſtquam acceperunt hanc vim, vt omnes obligent ciues etiam patritios, & ita non minus quam leges valere ceperunt vt in *fin. huius §.* dicitur, id eſt non minus quam illæ ſanctiones, quas populus vniuerſus conſtituebat, etiam nomen ipſis legum merito tribuitur: & ita quoque plebiſcita poſtea appellata fuerunt.

Lege Hortenſia.] Recte huius legis meminit Iuſtin. quæ fuit poſterior: nam primo quidem & antea id cautum quoq; fuerat lege Horatia, atteſtante *Liu. lib. 3.* ſed quia illa lex procul dubio factione & potentia patritiorum non obſeruabatur, ab Hortenſio dictatore, qui populum ex iterata ſeceſſione reuocauerat, repetita fuit, velut ex *Gellio lib. 15. cap. 27* *ex epitomatore Liuii lib. 11. & ex Plin. lib. 16. cap. 10.* intelligere licet: & ob id non leuiter errant, qui in h. §. pro *Hortenſia* ſubſtituunt, *Horatia.*

TEXTVS.

8. Senatusconſultum eſt, quod Senatus iubet atque conſtituit. Nam cum auctus eſſet populus Romanus in eum modum, vt difficile eſſet, in vnum eum conuocari legis ſanciendæ cauſã, æquum viſum eſt, Senatum vice populi conſuli.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITT. EMANUELE

Digitized by Google

Commentarivs.

1 *Ius LL. ferendi ſolius populi.*
2 *Error Pomponij & Triboniani.*
3 *Senatusconſul. vis annua.*
4 *Sententia l. 9. de legib.*
5 *Obſeruatio ad §. conſtat. h.t.*

SEnatus conſilium publicum fuit Romæ, quod de iis quæ ad adminiſtrationẽ Reipu. pertinebãt cognoſcebat & decernebat: ſed fere quæ maioris momenti erant, rata non erãt,
1 niſi à populo approbata † eſſent. Vnde infinitis locis apud Liuium legimus, ex autoritate Senatus ad populum de bello indicendo, pace ſancienda, &c. latum fuiſſe: ſicut & alia quæ Senatus pro lege obſeruanda cenſebat, ad populum lata fuiſſe. Poteſtatem legis ferendæ Senatus habuit numquam, ſed ius iſtud ſub libera Repub. populi ſemper fuit: quin & ſub Regibus, vt maxime penes hos ſumma poteſtas eſſet, tamen ordinaria ratione ex voluntate Regum & inprimis Romuli, leges ad populum latas, & ab hoc ſancitas, locuples teſtis eſt *Dionyſ. Halicar.* apud quem *libr. 6.* Conſul in Senatu ita loquitur. Scitis nobis legem eſſe, ab Vrbe condita, quę omnia in Senatus poteſtate ponit, præter magiſtratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendiq; arbitrium: horum trium poteſtatem eſſe penes populi ſuffragia &c. Et multo magis ſub libera republ. eam poteſtatem populus ſibi vindicauit, & conſeruauit perpetuo, & ea extremis etiam temporibus paulo ante oppreſſam & euerſam Rempub. quin imo euerſioni illi leges à turbulentis & ſeditioſis Tribunis paucorum libidini & ambitioni addictis, promulgatas, cauſam dediſſe, hiſtoriæ illorũ temporũ oſtendunt, apud Dionem, Plutarchum, in Sulla, Mario, Cæſare, Gracchis, & alios autores. Et proinde penitus falſum eſt, (vt libere
2 loquar) quod ſub nomine † Pomponii refertur in *l. 2. §. deinde §. de orig. iur.* & ex eo loco in hunc noſtrum §. transſcriptum eſt, de cauſa SCtorum. Equidem non ita accipiam hoc, quaſi inde eſſiceretur initio & ante auctum ita populum, nulla fuiſſe SCta, (nimis enim ſtolidus & ſtupidus hic eſſet error) ſed ita accipio, quod tum demum fuerint SCta propria Senatus autoritate facta de iis rebus, quæ alias ad populum ferri, & de quibus populus ſancire legem ſolebat. Dico autem & hoc omnino eſſe falſum, &, vt iam dixi, hoc ius & hunc morem perpetuo manſiſſe, vt ad populum LL. ſanciendæ ferrentur, à populo in Senatum translatum fuiſſe numquam, & falſius hoc fit ex interpretatione Theoph. qui ait placuiſſe τὴν σύγκλητον μόνην Senatum ſolum νομοθετεῖν. Illud autem admitto, etiam initio & ſemper Senatum aliquam poteſtatem iuris alicuius quaſi ſtatuendi vſurpaſſe. Verum primo, quidquid ita ſtatuiſſent, optimo iure ratum eſſe non poterat, niſi populi approbatio acceſſiſſet quamuis Senatus quædam ad ſe trahere ſolebat, quæ ad populum ſecundum LL. & mores ferenda erant. Ita ſcribit *Aſcon. in Cornel. in pr.* cum nemo LL. ſolui poſſet, niſi lege ad populum lata, Senatum tamen hoc vſurpaſſe, vt ipſe LL. ſolueret. Secundo quia conſulibus referentibus quę decernebantur, non perpetuum ſed tantum † annuum robur ea SCta & decre- 3
ta habebant, vt notat *Bodin. 1. de repub. 10.* & diſerte ſcribit *Halicarn. lib. 9.* vel quia conſulum, qui erant capita Senatus, tantum annuum imperium erat: vel quia forte hoc acceptum à Græcis. Ita enim de Athenienſibus ſcribit Demoſth. contra Ariſtocratem. ὁ νόμος ἐπέτεια κελεύει τὰ τῆς βουλῆς εἶναι ψηφίσματα. Lex decreta Senatus annua eſſe iubet. Hinc apud eundem *Halicarn. lib. 11. in f.* cauetur, vt προβούλευμα fiat quotannis, quoniam cum anno prioris vires expirabant, prorſus, ſi omnimodo rata ea decreta eſſe debebant, ad populum ferenda erant: & in pleriſq; ita obſeruabatur, vt Senatus autor fieret, plebs ſciſceret, in quam rem infinita exempla apud Liuium: & hinc apud *Dionyſ. Halic. lib. 8 & 10.* γραφέντος τοῦ προβουλεύματος καὶ ἐπικυρώσαντος τοῦ δήμου, ſcripto decreto ſiue Senatusconſulto, cum illud plebs firmaſſet. & ea ipſa de cauſa autor ille προβούλευμα appellat. Quæret quis, quæ nam igitur ſit ſententia † *l.* 4
9. d. LL. vbi ait ICtus, non ambigi, quin Senatus ius facere poſſit. An dicemus, hoc ſaltẽ modo

poſſe,

poſſe, quo iam explicauimus: At enim SCtorum quorum in iure mentio non annua ſed perpetua fuit autoritas. Enim vero Auguſtus, ſicut prouincias quaſdam, ita alia quoq; etiamnum permiſit & reliquit populo, & ius quoq; ſuffragij non omnino abſtulit, vt notabimus *inf. ad §. ſine ſcripto h.t.* Tiberius id totum populo cuius potentiam minutum ibat, abſtulit, & ius Senatus, à quo nullum metuebat periculum, auxit. *Tacit. 1. annal.* Tum primum è campo comitia ad patres translata ſunt: nã ad eam diem, & ſi potiſſima arbitrio principis, quædam tamen ſtudiis tribuum fiebant. Exinde factum vt Senatus iura & leges conderet: & ex eo deceptus ille quicunq; tandem eſt autor *d. l. 2. de orig. iur.* ſcripſit, quod veritati hiſtoricæ repugnat. Et eadem fide & veritate, qua ſcribit in §. nouiſſime 11. *eod. tit.* quia Senatus nõ probe prouincias omnes gerere poterat, & neceſsũ erat Reipub. per vnum conſuli, principem conſtitutum fuiſſe: qua ratione falſius nihil eſt: cum cõſtet Remp. à Cæſare & mox Triumuiris, & ex his Augusto iniuſtis armis inuictiſſimo Senatu oppreſſam, & ſtatum priorem in Monarchicum mutatum fuiſſe. Sed vt ad SCta redea-
5 mus: apparet ex eo, quod † proxime de Tiberio diximus, non omnium ſex ſpecierum iuris quę hic recenſentur, eã dem eſſe poteſtatem & conditionẽ: nam quæ olim populus vel plebs, & poſt principes ſanxerunt & conſtituerunt, iure ſuo & propriis viribus, quia penes eos ſumma Reip. fuit, obtinuerũt: ſecus fuit in reſpõſis prudentũ, & Edictis magiſtratuũ, vt mox dicemus: ſecus & in SCtis, nec Senatus ſua propria, ſed magis precaria & cõceſſa à principib. autoritate ius fecit: hoc quoq; argumento, q, vt plurim a iuris noſtri loca oſtendũt, fere præcedebant orationes principum in Senatu, ſequebantur SCta: & boni nimirum principes modeſtiæ cauſa, quæ ſtatui volebãt, ad Senatũ referre ſolebant. Videntur autẽ compoſitores iuris non ſatis conſulto caput illud de Senatu ius facienti, in Digeſta retuliſſe: quandoquidẽ Imperio in Orientem translato, & 200. poſt Conſtantinum annis ſub Iuſtiniano, mutata penitus Reip. forma, Senatus ea poteſtas amplius non fuit, quippe Senatu abſente ab Vrbe Regia in qua morabatur princeps, penes quẽ eſt ſolum poteſtas condendi legem (loquimur autem de lege generali, non de locali ſtatuto) idq; ſatis perſpicue definit *l. vlt. §. 1. C. d. LL.*

TEXTVS.

9. Sed & quod principi placuit, legis habet vigorem; cum lege Regia, quæ de eius Imperio lata eſt, populus ei & in eum omne Imperium & poteſtatẽ ſuam concedat. Quodcunq; ergo Imp. per Epiſtolã conſtituit, vel cognoſcens decreuit, vel Edicto præcepit, legẽ eſſe conſtat. Hæ ſunt, quæ conſtitutiones appellantur. Plane ex his quædam ſunt perſonales, quę nec ad exemplũ trahuntur, quoniã non hoc princeps vult: nã quod alicui ob meritũ indulſit, vel ſi quã pœnã irrogauit, vel ſi cui ſine exẽplo ſubuenit, perſonam non tranſgreditur. Aliæ autem cum generales ſint, omnes proculdubio tenent.

COMMENTARIVS.

1 *De lege Regia.*
2 *An populus principi poteſtatẽ dederit, cumulatiue.*
3 *Conſtitutionum ſpecies.*
4 *Impp. ius olim ipſi dixerunt.*
5 *Cur decretum principis faciat ius generale.*
6 *Quid de interlocutoria ſententia.*
7 *An populo ſit ius priuandi principem.*
8 *Priuilegia & conſtitutiones perſonales.*
9 *An ob merita debeat minui pœna.*
10 *An princeps poſſit gratiam facere pœnæ.*
11 *Priuilegia cauſa.*

POſtquam Respu. Romana abiit in Monarchiam, dubium non eſt, quin quæ ſancit princeps, vere ſint leges, quomodo & hoc §. dicitur *Legẽ eſſe conſtat*, vtcunq; in ſpecie dicantur conſtitutiones, & in hac diſtinctione ſeparentur à lege, non in genere ſumpta, ſed qualis erat ſub Repub. libera.

Quod principi placuit.] Ridiculi ſunt, qui hic adducunt & quaſi obiiciunt, ſcelera principũ, ſtupra, adulteria, inceſtus, homicidia, q̃ illis ex animi libidine facere & admittere libuit. Nimirũ ipſa ſubiecta materia oſtẽdit, de cuiuſmodi placito hic agatur, & tractatur de legũ cauſa efficiente, & penes quos leges ferendi fuerit

& ſu

& ſit poteſtas: neque aliud ſignificatur, quam
quod poſt introductum ſtatum Monarchi-
cum, poteſtas legis condendæ tranſierit in
principem.

Legis habet vigorem.] Et imo reuera lex eſt &
propriiſſime. Edicta prætorum habebant vi-
gorem legis, nec tamen veræ erant leges, vt
poſt dicemus.

Cum lege Regia.] Vt quidam commentum
1 eſſe putarent hanc † legem, eo præcipue mo-
ti videntur, quod non conſenſu populi, ſed ar-
mis libertatem Cæſar & Auguſtus oppreſſe-
runt, & cum armis & pręſidio militum poten-
tiam ſuam tuerentur & porro tenerent, nul-
lam eiuſmodi legem deſideraſſe, nec ea opus
habuiſſe videntur. Sed falluntur: Et nimirum
Auguſtus præ ſe tulit initio, ſe, cũ omnia bel-
lis ciuilibus turbata & feſſa eſſent, vt *initio 1. an-
nal. Tacit.* loquitur, conſtituendæ Reip. cauſa
ſuſcepiſſe imperium, quod rurſus depoſiturus
& libertatem Rempublicamq; populo & ſe-
natui redditurus eſſet: itaq; in ſingula decen-
nia imperium ſibi à Senatu decerni & proro-
gari fecit, vt paſſim ex Suet. & præſertim
Dion. libr. 53. in eius vita legere eſt. Qui itaq; li-
cet neceſſe non haberet, ſiue modeſtia ſiue ſi-
mulatione imperium ſibi à Senatu quaſi de-
cerni & confirmari voluit, (quomodo & Ti-
berius videri voluit, quaſi inuitus ex autorita-
te ſenatus ſuſcepiſſe Imperium, vt refert *Tacit.
d. lib. 1.*) quidni etiam ille, vt imperium quod vi
& armis inuaſerat, iure tenere videretur, po-
tuerit hoc agere; vt lege ad populum lata, per
populum imperiũ ſibi confirmaretur, & quaſi
de nouo deferretur, vt exinde volentibus im-
perare intelligeretur. Idq; probabile eſt eo
tempore factum & ſubmiſſum qui hoc ad po-
pulum ferret, cum vt prolixe refert *Dio libr. 53.*
conſultatione cum Mecænate & Agrippa de
Imperio retinendo aut deponendo inſtituta,
In Agrippæ ſententiam, qui retinendam cen-
ſebat, deſcendit: & tamen oratione prolixa in
ſenatu habita, quam libr. 53. refert Dio impe-
rium ſe ſenatui & populo reddere velle ſimu-
lauit: vt ſenatu quoq; volente imperare vide-
retur. Et talem reuera legem aliquam fuiſſe,
confirmatur ex *Dione d. lib. 53.* vbi hoc principi-
bus tributum ſentit, vt legibus eſſent ſoluti, ὡς
(hęc sũt verba Dio.) *ἀυτὰ τὰ λατῖνα ῥήματα λέγει,
vt ipſa Latina verba dicunt*, quod non niſi de ver-
bis alicuius legis accipi poteſt: & poſt eam le-
gem ſecutum SCtum in eandem ſententiam
ibidem idem Autor ſcribit. Sunt qui putent
eam legem latam demum ſub Veſpaſiano: ſed
ſub Auguſto potius id factum iam dicta ſua-
dent: Alij ſub Veſpaſiano renouatum putant,
quod non videtur diſplicere *A. Aug. de LL. pop.
Rom. ſub lit. R.* forte an quoniam extincta ſtirpe
Auguſti, poſt Galbam, Vitellium & Othonem
qui anno imperium lacerauerãt, Veſpaſianus
non valde illuſtri loco ortus ad imperium
peruenerat. Plane non ſatis tamen id firmatur
ex SCto aut eius fragmento, quod referunt
*Anto. Vacca. ad tit. D. de cõſtit. princ. & Onufr. comm.
in lib. 2. Faſtor.* nam ſingulis nouis principibus
ſuſcepto Imperio, à ſenatu Tribunitiam pote-
ſtatem, Pontificatũ Maximum, & alia ſummi
honoris & ſummæ poteſtatis inſignia decerni
ſolita, vel ex ſolius Taciti annalibus & hiſto-
riis conſtat: at ſemper repetitam quoq; fuiſſe
legẽ Regiã & deſuper latum ad populũ procul
dubio falſum eſt, quamuis id velle videatur *A.
Vacc. d. loc.* Alio ſenſu lex regia dicitur, lata olim
à Regibus *l. 2. de mort. inf.* quæ male confundit
Weſemb. & legem Regiam, de qua h. §. agitur
initio Vrbis conditæ latam falſo ſcribit: quam-
uis verum ſit referente Dionyſ. Halicar. initio
Romulo conſenſu ciuium Imperiũ fuiſſe ſiue
delatum ſiue approbatũ. Hæc pro noſtro in-
ſtituto hac de re ſatis. An princeps legib. ſolu-
tus ſit dicemus *inf. ad §. vlt. Quib. mod. teſt. infirm.*

Ei & in Eum.] Fruſtra ſunt qui hic arguran-
tur, & operoſe, quę cauſa iſtius repetitionis ſit:
Probabile eſt, fuiſſe formulam illam & verba
ipſius legis, quib populus vſus fuerit ad oſten-
dendam enixã ſuam voluntatẽ. Itaq; minime
probandi, qui verba *IN eum* explicãt *in ſe* quod
ſcil. populus in ſe quoq; eam poteſtatẽ † prin- 2
cipi cõceſſerit, vt Weſemb. poſt alios (quam-
uis iſti explicationi faueat Theoph.) vtique
enim non potuit concedi poteſtas monarchi-
ca principi niſi vt in omnes poteſtatẽ haberet.

Imperium

Digitized by Google

Imperium & poteſtatem ſuam.] Miror eorum iudicium, qui ita hoc factum contendunt, vt tamen populus poteſtatem veterem retineret, & eam ſaltem cum principe communicaret, & ita, vt Doctores noſtri loquuntur, dederit eam poteſtatem principi, non priuatiue, vt eam à ſe abdicaret, ſed cumulatiue, vt concurrentem cum principe poteſtatem haberet Oportet eos in craſſa ignorantia Politices verſari; cuius certiſſima principia non patiuntur, vt populus & princeps iura maieſtatis habeant: Temperari quidem poſſunt iura, vt ita miſta fiat Reſpub. ſed ſcilicet, diuerſa iura; eadem autem maieſtatis iura vt communicētur hoc modo, fieri prorſus non poteſt. Et tanto abſurdior hæc eſt ſententia, quod conſtat ſtatim ſub principibus Romanis, non mixtam, ſed puram reapſe Monarchiam fuiſſe, & ſi quod videtur aut apparet temperamentum, id fuit ex conniuentia & indulgentia principum: quo modo paulo ante retulimus, Auguſtum ius aliquod ſuffragiorum populo reliquiſſe, quod tamen non ita multo poſt ademit populo ſucceſſor Auguſti Tiberius. Senatus quoque poteſtas tota pependit à principe, & precaria magis & imaginaria pene fuit, vt vel vnus Tacitus docere poteſt. Manebant, inquit, adhuc veſtigia morientis libertatis. Ex quo facile remoueo, quod obiicitur ex *l.1. Ad L. Iul. maieſt.* aduerſus populum Romanum committi crimen læſæ maieſtatis. Scilicet illa aut metaphora eſt, populi pro capite populi, quem repræſentat princeps; vel eſt ibidem veſtigium fugientis antiquitatis, & morientis veteris maieſtatis. Nulla certior probatio eſt, quam quæ ab euidentia ipſius rei ſumitur; & conſtat teſtimonio omnium illius ſeculi Hiſtoricorum, apud principem omne ius maieſtatis, nullum amplius, tempore quidem ICtorum noſtrorum, & ante quoque apud populum fuiſſe; & veriſſime de populo Romano Iuuenalis:

——Qui dabat olim
Imperium, faſces, legiones, omnia, nunc ſe
Continet, atque duas tantum res anxius optat
Panem & Circenſes.

Quodcunque ergo Imperator.] Duo ſunt, † in 3
vniuerſum genera conſtitutionum, de quibus hoc §. agitur. Primum, cum Imperator directe hoc agit, vt Legem condat, quæ ſpecies dicitur Edictum, vbi ſcil. indefinite aliquid ſancitur, quales omnes regulariter Leges eſſe ſolent: ſub quam ſpeciem etiam recte referuntur, quæ Imp. reſpondet ad relationem & conſultationem magiſtratuum ſuper iure dubio; vt adeo labatur Theophilus, qui Epiſtolam ad hanc ſpeciem iuris reſtringit; quamuis non negaſſem generaliori nomine Epiſtolæ hoc quoque contineri poſſe. Alterum, cum Imp. directe hoc non agit, vt Legem condat, ſed eius tamen diſpoſitio propter dignitatem principis vim Legis habet; Huius generis duæ ſunt ſpecies, Epiſtola & decretum. Illa cum reſpondet conſultantibus, cuiuſmodi ſunt pleræque LL. in Codice. Hoc, cum cognoſcens cauſas, pronuntiat; quod veteres Impp. frequenter
†feciſſe, vt in cauſis priuatorum ius dicerent, 4
non dubium eſt. De Iulio Cæſare teſtatur id *Suetonius cap.43.* de Auguſto *idem cap.33.* de Claudio *idem Sueton. cap.15.* de Hadriano & Seuero. *Spartianus,* de M. Antonino *Capitolinus, in vita Veri.* Epiſtola talis, & tale decre-
tum † principis, vtcunque reſpondeant & 5
decernant ſuper negocio ſingulari, effectum tamen habent conſtitutionis & Legis generalis, quoniam princeps, qui propter ſupremum Imperii culmen & poteſtatem, nullius gratia aut odio ita ſtatuit, in negotio illo, ſimul idem in aliis ſimilibus cauſis ſancire velle præſumitur, & quaſi hanc inferiorib. magiſtratibus præſcribere formam, ex rationibus quas adducit Iuſtin. *in l. vlt. in pr. C. de LL.* Et quia igitur princeps ita vult, obtinent iſta vim Legis generalis: per rationem hoc ipſo §. mox ſubiectam, à contrario, *quia princeps hoc non vult.* Et hanc quoque rationem differentiæ hac in re inter principem & alios magiſtratus reddit Theoph. hic, quod princeps vtpote omnium dominus præſumatur citra vllum odium, gratiam aut ſordes ferre ſententiam, quæ ratio in aliis ceſſat, quorum ob id ſenten-

Digitized by Google

ſententiam præiudicium aliis cauſis facere non decet. Videtur mihi propior hæc ratio, quod princeps ſupremus omnium magiſtratus eſt, cuius adeo iudicium merito ceteri ſequuntur. Atquin alii magiſtratus inuicem in ſe non habent imperium, & omne ſuum ius à principe habent; itaque ſententia ab vno lata alteri præſcribere non poteſt. De ſententiis tamen principis & decretis, ſcrupulum hic mouet *l. 2. & 3. C. de LL.* vbi Impp. definiunt, quænam conſtitutiones habendæ ſint pro LL. generalibus, & ab earum numero diſerte excludunt ſententias, quas in cauſis ſingularibus protulerint, quas nolunt in aliis cauſis facere præiudicium; cui ſententiæ contradicit hic §. 14. *l. 1. § 1. de conſtit. princ.* & aperte *l. vlt. C. de LL.* neque poſſunt dd. l. 2. & 3. reſtringi ad interlocutorias ſententias, quia generaliter loquuntur de ſententiis, quæ in dubio intelliguntur definitiuæ; & vt maxime poſſent, idem robur, vt faciant ius inter om-
6 nes † etiam ſententiis interlocutoriis tribuit *Vlp. in d. l. 1. §. 1.* ibi, *vel de plano interlocutus eſt*: & inepta diſtinctio eſt *gl. Br. & Cyn. in d. l. 2. & vlt.* inter ſententiam interlocutoriam quæ in corpore iuris clauſa eſt vel non; nam de illa ſtulta eſſet ratio dubitandi: & *Impp. in d. l. 2. & 3. C de LL. & ICtus in l. 1. §. 1. de conſt. princ.* de nullo corpore iuris cogitarunt, aut cogitare potuerunt. Ant. Vacca vir eruditus *in d. l. 1.* tribuit hoc modeſtiæ & moderationi Theodoſii Imp. quod noluerit quaſuis ſententias ſuas haberi pro LL. generalibus, quod probabiliter dicitur, ſed ita ſocordiæ & ſtoliditatis arguuntur compoſitores, qui textus contraxere in Inſtit. Dig. & Codice, quin in Codice ſub eod. tit. retulerint. Dixerim (aliud enim profecto quod dicatur, eſſe non videtur,) intereſſe an ipſe Imperator cauſa ad ſe reuocata ſtatuerit, an conſiſtorium principis; Licet enim hoc vice ſacra & principis iudicet, & quaſi ipſe princeps ita iudicare videatur; attamen reuera princeps ipſe non iudicat, & rationis eſt, plus ipſi principi, quam conſiſtorio eius tribui; & ad hunc caſum refero *d. l. 2.* (quæ non obſcure etiam de hoc loquitur) *& 3. C. de LL.* Weſenb. in parat. ſubtiliter reſtringit dd. ll. C. d. LL. ad caſum, quo princeps non fuit eo animo, vt tanquam Legem generalem valere vellet.

Hæ ſunt quæ conſtitutiones.] Ita ſcilicet in ſpecie dicuntur; Reuera enim & haud dubie ſunt Leges, ita quidem vt & ſolæ ſint LL. & nemo alius in ſtatu monarchico Legem condere poſſit. *d. l. vlt. C. de LL.* Et ſupra diximus Senatum tantum ex indulgentia principis iuris faciendi poteſtatem habuiſſe. Et inepte *à gl. & Br.* obiicitur, quod de Lege à populo lata h. t. ſup. traditur: Id enim haud dubie ad ſtatum Rom. Reip. democraticum ſiue mixte Ariſtocraticum pertinet, & ſupra exploſimus eorum ſententiam, qui cumulatiue à populo poteſtatem Imp. conceſſam nugantur. Et
futile eſt, quod populum † ſibi reſeruaſſe po- 7
teſtatem priuando Br. ſcribit, eo quod olim populus exegerit Reges. Non diſputabo iam an populus id ſuo iure fecerit, nec hoc allegabo, quod populus ſub Regibus quoque non exiguam poteſtatem habuerit. Sed nimirum ita eſt, vt nulla Reſpub. eundem perpetuo retineat ſtatū, ſed habeat ſuas periodos & mutationes: Et ſicut Cæſar & Auguſtus nullo iure, ſed armis & de facto, vt loquuntur, oppreſſit Rempub. & democraticum ſtatum mutauit in Monarchicum; ita quoque ſtatus Monarchicus exactis regibus fuit mutatus in Ariſtocraticum ſiue popularem; & facta eiuſmodi populorum habent colorem, ſi principes poteſtate abutantur, & Regium imperium commutent in tyrãnidem, quemadmodum feciſſe conſtat Tarquinium ſuperbum; cuius exactioni tum alia improba facta, tum ſtuprum à filio, Lucretiæ illatum præbuit cauſam; nam & principes non mancipio imperia aut ſubditos tenent, ſicut tenentur fundi & ædes; & habet poteſtas regia limites ſuos, quos qui excedit, forte non iniuria exui ea poteſt. Nec vllum regnum eo modo hæreditarium, quo fundi aut alia patrimonialia bona: ſed reges ſunt conſtituti populorum cauſa, quorum ſumma ratione ſemper ius aliquod eſt in Repub. Sed iſta li-

matius

matius exſequi non eſt huius loci. Dicere iſta tamen viſum fuit, vt principia recte intelligantur, & ineptiæ veterum detegantur.

Plane ex his quedam ſunt perſonales.] Leges indefinite ſcribi debent, & cum omnibus eadem voce loqui, ſine relatione ad certas perſonas. Itaque hoc ante omnia cautum fuit LL. 12. Tab. *Priuilegiano irroganto.* ſcil. in ſingulas perſonas Leges ferri vetuit. Priui-
8 legia † enim ſunt, vel quia priuant Legem generalem; vel quia ſunt priuatæ LL. in ſingulas perſonas; quales vt ferantur, æquabilitati, in Republ. neceſſariæ, non conuenit. Vetant, inquit *Cic. pro domo ſua*, ſacratæ LL. vetant 12. Tabb. Leges priuatis hominibus irrogari; id enim eſt priuilegium. Nihil eſt crudelius, nihil pernitioſius, nihil quod hæc ciuitas minus ferre poſſit. Acceperunt Decemuiri hoc quoque à Græcis. Hanc enim Legem Athenienſium refert *Demoſthenes in oratione contra Ariſtocraten edit. VVolfii, pag.* 441. μηδὲ νόμον ἐπ᾽ ἀνδρὶ ἐξεῖναι θεῖναι, ἐὰν μὴ τὸν αὐτὸν ἐφ᾽ ἅπασιν ἀθηναίοις. Non licere legem ferre in vnum virum, niſi idem feratur in omnes Athenienſes; & eandem Legem refert in *orat. aduerſus Timocraten pag.* 469. Nec obiiciat quis hic cauſas criminales & maxime capitales; quas Romæ populi iniuſſu iudicare nemini licebat, vt proinde videantur in ſingulos caſus qui accidiſſent, ſingulæ quaſi Leges, & ita conſequenter in ſingulos Reos latæ. Equidem hac de re ſuo loco agemus *infr. lib.* 4. Pluribus, hoc interim dicimus, haud dubie etiam olim fuiſſe pœnas indefinite irrogatas delictis, ſed incidentibus negotiis aut populus ipſe cognoſcebat die dicta, aut aliis cauſam cognoſcendam demandabat, quomodo minime Lex in ſingulos ciues ferebatur, ſed eius hæc cauſa erat, quod populus libertati ſuæ conſulens nulli in vniuerſum ſtatuendi de capite ciuis Rom. poteſtatem concedere volebat. Poſt quæſtiones perpetuæ, prætoribus creatis, qui iis præeſſent, conſtitutæ, ne ſemper nouis delegationibus opus eſſet, vt refertur *in l. 2. §. capta* *32. de O. I.* de quo agemus *infr. lib. 4. tit. vlt.* quamquam aliquando, ſed non iure, de ſingulis reis Leges rogarentur, quod queritur factum & improbat *Tacitus 3. ann.* Iamque (ait) non modo in commune, ſed in ſingulos homines latæ quæſtiones; qua de cauſa Legem à Pompeio ſuper Milonis crimine in ſpecie latam, (*vt refert Aſcon. comm. in orat. pro Milone*) improbauit Cælius Tribunus, dicens, priuilegium in Milonem ferri. Iſque locus præter ſuperiora oſtendit, non tantum priuilegium dictum, quod fauori alicuius & pro eo latum eſſet, ſed etiam quod contra aliquem, & in pœnam; oſtendit & hic §. illis verbis, *vel ſi quam pœnam irrogauit.* Oſtendit etiam *oratio Cicer. pro domo ſua*; Vbi inuehitur in Clodium, quod in ſe non Legem, ſed nefarium priuilegium tulerit. Ita enim tulerat Clodius, vt mox idem Cic. ſcribit, velitis, iubeatis, vt M. Tullio Ciceroni aqua & igni interdictum ſit; quamuis Clodius, vt Legi fraudem faceret, non ita expreſſe tuliſſet & palam, ſed indefinite, vt qui ciuem indemnatum necaſſet, ei aqua & igni interdictum eſſet, vt colligitur ex his Cic. verbis d. loco. Ita enim, inquit fecit, quamuis non ita tulerit; quia iſta L. haud dubie petebatur & deſignabatur Cicero, qui in ciues coniurationis Catilinariæ reos, conſul ex SCto iniuſſu populi animaduerterat. Hoc autem erat iuris ordinarii, vt ne priuilegia irrogarentur. Potuit enim populus ex cauſa ſpeciali ſupremæ poteſtatis iure priuilegium ferre; quomodo non raro contra LL. generales, quæ verbi cauſa magiſtratus ante certum tempus capere, aut intra certum tempus iterare vetabant, Leges ferri, & præſtantes virtute ciues Legibus ſolui ſolebant. Id ſub libera Repub. rogationibus ad populum latis fiebat; poſt ſub principibus ſimplici conceſſione, quoniam principis ſanctiones Leges erant. Et hoc nō raro factum & iure quoque fieri potuiſſe diſcimus ex *Cicer. 3. de Legib. in extremo*; ſed fieri id debuiſſe comitiis cēturiatis. Digna res eſt quę Ciceronis verbis, nimirum & ipſa Lex & exceptio proponatur.

 In pri-

In priuatos homines Leges ferri noluerunt, id eſt enim priuilegium, quo quid eſt iniuſtius? cum Legis hęc vis ſit, ſcitum in omnes, ferri de ſingulis, niſi centuriatis comitiis noluerunt: deſcriptus enim populus cenſu, ordinibus, ætatibus, plus adhibet ad ſuffragium auxilii, quam fuſe in tribus conuocatus.

Quoniam non hoc princeps vult.] Bona ratio, quoniam prædixerat, ea quæ princeps per Epiſtolam, vel per ſententiam in negotiis ſingularibus, reſpõderat, vel decreuerat, in aliis quoque cauſis obtinere, & pro Lege generali eſſe: quia ſcilicet hæc principis ſententia eſt, vt hoc in aliis quoque cauſis obſeruetur, quoniam non iſtud ita ſancit, tanquam pro Titio aut Sempronio, inter quos negotium vertitur, ſed quoniam in vniuerſum ita iuſtum eſſe cenſet. Hinc nimirum perſonales conſtitutiones & priuilęgia principis non trahuntur in exemplum, quoniam hoc princeps non vult, ſed ſolius Titii aut Sempronii cauſa ita diſponit.

Quod alicui ob meritum indulſit.] Eius ſcilicet
9 fauore & pro eo. An id iure fiat, alteriꝰ † quæ-
ſtionis eſt; Equidem apud Perſas ita obſeruatum reperio, vt in cognitionibus criminalibus, non tantum delicta obiecta, ſed etiam antecedentia merita Rei in conſiderationem venirent, & ob hæc, pœna mitigaretur, aut omnino remitteretur. Ita *Herodotus lib.* 7. refert, Darium pronuntiaſſe, Sandocem ob ſcelera meruiſſe pœnam capitalem, eum tamen ob alia merita liberaſſe. Ita apud *Diodor. Siculum lib.* 15. iudex ab Artaxerxe Tiribazo accuſato datus, ſententiæ abſolutoriæ hanc rationem reddit, quod licet criminationes obiectæ veræ eſſent, tamen maiora eius merita perſpexiſſet. Solon olim dixit contineri Reſpub. præmiis & pœnis; vt delictis pœnæ, ita benefactis præmia debentur. Sed iſta non recta eſt ratio referendi gratiam, vt impunitas ſcelerum detur; quod præſertim ita multi fiducia aliquorum meritorum ſpe impunitatis ad delinquendum inuitari poſſent. Alia ratio indulgendi & pœnam remittendi, huic affinis eſt, quod Reus in futurum Reip. vtilis eſſe poteſt, de quo tractant *Dd in l. ad beſtias. de pœn.* Plane tamen quod hic de indulgentia ob merita dicitur, generalius eſt, nec tantum ad pœnarum remiſſiones, ſed ad alia quoque pertinet; veluti ſi princeps alicui ob merita immunitatem à tributis conceſſerit: quæ honeſta benefaciendi & retribuendi ratio eſt. Alia rurſus eſt quæſtio, de iure principis
†in remittenda pœna; Poſſe eum quidem iu- 10
re ſupremæ poteſtatis in Repub. vix dubium eſt; ſed an iure id faciat, & gratiam pœnæ faciendo an non peccet, merito quæritur. Breuiter (neque enim eſt huius loci) dicimus, non eſſe ex Repub. id fieri facile, quoniam eſt inuidioſum non eadem in ſingulos & vniuerſos ſtatui; & iſta remiſſio ad delinquendum inuitat, & præcipue quas Lex diuina irrogauit pœnas ſceleribus grauioribus, ſi remittat princeps, haud dubie contra officium facit; de quo vid. aliquid apud *Bodin. lib. 1. de Repub. cap.* 10. Hæc remiſſio pœnæ notatur iſtis verbis §. noſtri, *ſi cui ſine exemplo ſubuenit*, ſcil. licet nulla quoque eius merita præceſſerint.

Vel ſi quam pœnam irrogauit.] Scil. grauiorem delicto, & grauiorem quam Lege ordinaria & generali præſcriptam, nam vt omnino innocens puniatur, barbaries fuerit & intoleranda iniuſtitia. Ceterum ſicut præſtat, nocentem abſoluere quam innocentem condemnare *l. 5. de pœnis* (quamuis quod ibi de nocente abſoluendo dicitur, ad cauſas dubias pertineat, quod iudex in dubio & incerto reum abſoluere potius quam condemnare debeat) ita humannis & tolerabilius eſt, remittere aut mitigare pœnam, quam irrogare grauiorem; hactenus enim & qua grauior pœna eſt, innocens eſt reus. Itaque ab exacerbatione pœnæ, niſi forte in exemplum aliquando, princeps abſtinere debet; quod præſertim ab omni ſuſpicione odii, quam alias difficulter effugiet, principem vacare oportet.

Perſonam non tranſgreditur.] Intelligimus hinc, huiuſmodi conſtitutiones eſſe perſonales, vtcunque princeps iſtud non expreſſerit, nomi-

nominatim, ſe velle vt ſint perſonales: quandoquidem v. c. ipſa conditio remiſſionis, aut irrogationis iſtam reſtrictionem ſuadet & expoſcit. Illud ex ipſis verbis apparet, agi hic de priuilegio perſonæ, non cauſæ, cuius eſt mentio in *l. priuilegium* 196. *d. R. I.* Vtriusque tamen proportionaliter eſt eadem ratio, hoc cauſam, illud perſonam comitatur. Illud addendum, perſonam hic intelligi illud ipſum indiuiduum cui conceſſum eſt, non etiam alium, qui eam perſonam repræſentat, quomodo obligationes dicuntur perſonales, quę deſcendunt in hæredem qui repræſentat defunctum. Priuilegia autem nec in hæredem deſcendunt *d. l.* 196. *d. R. I.* niſi diſerte aliud à concedente cautum ſit: quo referri poteſt, quod priuilegium conceſſum mulieri, tranſit in hæredis liberos *l. aſſiduis* 12. *verſ. exceptis C. qui pot. in pign.* quamuis videatur facilior eſſe tranſitus in iis, quæ non vni perſonæ, ſed ordini, aut toti ſpeciei data ſunt. Adde huc exceptionem ex *l. vlt. C. de fructibus & lit. exp.* vbi priuilegium eſt generale, & cum iniuria alterius coniunctum: & prodeſt alteri non per ſe, ſed ex accidenti, quod cū priuilegiata perſona negotium habet; accedente ratione æquabilitatis iudiciorum. Ex quo etiam reſpondetur ad *l. 1. quod quisque iur.* vbi tamen non princeps, ſed inferior magiſtratus ius iniquum conceſſit. Et ſolent eiuſmodi priuilegia fere ad importunas petitiones quorundam concedi.

TEXTVS.

10 Prætorum quoque Edicta non modicam obtinent Iuris autoritatem. Hoc etiam Ius honorarium appellare ſolemus, quod qui honores gerūt, id eſt, magiſtratus, autoritatem huic Iuri dederunt. Proponebant & ædiles Curules edictum de quibusdam cauſis, quod & ipſum iuris honorarij portio eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Prætorum edicta vnde habeant Iuris vim.*
2 *An vltra annum valuerint.*
3 *Edicta aliorum magiſtratuum.*
4 *Edicta ædilium Curulium.*

MOnuimus ſupra non omnes partes ſiue ſpecies Iuris h. t. propoſitas eiuſdē eſſe conditionis. Populus & plebs iure ſuo legem fecit, itidem & princeps. De Senatu ſupra dictum, eum Ius feciſſe non ſua autoritate. Eadem ratio eſt, aut non valde diſſimilis Edictorum prætoris. Legem ferre eſt ex iuribus maieſtatis; prætor nil niſi magiſtratus fuit, Iuri dicundo præpoſitus; à quo longe diuerſum eſt, ius Leges ferendi. Eius poteſtas fuit *δικαιοδοτικὴ* non *νομοθετικὴ*. Et quomodo igitur Edicta prætoris faciunt partem Iuris? Prætores & Romæ, & in prouinciis (vt vel ex vna oratione Ciceronis in Verrem de Iuriſdictione Sicilienſi patet) Edicta proponebant, de quibus rebus & quomodo ius dicturi eſſent. Et exiſtimo initio nihil aliud eos proponere potuiſſe aut ſtatuere, quam quod ad modum ſaltem & formam iuris dicendi pertineret. Poſtea progreſſu temporis hoc vſurpaſſe, vt (forte exemplo ICtorum, de quibus ſeq. §.) edicendo ſimul ius conſtituerent. Id poteſtate Legiſlatoria factum non eſſe, tum prædicta oſtendunt, tum quod nihil contra ius receptum & leges ſtatuere poterant, nec Leges conſtitutas abrogare *l. cum Sponſus* 12. *§. ſi res* 4. *de public. act. l. non eſt* 12. *§. 1. de bon. poſſ.* Sed tantum poterant aliquid ſtatuere præter Leges; itaque quod Papin. ſcribit in *l. ius autem* 7. *de Iuſtit. & Iur.* Prætorio iure corrigi poſſe Ius ciuile, non de correctione directa & proprie dicta eſt accipiendum, quaſi tollat, aut abroget Ius ciuile, ſed dum aliquos v. c. excluſos Iure ciuili admittit, vt emancipatum ad ſucceſſionem patris, vt hoc explicat ipſe Iuſtin. *in pr. inſ. de bon. poſſeſ.* vbi quoque diſerte Legem opponit Edicto prætoris. Plane Lex 12. tabb. emancipatos quidem non vocat,

cat, ſed eos tamen vocari & admitti diſerte non prohibet, & adeo perſpicue errat Mynſ. hic, dum prætorum, ait, ſolum ius condere & vetera Iura abrogare potuiſſe, quod vtrumque falſum eſt, nec minus falſum, quod peregrinum prætorem deſcribit, qui ius dixerit de rebus peregre geſtis, ſed omnino ille erat qui dicebat ius inter peregrinos, quales dicebantur omnes, qui non habebant ius ciuitatis Romanæ. Nec tamen ius ita quoque à prætoribus iure veræ Legis valebat, propter defectum poteſtatis: ſed effectum Iuris & Legis habebat, dum iure magiſtratus ſecundum edictum ſuum Ius dicebant, actiones v.c. dando vel denegando. Itaque conſequens eſt, vt ceſſante Iurisdictione eorum, ceſſaret quoque autoritas iſtius iuris, adeo cum annuum tantum eſſet prætoris Imperium, anno vim illius exſpiraſſe efficitur; Idque non obſcure affirmat Iuſtin. in *princ. inſt. de perp. & temp. act.* vbi cur actiones prætoriæ ſint annales, hanc rationem reddit, quoniam & ipſius prætoris intra annũ erat Imperiũ; & *Cicer. act 3. in Verrem* ait, Edictum prætoris eſſe annuam Legem (ita appellat ratione effect⁹) Cui finem afferunt Calendæ Ianuarij, ſed non pauca ſunt quæ huic ſententiæ aduerſantur.

Et 1. quod prætoriæ actiones annales fere durabant & imo regulariter omnes, annum vtilem *l. 1. §. annus 39. de vi arm.* & paſſim alibi, qui annus, cum eo eximerentur dies nefaſti, & tempus ignorantiæ, duratione longe ſuperabat annum continuum, quo durabat imperium prætoris. 2. quod ipſe prætor edicto ſuo ſæpe & poſt annum actionem ſe daturum pollicebatur *l. 1. de vi arm. l. 4. vi bon. rapt.* at qui poterat, cum poſt annum eſſet priuatus? 3. quod prætor nominatim actionem furti manifeſti fecit perpetuam, vt teſtatur *Iuſt. in f. pr. 1 de perp. & temp. act.* vbi ait prætorem abſurdum putaſſe, anno finiri iſtam actionem; & igitur in eius poteſtate fuit, actionem facere perpetuam: quin & ibidem Iuſtin. refert alias actiones prætorias perpetuas; & in genere traditum eſt, actiones prætorias eas demum annales eſſe, quæ ſunt pœnales, aut reſciſſoriæ, reliquas perpetuas *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Denique colligitur non obſcure ex *orat. Cicer. in Verr. de Iurisdict. Sicil.* quod etiam poſt officium ſuum cæptum prætor potuerit edictum & actionem proponere, atque ita tantum bimeſtris aut trimeſtris fuiſſet actio. V. Weſemb. *ad d. t. infra de perp. act.* ex hac cauſa compoſitores iuris arguit oſcitantiæ, quod non diſtinxerint Edictum prætoris, quale olim natura ſua fuerit, & quæ poſtea à IC. Iuliano compoſitum & ab Imp. Hadriano confirmatum robur acceperit legis & Iuris ciuilis. Verum quod non demum ab Hadriano ſit iſte effectus, oſtendunt pleraque quæ iam diximus, & præcipue, quod actiones prætoriæ etiam olim durarint anno vtili, quod ipſe prætor Edicto actionem poſt annum propoſuerit, quod actionem furti manifeſti perpetuam fecerit. Quidam poteſtatem & effectum Edictorum prætoriorum altius repetunt, & ante tempora Hadriani, ex lege Cornelia, quam refert *Aſcon. Pad. in Comm. in Cicer. Cornelianam*: qua cauebatur, vt prætores ex Edictis ſuis perpetuis Ius dicerent. Sed *A. Auguſt. de LL. P. R.* iſtam Legem eo pertinuiſſe ſcribit, vt prætores neceſſum haberent, dicere ius iuxta Edicta ſemel propoſita & initio magiſtratus, nec edicta amplius ex libitu mutare tempore ſui magiſtratus poſſint, idque confirmat, quod iam d. loco ſubiicit Pædianus, quod res iſta ſuſtulerit gratiam prætoribus ambitioſis, qui varie ius dicere aſſueuerant. Quod ſi ita eſt, nihil hic ſupereſt aliud quod dicatur, quam non tam prætorem, quam præturam conſideratam fuiſſe, & tacitum hunc populi aſſenſum & voluntatem, vt ex Edictis prætorum quæ præſertim euidens æquitas commendabat, perpetuo Ius diceretur; Idque arguit *oratio Cicer. pro Quintio*, in qua multa de Edicto prætoris, ex quo miſſio decernebatur in bona debitorum; quod eo demum anno propoſitum fuiſſe, & cum anno finem ſumpſiſſe, minime eſt probabile. Poſtea compoſito Edicto perpetuo per Iulianum

num

Digitized by Google

num, ius noua quotannis Edicta proponendi prætoribus ademptum fuiſſe videtur. Hoc enim tantum addidit & voluit Hadrianus, vt ex illis conſtanter & citra variationem ius diceretur, non autem vt ex prætorio iure efficeretur Ius ciuile, quaſi profectum ab Hadriano; quod diſtinctio perpetua in libris noſtris Iuris ciuilis & prætorij efficit & oſtendit. Magnam plane fuiſſe poteſtatem prætoris in Iure dicundo & conſtituendo quoque, inde liquet; quod alibi Liu. ſcribit, ita eius poteſtatem creuiſſe, vt data ſit illi omnis Iuris poteſtas, vnde *Iuſtinian. in N. 26.* ait eum apud veteres Romanos fuiſſe *φαντζὶν καὶ νομοθεσίαν*, *& Nou. 24. in princ.* ait permiſſum fuiſſe prætoribus Legum præſcriptionem.

Ceterum hodie poſtquam Edicta prætoris iuxta cum reſponſis ICtorum & aliis LL. in vnum corpus redacta ſunt, & æqualem autoritatem à Iuſtiniano acceperunt, exigua aut nulla prætorij & ciuilis iuris ſupereſt differentia. Hæc ad intelligendam iuris prætorij naturam paulo latius explicanda fuerunt.

Qui honores gerunt.] Verbum *Honoris* latius patet, ſed hic ſumitur pro magiſtratu, eo ſenſu quo dicimus, ex iure ſuffragiorum & honorum æſtimari ius optimum ciuis Romani, quod ius ſuffragij ferendi & petendi capeſſendique magiſtratus habet. Ait Iuſtinianus in genere, eos qui honores gerunt, autoritatem huic iuri dediſſe. Neque dubium eſt, quinetiam, Cenſores, Conſules, Dictatores, &c. edicta propoſuerint, quorum aliqua hic refert Hottom. & ex iis & ſecundum ea Ius dictum fuiſſe non ambigi poſſit; ſed ea fere Edicta temporaria fuerunt, ita exigente ſtatu Reipub. prætores autem proprie Iuris dicundi cauſa creati initio fuerunt. Et ſane Papinianus in *l. ius autem 7. §. 1. de Iuſtit. & Iur.* ait hoc Ius dictum honorarium ad honorem prætorum & Iuſtiniani propoſitio hoc loco non generalis, ſed ſpecialis eſt: Edicta PRÆTORVM non modicam habere Iuris autoritatem, & haud ſcio, an alterius vllius Edicti in Iure noſtro mentio fiat.

Proponebant & Ædiles curules.] Maxime celebre eſt eorum edictum de rebus venalibus ſub *libr. 21. Digeſt. tit. 1.* Et cum actiones propoſuerint ea de re, oportet & de eadem re Iurisdicundi poteſtatem habuiſſe, hactenus ſimiles prætoribus in iſta iurisdictionis parte; adeo & recte ius iſtud pars Iuris honorarij dicitur; quin & prætorij, non quod eſſent prætores, ſed quod hactenus prætorum loco erant; quomodo explicandum eſt, quod dicitur in *§. prætoriæ 3. infr. de diuis. ſtip.* quod ædilitiæ cautiones veniant & ipſæ à Iurisdictione prætoriæ. Dicuntur Ædiles Curules, ad diſtinctionem Ædilium plebis; & illorum originem refert *Liuius, libr. 6. in extremo, & libr. 7. in princ.* Annus hic, inquit, erit inſignis curuli ædilitate. Nimis protritum eſt, curules dictos magiſtratus quibus ius erat curru vehi; Feſtus, Curulis magiſtratus qui curru vehebantur. vnde ſella curulis, vel quia currui impoſita, vel quia poſt vehebatur, qua ſedentes ius reddebant. Male Theoph. pro iiſdem accipit, ſellam conſularem & currum, qui etiam nugatur circa rationem nominis & officium ædiliũ, & quod apud Feſtum legimus, ædiles, dictos, quod facilis eſſet ad eos plebi aditus, non dubito commentitium & à Paulo vel ab alio additum eſſe.

Fuerunt & Ædiles Cereales, quorum meminit *Feneſtella* (vt quidem inſcriptio habet, magis n. creditur non eſſe veri Feneſtellæ) *de magiſtr. cap. 13. & Pompon. in l 2 §. capta. 32. de orig. iur.* Sed an aliqua eorum fuerit iurisdictio, in compertum mihi eſt.

TEXTVS.

11. Reſponſa prudentum ſunt ſententiæ & opiniones eorum, quib. permiſſum erat de iure reſpondere, nam antiquitus conſtitutum erat, vt eſſent

Digitized by Google

ſent qui iura publicitus interpretarentur, quibus à Cæſare ius reſpondendi datum eſt, qui ICti appellabantur: quorum omnium ſententiæ, & opiniones eam autoritatem tenebant, vt iudici recedere à reſponſo eorum non liceret, vt eſt cõſtitutum.

COMMENTARIVS.

1 *Origo huius iuris.*
2 *Ius reſpondendi quando permiſſum.*
3 *Iuris ſtudioſi, periti.*

PEruenimus tandem ad poſtremam & vltimam partem Iuris ſcripti, eo ſenſu, quo ſupra ad *princ.* §. *conſtat*, explicauimus. Origo Iuris huius arceſſenda eſt *ex l. 2. §. his Legibus 5. de origin. Iur.* vbi Pompon. ait, poſt LL.12.tabb.latas, quæ vt ad pr.tit.præced.notauimus; breues erant & obſcuræ, neceſſariam fuiſſe diſputationem fori, vt videlicet ICti, Leges illas diſputando explicarent, & per interpretationem hoc modo iura conderent, dum reſpondent conſultantibus, nec male Theoph.qui ait, eos iura, feciſſe κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν. Id nec vlla fecerunt Legislatoria autoritate, nec adeo quæ ita diſputauerunt, ex ſe vim Legis habuerunt, ſed quia populus eo iure vſus eſt. Iſtæ diſputationes in quoddam corpus *argum. d.* §.5. collectæ fuiſſe videntur, & dictæ in ſpecie Ius ciuile, cum nomen proprium non haberent; ſicut non raro accidit, vt ſpecies aliqua generis nomen retineat, & hoc Ius ciuile intelligit Cicero & ita appellat *3. offic.* De iure prædiorum ſancitum eſt, apud nos Iure ciuili, &c. Ceterum Ius Ciuile ſignificat omne ius quo ciuitas & adeo etiam pop. Rom. vtitur: in ſpecie autem frequentiſſime opponitur iur. prætorio, vt § 1. *inſt. de oblig. et. l. Ius autem 7. in pr. & §. 1. de iuſt. & iur. & paſſim.* Porro cum ſubinde nouæ LL. ferrentur, manſit & Iuriſperitorum illa autoritas interpretandi. Perluſtremus verba huius §.

Quibus p[illegible] [illegible]at de iure reſpondere. Id pertinet non ad [illegible] tempora poſt LL.12.tabb. nec omni[illegible] [illegible]bera Republ. nullibi enim tale quid leg[illegible], aut ſenatus, aut populi permiſſione c[illegible] [illegible]ſeratam, aut neceſſariam fuiſſe; & ita Pomp[illegible] *l. 2. de origin. Iur. §. vlt. verſ. & vt obiter.* hoc [illegible] atteſtatur, ſimul & hoc; Auguſtum prin[illegible] voluiſſe hoc à ſe peti, vt maior eſſet autoritas. Fortaſſis & ideo, quod multi tabel[illegible] impudentia ſua dignitatem ICtorum [illegible]purcarent peti, ait Pomp. à ſe volui[illegible], vt de Iure reſpondere liceret. [illegible] facultati inerat ius interpretan[illegible] etiam de iure dubio & interpret[illegible] [illegible]ndebant, & reſpondendo in[illegible] ; quamuis plures partes reſpond[illegible] faciunt ICtorum, vt apparet ex deſcriptione ICti apud *Cicer. 1. de orat.* quod ſit vir ad re[illegible]dendum, agendum & cauẽdum peritus; [illegible] *Reſpondere* in ſpecie intelligit, reſpondere de iure dubio; ceterum & de ratione agendi & cauendi conſulebantur ICti, & reſpondebant. Itaque quod hic dicitur de permiſſione, & præſuppoſita petitione, ad tempora Auguſti pertinet, & ſequentia, quã tamen petendi neceſſitatem videtur relaxaſſe Hadrianus teſte eodem *Pomp. d. l. 2. de origin. Iur. in fin.* Humanitate tamen, (ita ego intelligo) propria, non vt in perpetuum neceſſitatem iſtud à principe petendi remitteret.

Antiquitus conſtitutum erat.] Malo *inſtitutum:* Nulla enim de ea re ſanctio lata reperitur, & falſum eſt quod Theoph. ſcribit, à populo aut ſenatu id fuiſſe permiſſum. Sed ita olim quaſi moris & receptum erat, ex neceſſitate quadam, cuius meminit *l. 2. § 5. de orig. iur.* Neque Auguſto hoc tribui poteſt, qui hoc ſaltem introduxit, vt à ſe ius hoc interpretandi & reſpondendi peteretur.

Qui Iuriſconſulti appellabantur.] Proculdubio hi ſunt qui non vno loco vocantur iuris ſtudioſi *in l. 1. de adſeſſoribus. & in l. moris §. nonnunquam 4. de pæn.* vbi ſeparantur ab aduocatis, tabellionibus & pragmaticis; eoque reſpicit *l. 1. C. de adſeſſorib.* in verbis, *ſtudiorum labor.* Et exiſtimauerit quis ita modeſtiæ cauſa ſe appel-

Digitized by Google

pellaſſe, quomodo Pythagoras primus non σοφὸς, ſed φιλόσοφος dici voluit. Sed cõtrario modo *Cuiac. in Nou.* 44. Iuriſperiti appellationem putat eſſe indigniorem, quæ etiam tabellionibus & pragmaticis competat; ſed non perſuadet, Iuriſconſultus enim, (quod nomen hic iis tribuitur, & honoratiſſimum eſt) nihil eſt aliud, quam peritus iuris. Nec quidquam facit pro Cuiacio N. 66. *cap.* 1. & nimirum cum tabelliones inſtrumenta ſuper contractibus & teſtamentis conficiant, hactenus Legum iſtarum peritiam habere debent, citra quam officio ſuo fungi recte non poſſent, & eam peritiam ſine ſtudio aliquo nunquam conſequentur. Itaque omnino ſi proprietatem verbi ſpectas; plus eſt dici Iuris peritum, quam Iuris ſtudioſum; nec alium, aut diuerſum vſum in iure noſtro deprehendo.

Quorum omnium ſententiæ, &c.] Perſpicuum eſt, Synonymice accipi hic ſententiam & opinionem; & ineptiunt, qui ſententiam hic explicant, cum ICti aſſertiue reſpondebant; Opinionem; cum dubitatiue; nec enim clientibus conſulentibus poterat ſufficere reſponſio dubitatiua, & qui effectus hoc §. reſponſis tribuitur, vt ne iudicibus ab iis recedere liceat, non competit dubitatiuo reſponſo; quamuis iſtius diſtinctionis autor videatur Theophilus, paulo tamen aliter, ſententiam eſſe, hoc licet vel non licet facere; opinionem, puto hoc licere, vel non licere; quod ipſum tamen puto ab huiꝰ loci ſententia eſſe alienum.

Intelliguntur autem opiniones & ſententiæ receptæ, (quas pleraſque videtur collegiſſe Paulus; cuius adhuc receptarum ſententiarum extant fragmenta) vel inter omnes vel vtique à pluribus; ſiquidem varias ſectas & diuerſarum opinionum fuiſſe inter ICtos docet *d. l. 2. de orig. Iur.* eiuſque rei non pauca exſtant in iure noſtro veſtigia. Et huc referunt, quod Iuſtin. hic ait, *Quorum omnium* vt ſcilic. intelligatur collectiue pro omnibus ſimul, aut vtique pleriſque, nam ſingulorum ſententijs, quæ præſertim ſæpe pugnantes erant, eam vim tribuere ridiculum ſit & contradictorium. Aut an dicemus Iuſtinianum reſpexiſſe ad conſtitutionem Theodoſij, & Valentin. qua nominatim certorum ICtorũ iam olim defunctorum libros confirmarunt *l. vn. C. Theod. de reſp. prud.* Id quidem volunt *Hottom. & Baro hic*, ſed id iis quæ in hoc §. præcedunt, non ſatis conuenit, quippe quæ referuntur ad tempora anteriora, & eſt continua connexio & ſeries huius §. quamuis videatur firmari ex verbis, quæ ſequuntur hoc §. *vt eſt conſtitutum*, neque enim aliqua alia ſuper hac re oſtendi poteſt conſtitutio. Nimis enim inculta eſt explicatio Accurſij, qui *conſtitutum* coniungit cum verbo præced. *reſponſo* (ita enim in ſingulari numero legit Acc.) quaſi non liceat Iudicib. recedere à reſponſo quomodo hoc ICti conſtituerunt. Addendum plane eſt, olim nõ omnino certũ ius feciſſe reſponſa prudentum, vel eo argumento, quod in *l. 7. §. ait prætor. 7. de pact.* vbi reliquæ ſpecies iuris enumerãtur, reſponſionum non fit mẽtio. Et itaque non immerito Hottom. ad id quod hic dicitur, non licuiſſe iudicibus recedere à reſponſis, limitat per particulam, *facile* aut *temere*. Certum ius non fuiſſe, & ex hoc apparet ipſo; quod à iudicibus conſulebantur ICti, & reſponſa ſua iudicibus mittere ſolebant, vt apparet ex *orat. Cic. pro Cæcinna*, & ſcribit *Pomp. in l. 2. §* poſt hunc 47. *de origin. iur.* nec dubium eſt, ſæpe vtramq; partem reſponſa ICtorum pro ſe habuiſſe.

TEXTVS.

12 Sine ſcripto Ius venit, quod vſus approbauit: nam diuturni mores conſenſu vtentium comprobati, legem imitantur.

COMMENTARIVS.

1 *Eſſentia conſuetudinis.*
2 *Requiſita eius.*
3 *Conſuetudo an tollat Legem.*

IN *verbis conſenſu vtentium eſt* vera † eſſentia huius iuris, & ratio diſtinguendi à Lege in ſpe-

ſpecie dicta; nam vt ſupra notauimus ad §. *conſtat. ſcribi*, Legis accidens eſt. Tacitus igitur conſenſus populi vtentis facit conſuetudinē. Quæ oppoſitio eleganter in *l. de quib. 32. in fi. de LL.* oſtenditur; nihil intereſſe an ſuffragio voluntatem ſuam populus declaret, an rebus & factis & eodem ſenſu in *l. ſed & ea 35. de legib. ciuium tacita conuentio.* An igitur quæuis facta ciuium facient conſuetudinem? Minime vero, ſed talia, quæ arguunt ciuium quendam eumque conſtantem conſenſum, & conuentionem, quę cum ſine verbis inducatur, plura facta & decurſum aliquē temporis interuenire neceſſe eſt; qua de cauſa in *d. l. 35.* dicitū *plurib. annis obſeruatum.* & hinc proprium epitheton conſuetudinis eſt, vt dicatur *longa. l. 1. C. quæ ſit long. conſu. d. l. 35. de LL* diuturna *l. 33 eod. tit.* inueterata *l. 32. §. 1. eod.* Doctores ad minimum lapſum decennij requirunt, & duos actus, vbi videlicet de probanda conſuetudine quæritur (qua conſideratione facti eſſe dicitur) quā alter negat. Rectius id arbitrarium dicemus, & ex plurib. actibus intra breuius quoq; tempus conſuetudinem induci poſſe magis eſt, præcipue ſi contradictorio iudicio ſecūdum conſuetudinem allegatam fuerit iudicatum *l. cum de 34. de leg.* Porro cum populi tacito conſenſu inducatur & conſtituatur hoc ius; conſequens eſt in ſtatu fere populari tantū, huic iuri eſſe locum; per *d. l. 32.* vbi oppoſitio ſuffragij, & rerum factorumq; ſatis arguit, penes eum eſſe ius inducendi conſuetudinem, qui expreſſo conſenſu & ſuffragiis legem iubere poteſt, quod ius in ſtatu Monarchico populo non competit. Ex quo porro conſequitur, cū eiuſdem ſit ferre & abrogare leges, vt popul⁹ qui in ſtatu monarchico Leges principis abrogare non poteſt; iiſdem nec conſuetudine contraria derogare poſſit, vt rectiſſime reſcriptum eſt in *l. 2. C. quæ ſit longa conſuet.* cum qua nullo negocio componitur *l. de quib. 32. in fin. de LL.* ſi referatur ad tempora anteriora, quibus populo; vt ſupra notauimus, adhuc aliquod ius ſuffragij relictum erat, idq; euincunt verba præced. quibus diſerte Iulianus ius ſuffragii tribuit populo, & inde ad ius inducendi conſuetudinem argumentatur; conſtat autem in ſtatu Monarchico ſuffragijs populi legem non ferri; Et ſecundum hoc accipiendum eſt, quod ibi dicitur de Legiſlatore, populo nimirum, qui ius habet per ſuffragia leges ferendi; Ceteroquin vitioſa eſſet collatio Legiſlatoris principis cum ſubditis. Et apparet omnino, quod in *d. l. 32. de LL.* traditur ad vnam ciuitatem pertinere, in qua conſenſu omnium quid inducatur aut mutetur, cuiuſmodi conſenſus tacitus omnium ſub vniuerſo Imperio Romano, quale fuit ſub Autore *d. l. 12. C. quæ ſit long. conſu.* nonniſi ridicule fingeretur; vt fruſtra diſputetur de conſuetudine eiuſmodi generali; Dicimus autem quod conſuetudo ſpecialis ſeu particularis in vna Ciuitate, in ſtatu Monarchico non poſſit tollere Legem, nec quominus in illa ipſa ciuitate locum habeat; Ceteroquin præter & extra Leges, ſicut aliquid ciuitates introducere poſſunt, quæ Dd. vocant ſtatuta, & latiſſime de iis tractant in *l. omnes 9. de iuſt. & iure. & in l. 1. C. de ſumm. Trin.* ita hactenus quoque conſuetudinis introducendæ poteſtatem habeat & ciuitas, & haud dubie ſiue expreſſe, ſiue tacite abrogandi, quæ ipſa ciuitas iure ſibi conſtituit; de qua re pluribus agendi hic locus non eſt, *add. not. ad §. pen. 11. ſ. inſ. h. t.* Hinc patet duplex vis & effectus conſuetudinis, vt & ius inducat nouum, ſuper quo nihil ante cautum erat, & abroget prius. Tertius eſt, vt interpretetur Legem dubiam *l ſi de 37. de LL.*

TEXTVS.

13. Et non ineleganter in duas ſpecies ius ciuile diſtributum eſſe videtur, nam origo eius ab inſtitutis duarum ciuitatum, Athenarum ſcilicet & Lacedæmoniorum fluxiſſe videtur. In his enim ciuitatibus ita agi ſolitū erat, vt Lacedæmonij quidem magis ea, quæ pro Ll. obſeruabant, memoriæ mandarent; Athenienſes vero ca

Digitized by Google

ro ea quæ in LL. ſcripta comprehendiſſent, cuſtodirent.

COMMENTARIVS.

1 *Lapſus Triboniani.*

ET *non ineleganter.*] Imo perineleganter, & per inſignem luſionem, abuſionem & homonymiam iuris ſcripti & nō ſcripti: nam ſi debet hoc recte fieri, quod hoc §. proponitur, oportet, vt ius non ſcriptum Lacedæmoniorum, conferatur cum iure moribus introducto, de quo agitur in §. præced. & vocatur ius non ſcriptum; hoc autem fit omnino inepte & vitioſe; ſiquidem vt ad §. *conſtat.* diximus, Lycurgus ipſas LL. à ſe ſancitas, (quæ minime fuerunt moribus introductæ) noluit ſcribi, ſed in memoria conſeruari. Tum LL. 12. tabb. Rom. vtique ius ſcriptum fuerunt, & ex LL. Athenienſium & Lycurgi non ſcriptis legibus deſumptæ: adeoque LL. Lycurgi non iuri conſuetudinario Romanorum, ſed eorum iuri ſcripto originem dederunt. Amplius aperte falſum eſt, quod ius conſuetudinarium Romanorum, quod in §. præced. ſine ſcripto eſſe dicitur, fluxerit à moribus Lacedæmoniorum; & deniq; non dubium eſt, quod Athenienſes quoq; morib. & conſuetudinib. maiorum fuerint vſi. Et hoc quoq; ex parte obſeruauit Hottom. hic.

Et Lacedæmoniorum.] Rectius dixiſſet, *Lacedæmonis,* vt reſponderet verbo, *Athenarum,* quod eſt nomen ipſius vrbis. De Legibus quas Romani miſſis triumuiris curarunt ex Græcis LL. deſcribi *v. l. 2. §. poſtea 4. de orig. Iur. Liuium. li. 3. & Dionyſ. Halicarn. lib.* 10.

TEXTVS.

14. Sed naturalia quidem iura, quæ apud omnes gentes peræque obſeruantur, diuina quadam prouidentia conſtituta, ſemper firma atque immutabilia permanent: ea vero quæ ipſa ſibi quæque ciuitas conſtituit, ſæpe mutari ſolent vel tacito conſenſu, vel alia poſtea Lege lata.

COMMENTARIVS.

1 *Abuſio & homonymia verborum.*
2 *An ius naturæ immutabile.*
3 *An LL. mutandæ.*

HIc §. non obſcurè ſe referre videtur ad §. 1. *ſup. h. t.* vbi itidem ius ita diuiditur, vt aliud populus quiſq; ſibi conſtituat, aliud naturalis ratio inter omnes homines, quæ diſtinctio h. §. ſatis perſpicue ponitur, tum vtrobiq; de hoc iure dicitur, quod apud omnes gentes peræque cuſtodiatur atque obſeruetur. Itaque apparet mutata † ſententia 1 ius naturale hic non dici, quod natura omnia animalia docuit, ſed quod humano generi eſt proprium, quod ſcilicet iuxta *d.* §. 1. naturalis ratio inter omnes homines conſtituit. Adparet deinde verum eſſe, quod ſupra monuimus, homonyme & confuſe in *d.* §. 1. *& ſeqq.* ſumi ius gentium, dum huic ſine diſtinctione, contractus, bella & ſeruitutes adſcribuntur, quæ ad hoc ius referri non poſſunt, aut ad ea iura, quæ diuina prouidentia eſſe conſtituta hic ait Iuſtinianus; ſed eſt omnino hic §. reſtringendus ad ius gentium, quod Doctores appellant ius primæuum. vtcunque, ſed male aliter ſentiat *Baro.* hic. male & Hottoman. verba, *diuina prouidentia conſtituta* inepte adiecta cenſet, quia ciuilia quoque iura ita ſint conſtituta, ſed hoc ambigue dicitur, & imo iura illa demum recte ita conſtituta dicūtur, quæ ratio & imo ipſe Deus quaſi dictat, & mentibus humanis inſeruit. Apoſtolo quoque teſte *2. ad Romanos.*

Et hoc primum eſt hoc loco notandum. Alterum eſt de immutabilitate † iuris naturalis 2 conſtanti & perpetua. Attigimus de ea re aliquid ſupra ad §. *ius autem ciuile h. t.* Non adducemus hic barbararum gentium impia inſtituta; ſed extra hoc, iuris quantumuis naturalis non poteſt ea quæ aliarum rerum naturalium eſſe conſtantia. Et attingit *Ariſtotel. 5. Ethic.* 10. videri quibuſ-

Digitized by Google

buſdam nullum eſſe ius naturale, quia non ſit vbique omnino idem, quomodo ignis naturaliter vrit vbique, & fatetur etiam ius qꝫ naturale dicitur, aliqua mutabile eſſe; & elegantem rationem innuit, dum Deos apud quos ſcil. nihil ſit mutabile, opponit hominibus; nimirum tacite ſignificans, Ius licet naturale, quia applicandum eſt hominibus, pati aliquam mutabilitatem: & in *l. ius 6. de Iuſt. & Iur.* dicitur ius ciuile aliqua recedere à iure naturali, vbi tamen hoc inſuper addendum, 1. nihilominus hactenus recte hoc §. ius naturale & ciuile opponi, quoniam illud cum ſit generale & vniuerſale, licet in aliqua repub. in applicatione, ad ſubditos inflexionem aliquam patiatur, tamen nullam in ſe pati mutationem, quod ſecus eſt in iure ciuili, quod totum quantum eſt, mutatur: & hoc eſt quod Interpp. hic Ang. Iohan. Fab. & alij tradunt, ius naturale poſſe mõdificari, declarari & prouiſionibus alterari, 2. generales iſtas notiones, quæ à recta & ſimplici ratione fluunt, de colendo Deos, venerando parentes, &c. vix vllam pati mutationem, quamuis in modo varient apud gentes varias, 3. quod non mutetur recta, ſed oblique, aliquando & ex hypotheſi, veluti ita ob iniuſtam inuaſionem licet defendendi ſui cauſa occidere hominem, quod alias iure naturæ vetitum eſt quomodo dicitur præceptum inferius cedere ſuperiori. Denique quod intereſt an mutetur ius naturale per ius ciuile, quod difficilius eſt, an vero per ius gentium, & ſcil. quaſi per communem & tacitum omnium gentium conſenſum; quomodo ſupra diximus huius modi tacito conſenſu & diſpoſitione gentium bellorum & ſeruitutum iura eſſe introducta.

Vel tacito conſenſu populi.] Confirmantur hinc ea quæ diximus ſupra *ad §. ſine ſcripto h. t.* circa interpretationem *l. 2. C. quæ ſit long. conſu. & l. de quibus 32. inf. d. LL.* Eiuſdem ſcil. eſſe, tollere Legem, per Legem poſteriorem, & per tacitum conſenſum & conſuetudinem contrariam. Porro mutari poſſe Leges ciuiles, dubium non habet. An & quando mutandæ ſint. Politica quæſtio eſt, cuius tn. deciſionẽ ſuppeditat ICtus in *l. 2. de conſt. pr.* euidens inquit, vtilitas eſſe debet, vt recedatur ab eo iure quod diu æquum viſum fuit. Eaq; conſentiens eſt politic. ſententia, eo vſq; vt plerique exiſtiment, rectius ſe habere rempubl. quæ Legibus, etiam non omnino recte habẽtibus, (nam ſi manifeſte vitioſæ ſint, ſecus eſt) conſtanter vtatur, quam quæ ſubinde Leges mutat; quoniam nihil magis commendat & conſeruat LL. in quibus eſt ſalus ciuitatis, vt ait *Ariſt. 1. Rhet. 3.* quam autoritas & dignitas earũ, quę crebris mutationib. labefactatur; de qua re v. diſſerentes *Cleonem libr. 3. apud Thucyd. & Alcibiadem lib 6. Platonem lib. 7. d LL. Demoſth. in orat. adu. Timocratem. Bodin. 4. de republ. 3. Ariſtot. 2. polit. 6. inf Lipſ. 4. polic. 9.* & ex noſtris *Vinc. Cabot. 2. diſputat. ca* 1. Eſt de hoc in vtramque partem diſſertatio contraria Catonis & Valerij *apud Liuium lib. 34.* & non probo, quod ibi Valerius cauſa impulſoria legis ceſſante, protinus legem abrogandam cenſet. Ex quibus æſtimari poteſt, quid æſtimandum de Triboniano, qui toties leges mutauit, fixitatq; refixit; vt Inſtitutiones, duo Codices, quorũ prior ſublatus fuit, & Nouellæ pleniſſimam faciũt fidem: & prauo iudicio id illi laudi tribuit *Procop. 1. de reb. Perſicis.* Nolim tamẽ credere facile id pretio corruptum feciſſe, quod imputat ei Suidas; ſuſpicionem tamen præbet ipſe Procopius, Tribonianus, inquit, iuſtum ſectabatur lucrum. Singulis diebus Leges aliquas, aut antiquabat, aut condebat, vti ex vſu eſſe videbat: ó hominem natum corrumpendæ Iuriſprudentiæ: nec vlla res eſt, quæ cognitionem iuris noſtri facit difficiliorem, quam crebra iſta mutatio.

TEXTVS.

15 Omne autem ius quo vtimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res vel ad actiones. Et prius de perſonis videamus: nam parum eſt, ius noſſe, ſi perſonæ, quarum cauſa conſtitutũ eſt, ignorentur.

Com-

Commentarivs.

1 *Ratio diſtinguendi obiecta iuris.*

HOttom. hunc §. reiicit ad *pr. tit. ſeq* & ponitur hic locus in *l. 1. de ſtat. hom.* Sed non incongrue ſubiicitur hic §. in extremo huius tit. vt ita fiat tranſitus ad tractationem ſeq. velut in tit. 9. *in fi. lib. ſeq.* Et vtique cum proponantur tria membra, textus hic §. *ad tit. ſeq.* non pertinet. Diſtinctio iſta trium membrorum non inepte hinc deduci poſſe videtur, quod Iuriſprudentiæ finis eſt, adminiſtratio iuſtitiæ; & adminiſtratur ſcil. Iuſtitia perſonis, ſuper & de rebus, & hoc per remedia, quę ſunt actiones, nomine hoc in genere ſumpto, vt etiam imploratio nobilis officii iudicis comprehendatur, *l. actionis 37. de ob. & Act.* de quo v. & quæ notantur infr. *ad pr. tit. de obligat.* Et ſub hanc partitionem reuocari quoque poteſt ea, quæ eſt in *l. vlt. de Legib.* quod omne ius conſiſtat aut in adquirendo, aut in conſeruando, (quod tamen ſub prius membrum referri poſſit) aut in minuendo; (ad quod etiam amiſſio pertinet) quoniam perſonæ per actiones iura bonaque ſua adquirunt & conſeruant: Videntur alias iſta tria membra *d. l. vlt. de LL.* relationẽ habere quandam ad tres ſpecies Interdictorum, adipiſcendæ, retinendæ & recuperandæ poſſeſſionis. Cauillatur hic Hottom. dum quaſi obiicit quod finis Legis ſit ſalus Reipubl. Etenim non dicitur ius Reipub. principaliter, ſed ciuibus, & ſi his recte adminiſtretur ius, ex hoc ipſo beatitudo Reipub. conſequitur.

Ad Titvlvm III. LIBRI PRIMI INſtitutionum, *DE IVRE PERSOnarum.*

TEXTVS.

1. Summa itaque diuiſio, de iure perſonarum hæc eſt, quod omnes homines aut liberi ſunt, aut ſerui.

Commentarivs.

1 *Quid ſit ius perſonæ.*
2 *Seruus an perſona.*
3 *Perſona quid.*
4 *Homines conditionales.*
5 *Adſcriptitii.*

INprimis hic videndum, quid ſit *Ius perſonæ*, quod non aliunde rectius intelligere licet, quam ex collatione tit. Dius *De ſtatu hominum*, ſcil. ſignificatur conditio quæ qualificat perſonam & facit vt hoc vel illo iure vtatur. Et amplius declaratur id ex *tract. de capitis diminutione*, quæ definitur ſtatus mutatio *in pr. l. de cap dim. l. 1. D. eod.* & ex tribus eius ſpeciebus oſtenditur in tribus principaliter conſiſtere hominis ſtatum, in libertate, ciuitate & familia, quæ tria nos habere ait ICtus *in l. vlt. d. cap. min.* & ea omnino omnem ciuem habere oportet, quo referri ſolet illud *Terentii in Eunucho.* Dico eam eſſe liberam, ciuem Atticam, meam ſororem. Ex quo etiam apparet, non tantum diuidi recte perſonas in liberos & ſeruos; ſed etiam in peregrinos & ciues; & olim extra ciues Romanos vel qui ius illud habebant, omnes cenſebantur peregrini; ſed eam diuiſionem merito omiſit Iuſtinianus, quoniam diu ante ipſum omnibus ſubditis ius ciuitatis datum erat *l. in vrbe 17. de ſtat. hom.* Hinc apparet ineruditc lapſum eſſe Vulteium, qui ius obligationis, quod nihil cum ſtatu habet commune, refert ad obiectum hoc primum de iure perſonarum, de quo plura dicam, *infr. de Obligat. lib. 3.* Apparet etiam error Apelli, quem male probat *Mynſ. in §. vlt. tit. præc.* (ipſi eſt pr. huius tit.) quod tantum ſint duo obiecta iuris, dominium & obligatio, & quod perſona tantum ſit circumſtantia, quæ non magis poſſit conſtituere obiectum iuris, quam locus vel euentus.

Videamus igitur de diuiſione Iuſtiniani. Homo eſt ſpecies infima, non poteſt diuidi per differentias oppoſitas ratione eſſentiæ ſuæ, ſed ratione qualitatum recipit diuiſionem, & hanc ipſam ratione ſtatus in liberos & ſeruos. Diuiſum, eſt perſona, quam hic

idem ſignificare quod hominem, apparet tũ ex rubr. Dig. *de ſtat. hom.* tum quod ipſa diuiſio ita proponitur hoc loco, quod omnes homines ſint aut liberi aut ſerui. Itaque nodum in ſcirpo quærunt, qui obiiciunt, ſeruum non eſſe perſonam. Vt maxime verbo in
2 ſpecie † ſumpto nõ recte diceretur perſona, quod prohibet hic paulo generalius id verbum vſurpari, vt quamplurimis aliis iuris locis. Ita ſumitur in diſtinctione obiectorum iuris *§. vlt. tit. præced. & in pr. inſ. de his qui ſui iuris. l. 1. de ſtat. hom. & in hac rubr. l. in perſonam 22. de R. I. l. poteſtatis 215. de verb. ſign. l. ea quidem 5 C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Neque verum videtur, quod perſona ſignificet tantum proprie qualitatem ciuis. Et vt ſolide hoc explicemus, ita
3 ſe res habet, vt hoc † verbũ ſæpe pro officio & qualitate vſurpetur, per ea quæ tradunt *Gell. lib. 5. cap. 7. Laur. Vall. 6. Eleg. 34.* Sed vt nihilominus etiam & proprie, ſubſtantiam primam, intelligentem incommunicabilem, & ita indiuiduum ſignificet. Ita quidem ex Philoſophis definit *Keckerm. 1. Syſtem. Log. cap. 5.* & confirmat Zanchius, non tantum Theologus ſed & Philoſophus doctiſſimus, *de tribus Elohim. part. 1. lib. 1. c. 2.* perſona, inquit, eſt ſubſtantia indiuidua intelligens, incommunicabilis: & *lib. 8. c. 1.* perſona aliud non eſt quam eſſentia, certa aliqua perſonali proprietate diſtincta, & quaſi, ſecundum Scholaſticos, indiuiduata, quod & mox *eodem cap.* repetit. Et *eod. tract. part. 2. lib. 1. cap. 2.* notat ambiguitatem iſtius verbi, & apertius *cap. 3.* perſonam ſignificare aliquando qualitatem & externam faciem; aliquando ſubſtantiam, ſeu rem per ſe ſubſiſtentem, indiuiduam ratione & voluntate præditam, ſed finitam. Secundum hæc ſeruus, qui talis ſubſtantia eſt, recte quoq; perſona appellatur. Itaq; errat *Valla d. loco.* dum definitionem Boetianam dictis conformem, reprehendit; quamuis ibid. admittat nomen perſonæ ſeruo tribui poſſe. Et fruſtra quis obiecerit, ſeruos pecudibus æquiparari *l. 2. ad L. Aquil.* eſt enim ea comparatio ſecundum quid in L. Aquilia, & ea conſideratione, qua ſeruus conſideratur vt eſt in commercio & dominio noſtro, ſicut res alia patrimonialis, vt vendi, permutari & donari poſſit; quo ſenſu non ad hoc primum membrũ, de perſonis, ſed ad ſecundũ de reb⁹, pertinet. Sed & conſideratione perſonæ habet, quia iure perſona eſt, nõ tantum ex iure naturali, quo omnes homines ęquales perhibẽtur *l. quod attinet 32. de R. I.* ſed etiã in multis partib. iuris ciuilis, vtiq; enim contrahit & dominũ de peculio obligat. *tt. de pecul.* quin & dominũ ſibi obligat. *§. 1. inſr. de fideiuſſ.* hæres inſtituitur & legatum accipit, ita vt ex ipſius perſona legatum quadantenus valeat *l. debitor 82. §. vlt. de leg. 2.* ſerui dicuntur cognati, affines *§. illud 10. Inſt. de nupt. l. 14. §. 2. & 3. de ritu nupt.* quin & cõiuges. *l. poſſeſſionum 11. C. comm. iud.* & cum domino ipſo quadãtenus litigare poſſunt, vt dicemus ad *§. 2. infr. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.*

Aut liberi ſunt aut ſerui.] Dicitur hæc ſumma diuiſio, quia eſt prima, & quaſi in tabella, aut charta ſupremo loco poſita, cui aliæ ſubnectãtur. Porro de ſtatuliberis inepta obiectio eſt, qui ſine cõtrouerſia interim ſunt ſerui. Magis colorẽ habet obiectio de adſcriptitiis, qui ſane mixti generis eſſe videntur. Et propter hoc ipſum, dixerit quis eos nõ excludi, quippe cũ, vt Dd. dicere ſolent, ſub ſimplicib. mixta cõprehendantur: & confirmatur ex diuiſione actionum in rem & in perſonã *§. 1. inſ. de action.* vt tñ ſint actiones mixtæ quæ in rem ſint, & in rem vt in perſonam §. quædam 20. eod. vt ibi dicemus. Fuerunt ſcil. ſub poſterioribus Imp. Conſtantinop. homines ad † officia quædam 4
& miniſteria publica, ſed ea vilia deputati, & quaſi corp⁹ quoddã, qui ea lege propter paupertatẽ tolerandæ vitæ illi miniſterio ſe mancipabant, vt ppetuo & ipſi & eorũ progenies operis illis aſtringerẽtur. Fuerunt illi quidem homines liberi, ſed conditionis ſane deterrimæ, (& quæ in non paucis conueniret cũ ſeruili, cui ſine principis cõſenſu ſpeciali eximi nõ poterant, & inde conditionales dicti, quales erãt gynęciarii, murileguli, metallarii, monetarii, fabricenſes, vt videre eſt in *l. vlt. C. de metallar. lib. 11. l. 1. 3. 7. 8. 11. 12. 13. & 15. de murilegulis & lib. 11. l. 3. 4. & 5. C. de fabricenſ.* fuerunt huiuſmodi

iuſmodi etiam tabularii conditionales *l.6.C.de*
iur.fiſc. vbi id not. Cuiac. & idē *ad rub.C.de tabu-*
5 *lar.l.1.ſcriptur.11.C.qui potior.* & iſti huic cō-
ditioni & miniſterio dicebātur adſcripti *l.pen.*
& vlt. C. de muril. quoniam proculdubio eorū
nomina à præfecto illorū collegiorum reci-
piebantur & ſcribebantur. Ad eundem modū
puto eos, qui pro certa mercede eadē lege co-
lendi agros cum poſteritatē operam addice-
bant, adſcriptitios dictos, qui ſicut illi certo
corpori & collegio, ita hi terræ & glebę adſcri
pti dicerentur. Et non tm̄ de his, ſed & de illis
quæri poſſit, an non medium conſtituant in-
ter homines liberos & ſeruos. Et ſcil. non v-
num genus pactionis fuiſſe puto, quo priua-
tis præſertim operam ſuam ad iſtum modum
aliqui pro colendis agris addicebant, adeoq;
nec oēs vna conditione fuiſſe, quemadmodū
ſane textus non vbiq; eandem eorum faciunt
conditionē *in l.4.7.21 22.& vlt.C.de agric.l.vn.C.*
de Colon.Thrac.l.2.C.in quib.cauſ.col.1.C.Theod.ſine
cenſu & reliq. N 123.c.17.*in fi.l.nemini 24.C.de Epiſ.*
aud. In ſumā ita hæc ſub poſteriorib. Impp. re-
cepta fuerunt, & fere conditiones iſtæ ſunt
ex pactionibus: atquin hic agitur de conditio-
ne & ſtatu hominum, quem ex iure gentium
aut naturæ habent.

TEXTVS.

2. Et libertas quidem, (ex qua etiam li-
beri vocantur) eſt naturalis facultas e-
ius, quod cuique facere libet, niſi ſi
quid vi aut iure prohibeatur: Seruitus
autem eſt conſtitutio iuris gentium,
qua quis dominio alieno contra na-
turam ſubiicitur.

COMMENTARIVS.

1 *Libertas quid.*
2 *Seruitus an & quomodo contra naturam.*
3 *An aliqua ſeruitus naturalis.*

EX *qua liberi vocātur.*] Scil. ex ipſa re quę deſi-
gnatur, nō ex verbo vt recte Hott. notat.

Naturalis facultas.] Quomodo à iure naturæ
fit libertas, tit. præced. explicatum eſt. Dicitur
id hoc ſenſu, quo *in §. ius autem gentium tit. præc.*
ab initio omnes homines liberos natos fuiſſe
iunct. l.4. de iuſt. & iur. Adeo diſtinctio hominū
in liberos & ſeruos eſt ex iure gentium *d.l.4.*
in fi. infr. pr. inſ. de libert. cui perineptè obiicit
Hottom. hic, q quidam à priuatis & ſcil. ipſis
dominis cōſequātur libertatem: Etenim hoc
vult Iuſtin. *in d. pr. & IC. in d.l.4.* hoc eſſe iure
gentium effectum, vt alii eſſent ſerui, alii li-
beri; quin hoc ipſum iuri gentium conuenit,
vt ſerui quoq; libertate donentur: itaq; non
opus eſt vt libertatem poſtliminio reſtitutam
dicamus; quod inſuper in iis qui ſerui naſcun-
tur locum non habet.

Quod cuique facere licet.] Libertas, inqt, † *Cic.1.* 1
off. eſt, viuere vt velis. Illud viuere, vt velis, limi
tatur, niſi quid vi aut iure prohibeatur. Senſus
certiſſim⁹ eſt, propterea non impediri liber-
tatē q quis quid lege aut violentia prohibea-
tur facere, iniuſta ſcil. p alium ſibi illata, q̄ re-
pellere, aut per LL. vindicare poteſt; qua in re
pſpicue eſt Hotto. lapſus, qui hoc ita accepit,
quaſi per vim libertas circumſcriberetur, &
quis ob id quod vi prohibetur tāto min⁹ liber
eſſet. Itaq; *l.4. in pr. de ſtat. hom.* ex qua hic locus
deſumpt⁹ eſt, accipit de prima libertate natu-
rali, cui p vim præiudiciū inferri poſſit; penit⁹
abſurde & imperite. Neq; rurſus hoc vult IC.
in d.l.4. quaſi per LL. minuatur libertas; neq;
enim facultatem faciendi quod velis effrenē
& vagam intelligit, ſed hominis in ciuitate vi-
uentis, adeoq; LL. temperatam, quæ alias nō
vera libertas, ſed improba eſſet licētia; ex quo
illud *Cic. in Cluent.* ideo Legum ſerui ſumus, vt
liberi eſſe poſſimus; & eleganter *Ariſt. 5. Polit.*
9. in fi. οὐ γὰρ δεῖ οἴεσθαι δουλείαν εἶναι τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολι-
τείαν, ἀλλὰ σωτηρίαν. Non exiſtimandum eſt, ſer-
uitutē eſſe, viuere ſecundum Rempub. (& e-
ius ſcil. LL.) ſed ſalutem. Illa quoque friuola
obiectio eſt, quod ſeruus videatur vi & iure
prohiberi, quo min⁹ faciat, quæ velit. Hotto.
id ita remouet, quod in definitione intelli-
gatur ius ciuile, cuius ſeruus capax nō ſit, ſed
omnino expers. Quod paulo ſubineptius aut
longius petitū eſſe videtur. Aperta & ſimplex
reſponſio eſt, quod ſeruus non Lege nō etiam
iniuſta violentia, ſed propter ipſam conditio-
nē & ſtatum ſuum, quo dominio alterius ſub-
iect⁹ eſt, facere q velit, prohibeatur. Theoph.
addit, quod ſeruum, quo minus faciat, quod

velit, timor domini prohibeat. Illa autem placeat & Fabri explicatio plane vitioſa eſt, qua verbum, *vi* ad modum ſeruitutis per captiuitatem, & *iure* ad modos iuris ciuilis referunt, vt ſenſus ſit, liberum eſſe, niſi qui iure gentium aut ciuili ſeruus ſit factus; prorſus inepte & abſurde.

Seruitus eſt conſtitutio.] Genus metonymicum; eſt enim non conſtitutio, ſed iure gentium conſtituta.

Iuris gentium.] Fruſtra miratur Hottom. hic, quare nulla mentio ſit facta iuris ciuilis, propter §. *ſeq.* Etenim ſeruitus iure gentium introducta eſt, citra quod ſi fuiſſet, nulla ſeruitus eſſet, modum autem aliquem & cauſam ſpecialem ex qua ſeruus quis fiat à iure ciuili introduci nihil prohibet; ita obligationes, ſucceſſiones, teſtamenta ſunt ex iure gentium, ſed nihilominus modi quidam obligandi & teſtandi ſunt introducti iure ciuili.

Qua quis dominio alieno.] Rurſus miratur Hottom. cur iſta ſolum dicantur de ſeruis, non etiam de filiisfam. qui iure Rom. ſint in dominio parentum. Qualis ſit poteſtas ea & fuerit dicemus *inf. tit.* 9. Sed & hoc quoque, poteſtatem talem patriam non eſſe ex iure gentium, de quo hic agit Iuſtin. Tum etiam conſtat veterem illam poteſtatem in liberos, iam temporibus ICtorum noſtrorum, & maxime temporibus Iuſtin. antiquatum fuiſſe. Diximus ad pr. tit. ſeruum conſiderari vt rem & vt perſonam; ſecundum quod & dominium, cuius hic mentio duplicem recipit conſiderationem; alteram, quo ſenſu, fundi, ædes, equi ſunt in dominio; alteram pro imperio aliquo in ſeruum conſideratum vt perſonam & vt inſtrumentum adminiſtrãdi rem familiarem; quo ſenſu inter dominum & ſeruum eſt quædam ſocietas, quæ concurrit ad conſtituendum Oeconomiam, vt diſputat *Ariſtot. 1. Polit.* 3. vbi etiam vtramque hanc conſiderationem expreſſiſſe videtur, dum ſeruum appellat & κτῆμα rem poſſeſſam, & ὄργανον ἔμψυχον πρακτικόν. inſtrumentum practicum animatum.

Contra naturam.] Monuimus ſupra libertatem non eſſe à iure naturæ decretiue, ſed quoniam illo iure & ab initio nulla bella, nullæ captiuitates erant, conſequenter omnes homines liberi erant. Itaque hoc ſenſu contra naturam eſt, quod repugnat conditioni, quam homo initio habuit quaſi ab ipſa natura, quæ omnes liberos produxit, quo ſenſu etiam natura omnes homines æquales eſſe dicuntur *l. quod attinet* 32. *de Reg. Iur.* Accedit huc abuſus hominum & gentium, præcipue Romanorum, qui iure & dominio in ſeruos crudeliter vſi & abuſi, vt dicemus infr. *ad tit.* 8. §. 1. *&* 2. Accedit & tertia ratio à cauſa efficiente huius ſeruitutis, quæ prima eſt, captiuitas, & adeo violentia, multum autem & iniquum videtur, vt ille ſeruiat qui per alterius violentiam oppreſſus eſt, quam quorundam contra hanc ſeruitutem diſputationem refert *Ariſt. 1. Polit.* 4. Et cum ex eiuſdem ſententia *cap.* 3. iſta ſit ſecundum naturam ſeruitus, qua ſtupidi ingenio ſed robuſti corpore, & quaſi ad ſeruiendum producti aliis ſubiiciuntur, & conſequenter ſeruitus erit cõtra naturam, qua ſæpe optimi, & nobiliſſimi in aliorum deteriorum ſeruitutem rediguntur. Licet enim in illis qui bello ſuperiores fuerunt, videatur eſſe præſtantia quædam præ iis qui deuicti ſunt, nam, vt d. cap. 4. ait Ariſt ἐστὶ ἀεὶ τὸ κρατοῦν ἐν ὑπεροχῇ ἀγαθοῦ τινος. quod vincit, habet exſuperantiam alicuius boni; id tamen plerunque fallit, & non raro præſtantiores ab aliis vel ob multitudinem vel exercitatiorem in rebus bellicis diſciplinam vincuntur; tum rurſus ea ratio nulla eſt, cum capti à præſtantioribus & ſerui facti, à dominis quibuſuis vendi poſſint, & amplius nati quoque ex ancillis ſerui ſint. Iſta nimirum ius ſemel quæſitum in captis conſequuntur, & tamen faciunt, vt merito ſeruitus iſta iuri naturæ vel naturali rationi non ſatis conuenire videatur, & proinde recte hoc loco contra naturam eſſe dicatur.

Videndum hic etiam de ea † ſeruitute, 3
quam *Ariſt. d. cap.* ait eſſe ſecundum naturam & a natura. Vtitur ille hoc fundamento, quod quidam ſint homines, qui ab aliis

tantum

tantum diſtent, quantum appetitus ratione, corpus anima, & brutum homine. Cum igitur natura appetitus rationi, corpus animæ, & brutum homini parere debeant, etiam naturæ conuenire; vt homines ita comparati aliis ſeruiant & ſint ſubiecti, qui tantum rationis ſaltem habeant, vt ea ad alterum imperata facienda vti poſſint; ſecundum quod ſcribit *d. lib. 1. cap. vlt.* ſeruum ὅλως non habere τὸ βουλευτικόν. *& cap. 5.* etiam inde defendit bellum quoddam eſſe naturale, ad adquirendum illos qui natura ad parendum producti ſunt, quorum etiam ibi ceu beſtiarum ſtatuit & admittit venationem. Sed verendum eſt, ne iſta diſputatio Ariſtotelis, lubrica, vana ſit & fallax. Scribit quidem *Athen. libr. 6.* ἔλαττον. πολλοὺς ἑαυτῶν οὐ δυναμένους προΐστασθαι, ἐπιδοῦναι ἑαυτοὺς εἰς τὴν τῶν συνετωτέρων ὑπηρεσίαν: multos qui ſibi ipſis præeſſe non poſſunt, tradere ſe in prudentiorum ſubiectionem. Sed iſta voluntaria ſubiectio, nec reuera hæc ſeruitus eſt, quam quærimus. Non eſt autem ob id rationis, vt alios multos hoc prætextu nobis ſubiiciamus, & faciamus ſeruos. Prætextus, inquam, hic eſt. Neque arbitror eſſe tales homines, qui tantum, vt Ariſtot. ſcribit, ab aliis hominibus diſtent; cum natura omnibus rationem dederit, quod præſertim ob defectum culturæ & diſciplinæ ſæpe videantur homines rudiores; ſæpe etiam ob aerem & clima cœli, ſub quo habitant, vt multis oſtendit *Bodin. in meth. hiſt.* quos propterea inuadere & ſeruituti mancipare naturæ conſentaneum non eſt. Proinde ſeruitutem aliquam à natura, quoſdam ad ſeruiendum à natura generatos eſſe, falſum eſt. Illos ineptos eſſe apparet, qui explicant Ariſt. de ſeruitute qua appetitus ſubiicitur rationi: quæ quidem naturalis eſt, ſed omnino aliam intelligit Ariſt. Eius plane ſententia hæc eſt, ciuitatem eſſe quodammodo à natura, & proinde etiam principium eius, ſocietatem domeſticam, cuius pars eſt herilis & ſeruilis; & proinde putat naturam quoque produxiſſe quoſdam, qui tantum ad miniſteria domeſtica aliorum obeunda apti ſint, quos ait natura ſeruos.

TEXTVS.

3. Serui autem ex eo appellati ſunt, quod Imperatores captiuos vendere ac per hoc ſeruare, nec occidere ſolent: qui etiam mancipia dicti ſunt, eo quod ab hoſtibus manu capiantur.

COMMENTARIVS.

HAc ratione defenditur contra iniquitatem ſeruitus, hoc colore, quod cum iure belli captiui occidi poſſent, eos quacunque conditione ſeruare, humanitatis videatur. *h. §. ex l. 4. §. vlt. de ſtat. hom. l. pupillus 239. §. 1. de Verb. ſign.* Sed profecto ille tantum color eſt; & hoc ipſum non immerito quæras, an hoc ſit ius victorum, vt occidant omnes victos & captos. Nimirum hoſtem arma etiamnum tenentem vt occidere fas ſit, ita ſe dedentem & cedentem vt occidas, minime ſit fas. Bella geruntur victoriæ cauſa & pacis parandæ, nec vlla neceſſaria eſt cauſa, vt victi occidantur, aut etiam ſeruire cogantur. Alludit ad hanc notationem Horat. Vendere cum poſſis captiuum occidere noli. Seruiet vtiliter. & ſequitur iſtam notationem *Iſidor. lib. 8. orig. c. 4.* Hottomanni ratio commentitia eſt, ſeruos appellatos ab aſſeruando, quod tamdiu ſoliti fuerint adſeruari, dum lytro & pretio ſoluto redimerentur, ſimplicius quis ſeruos à ſeruiendo deduxerit. *Scalig. coniectan. in lib. 5. Varr. de Ling. Lat.* arceſſit à verbo Græco, Erītudo inquit, ſeruitudo (ſcil. apud Feſtum) & Æolice Ἔρϝος, addito ſibilo SerFos, vt olim ſcribebant, nunc ſeruos.

Imperatores.] Non intelligit principes Romanos, ſed duces belli, quos olim milites ita parta de hoſtibus aliqua victoria (ſiue conſules ſiue prætores eſſent) appellare ſolebant; quæ appellatio poſt decreto Senatus confirmabatur; captiuos autem vendi, præſupponit victoriam; itaque recte interpretatus eſt Theoph. τῶν πολεμικῶν ἡγεμόνας, belli duces. Sed & ſimpliciter duces belli, ab imperio, quod ſignificabat ius belli gerendi, & Lege curiata

 defere-

Digitized

deferebatur, Imperatores dictos, verum eſt, & notat *Sigon. lib. 2. de antiq. iur. prouinc. cap. 7.*

Qui etiam mancipia dicti.] Manus hic latius vſurpatur; nam expugnata vrbe citra manus iniectionem omnes ſerui erant, & non raro ſub corona iuſſu Imp. venire ſolebant, niſi quibus ſpeciali beneficentia libertas conſeruabatur. Quæ ſi vera notatio eſt, oportebit hinc ad res alias id eſſe tranſlatum, ſed fortaſſis verius eſt, ab appellatione generali etiam ſeruos ita appellatos. Nam mancipio dare vel accipere dicebatur de omnibus rebus mancipi, quæ per nexum transferebantur, & vero, plenoque Quiritium dominio adquirebantur. Ita Varro lib. 5. ſcriptum in Lege mancipiorum, *Vadem ne poſcat, nec dabitur*: & paulo poſt, *mancipium, quod manu capitur*: Neq; enim tantum ſeruum intelligit, & *libro 6. in fi. omne quod per libram & æs geritur, in quo ſunt res mancipi*, & huic conuenienter *Iſid. 8. orig. 4.* Mancipium, inquit, eſt quidquid manu capi ſubdique poteſt, vt homo, equus, ouis. De rebus mancipi & nec mancipi dicetur *inſ. de rer. diuiſ.*

TEXTVS.

4\. Serui aut naſcuntur aut fiunt. Naſcuntur ex ancillis noſtris. Fiunt aut iure gentium, id eſt ex captiuitate: aut iure ciuili, cum liber homo maior viginti annis, ad precium participandum ſeſe venundari paſſus eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Venditio ſui ipſius.*
2 *Quid ſi filiusfam. ſit.*
3 *Addictio debitoris.*

NAſcuntur.] Cum ſint in dominio noſtro ancillæ, conſequens eſt iſtius iuris gentium rationi, vt ex iis nata noſtra ſint. Itaque hic non diſtinxit, ſicut in membro altero, quod ſerui fiant, aut iure gentium, aut ciuili. Nati ex ancillis dicuntur vernæ *l. cum 10. C. de rei vind. l. Titius 36. d. leg. 1.* Vernæ, inquit Feſtus appellantur, ex ancillis ciuium Romanorum vere nati, quod tempus anni maxime naturale fœturæ eſt. Vernas aptos dixit *Mart. 1. Epigr. 50.*

Iure ciuili.] Modos ſeruitutis poteſt introducere ius ciuile. Vnus hic expreſſus. Nam rerum quia difficillimum eſt diſcernere hominem liberum a ſeruo *l. quia 5. de contr. empt.* improbi homines ſimulantes ſe ſeruos, pro talibus ab interpoſito venditore ſe diſtrahi patiebantur, & poſt in libertatem proclamabant, quoniam per conuentionem priuatam nemo nec volens libertatem amittere poteſt *l. nec ſi. 6. l. liberos 10. C. de liber. cauſa.* (Vnde tractant Dd. hic an quis poſſit in perpetuum locare operas ſuas. Reſponſio ſimplex & vera eſt, poſſe, ſed ad faciendum præciſe non teneri, verum intereſſe ſoluendo liberari.) Ad coercendam iſtam improbitatem ita conſtitutum eſt, vt qui fraudandi emptoris (hunc n. oportet ignorare fuiſſe liberum, qui vendebatur) gratia, & turpiſſimi lucri cauſa, (oportet enim venditionem participãdi precii cauſa factam eſſe) ſe venundari paſſus eſt, vere ſeruus efficeretur, negata facultate proclamandi in libertatem. *l. 1. & 3. quib. ad lib. procl. non licet*, niſi aliquando ex cauſa, ſi offeratur reſtitutio precii *l. 2. in pr. ſi li. ingen. eſſe dic.* Adeo fruſtra obiicitur à Portio hic, quod libertas ſit res inæſtimabilis, & quod homo liber venditus ſit læſus vltra dimidium: quoniam Legis autoritate perinde habetur ac ſi vere ſeruus fuiſſet. Illud tamen ſingulare eſt & paulo durius, quod cum maioribus 20. annis vſque ad 25. annum impletum, ob lubricum conſilii ex cauſa læſionis in re pecuniaria iura dent reſtitutionem. *l. 1. & t. t. de minorib.* tamen in re maximi momenti & libertate beneficium hoc ſaltem viceſimum annum egreſſis, negauerunt.

Illud hic quæritur, ſi filiusfam. ſit, qui ſe venundari paſſus eſt, an præiudicetur patri, an hic potius filium ſibi ex iure Quiritium vindicare poſſit, arg. *l. 1. §. 2. de rei vindicat.* Accurſ. proponit quæſtionem de patre & con-

conſanguineis, quibus etiam inferri intelligitur iniuria, per *l. 1. §. vlt. cum l. ſeqq. de lib. cauſ.* Ipſe ſimpliciter ius vindicandi negat; & ego de conſanguineis libenter aſſentior, qui vindicandi tale ius non habent, quale pater: nec iniuriam familiæ illatam eſſe ſufficit: ceteroquin iſta diſpoſitio, vt ſeruus eſſet qui ita ſe vendi paſſus eſt, effectum exiguum haberet. Nec quidquam ad rem facit *d. l. 1. de lib. cauſ.* quæ loquitur de huiuſmodi conſanguineo ſeruiente, qui poteſt ipſe in libertatem proclamare. Atquin patri competere ius vendicandi, omnino contendo *per d. l. 1. §. 2. de rei vind.* quod ius filius ſuo facto patri non poteſt adimere, neque ſe ſubtrahere eius poteſtati non magis quam ſeruus; cum æquale, imo & maius in filium pater ius habeat, quam dominus in ſeruum, ex priſca Romuli Lege, de qua dicemus, tit. 8. non magis etiam quam libertus. Acute hic Cuiac. & breuiter, ad verba *homo liber* annotauit, *ingenuus & ſui iuris*: neque enim patroni & patris ius hoc modo interuerti debet. Et hanc ſententiam probant quoque Plac. Ang. Fab. & Iaſon in addit. ad Porc ſed non recte tamen ius reuocandi oblato precio etiam prȩter patrem aliis concedunt; & ad hoc probandum text. in *l. 1. & ſeqq. de liber. cauſ.* abutuntur. Bene autem fac. *l. 4 eo. tit.* quæ patrono hoc ius concedit. Plane filius ſicut ex contractibus, ita & ex delictis obligatur, nec facere hic poteſt ius poteſtatis patriæ, quominus pœna ex publicis LL. irrogetur filio, quæ etiam irrogatur ſeruo, ſed hoc nihil facit ad impediendam vindicationem patris in noſtro caſu. Cui & fruſtra obiicit Accurſ. *l. 7. §. 2. de cap. min.* vel quia in noſtris terminis non ſuccurritur filio per reſtitutionem, ſed iure ſuo eum vindicat pater; vel quia ibi tractatur de reſtitutione actionum, quæ ipſo iure & imo ſubtilitate iuris perierunt. Hæc de primo modo, quo ciuili iure efficiuntur ſerui, ad quem quæ requirantur *v. apud gl. hic*, oportet plane vt qui venditur conditionis ſuæ ſit gnarus, & qui emit ignarus. Alius erat per addictionem, cum antiquitus ex LL. 12. Tabb. Gell. lib. 20. cap. 1. debitores qui ſoluendo non erant, vincti creditoribus ſuis in ſeruitutem addicerentur; id tamen olim anno V. C. 427. abolitum, ſi fides Liuio, qui *libro 8.* Eo, inquit, anno, velut aliud initium libertatis plebi Romanæ factum eſt, quod necti deſierunt. iuſſi Coſſ. ferre ad populum, ne quis niſi noxam meruiſſet, donec pœnam lueret, in compedibus, aut in neruo teneretur, pecuniæ creditoris, bona debitoris, non corpus obnoxium eſſet; ita nexi ſoluti, cautumque in poſterum ne necterentur. Non tamen fuiſſe illam veram ſeruitutem oſtendit locus, quem ex Quintiliano refert Hottom. hic, & plenius *Sigon. 1. de antiq. iure ciuil. Rom. cap. 6.* nam 1. iſta ſeruitus non officit natalibus, & ſoluto debito recepta libertate manet ingenuus. 2. quia cauſa ſeruitutis, eſt debitum, hoc ſoluto fit liber, etiam inuito domino creditore. 3. addictus retinet, tribum, prænomen, nomen, cognomen: Vt videatur plane debitor addictus medium inter vere ſeruum & vere liberum obtinuiſſe. Alia cauſa ſeruitutis, eiuſque veræ fuit olim ex SCto Claudiano, ſi mulier libera contra tertiam denuntiationem domini ſeſe ſeruo alieno iunxiſſet, de qua *infr. libr. 3. tit. 13. in fi.* Videtur & ciuili iuri adſcribenda ſeruitus pœnæ, de qua paſſim iure noſtro, & *§. 3. infr. tit. 12. & §. 1. tit. 16.* ſublata tamen à Iuſtin. *Auth. ſed hodie C. §. de donat. int. vir. N. 22. cap. 8.* Item quod ob ingratitudinem liberti in ſeruitutem reuocantur. *l. 2. 3. & 4. C. de libertis.* Sicut ingrati liberi reuocantur in poteſtatem. *l. vn. C. de ingrat. lib.* de quo tractat *Cuia. c. 10. obſ 33. & 21. obſ. 6.* & videtur iſtud nouiter conſtitutum, vt ob ingratitudinem liberti poſſent reuocari in ſeruitutem; nam non potuiſſe olim vtique vindicta liberatos, expreſſe ſcribit *Tacitus 13. annal.* Item huc pertinet, quod olim nomen ſuum in cenſu non profeſſi, aut qui ad delectum non reſpondiſſent, vendebantur in ſeruitutem.

l. 4. §. grauius 10. de re milit.

TEXTVS.

5. In ſeruorum conditione nulla eſt differentia, in liberis autem multæ: aut enim ſunt ingenui, aut libertini.

COMMENTARIVS.

NEſcio quid hic Acc. ſibi velit, dum quoſdam olim nudo, alios pleno, alios ſemipleno iugo ſeruitutis obſtrictos fuiſſe ſcribit; quod refert Mynſ. & fabellam nobis texit, quod illa diſtinctio cito fuerit ſublata, arg. *l. & ſeruorum 5. de ſtat. hom.* & omnino per *l. vn. C. de nud. iur. Quir. toll.* quin nō veretur ſcribere, ſicut olim libertorum, iuxta tit. 5. ita & triplicem fuiſſe differentiam ſeruorum. Quod commētum vnde hauſerit, neſcio; hoc autem ſcio eſſe totum iſtud falſiſſimum. Nec dubium eſt temporibus ICtorum noſtrorum differentiam adhuc obtinuiſſe inter ius Quiritarium & bonitarium; atquin Marcianus *in d. l. 5.* nullam differentiam in ſtatu ſeruorum agnoſcit. Nec in ſeruis tantum, ſed etiam in aliis rebus dominium duplex Quiritarium & bonitarium erat, ſed hoc nullam differentiā in rebus ipſis faciebat. Et nimirum res quæ citra nexum mancipationemque, ceſſionem in iure vel vſucapionem ad aliquem, tradita quoque à domino peruenerat, in bonis tantum eius eſſe dicebatur: quod de ſeruis nominatim tractat *Vlpianus in tit. 2. de libertis. §. qui tantum* 11. & quam ridiculum ſit exiſtimare, propterea meliori conditione fuiſſe ſeruum, & conditionem eius variaſſe, quod citra modum ex iure Quiritium in aliū translatus fuiſſet. Plane non vno olim loco apud dominum erant omnes ſerui, ſed diuerſis præfecti muneribus, quæ in triplici diſtinctione fuiſſe arg. *§. pœna 7. in fin. de iniur.* vbi, & in *l. ſed ſi 15. §. 2. de vſufr.* fit etiam mentio dignitatis ſeruorum; & ibid. in §. 1. varia conditio ſeruorum proponitur. Optimo loco erant actores, qui negotia domini curabant, quo pertinet *l. vlt. de off. præt.* Itemque ordinarii, dicti, qui in peculio ſuo habebant vicarios dictos, quibus ipſi imperabant & eorum quaſi domini erant *l. ſi ſeruus 17. in fin. de pecul.* quorum Horat. meminit.

Seu vicarius eſt, qui ſeruo paret, vti mos
Veſter ait, ſeu conſeruus.

Sed iſta diuerſitas tota pendebat à nutu domini & arbitrio, itaque non mutabat conditionem ſeruorum, & vt ex iſto loco Horatii apparet, Vicarius reuera conſeruus, nec minus ordinarius vere ſeruus erat. Itaque recte dicitur, nullam in ſeruorum ſtatu & conditione eſſe differentiam; hic enim non de officiis ſed ſtatu quæritur. Et rurſus pertinet hoc ad ſeruos priuatorum, & imo qui non ſunt ſerui pop. Romani, hos enim pro parte teſtamentum facere poſſe (quod liberorum proprium eſt,) ſcribit *Vlp. de teſtam. §. vlt.* omnino enim ſentio cum Cuiac. quod ibi pro *ſeruus publicus pretoriſue* ſit legendum, *ſeruum publicum P.R.* vnde natus error.

In liberis autem multæ.] Datur enim diuiſio in ingenuos & libertos; & horum ſubdiuiſio, & quod quidam afferunt, ad explicationem *verſ. præced.* in ſeruis non intereſt, an nati ita an facti ſint: Intereſt autem in liberis an nati an facti; illi ſiquidem ingenui, hi libertini ſunt; & ita remouetur obiectio Accurſii, quod duo non poſſunt dici multa; ceterum poſterior iſta explicatio, imperfecta eſt ad §. noſtrum, quia hinc pendet tantum differentia libertorum & ingenuorum, ſed non libertinorum inter ſe. Videndum eſt autem, an non & hodie recte dicatur de liberis, nullam in eorum conditione & ſtatu differentiam eſſe; poſtquam Iuſtinianus 1. ſuſtulit ſubdiuiſionem libertorum, & omnes æquo iure fecit ciues Romanos 2. ſuſtulit etiam diuiſionem, dum libertos ingenuis, ſaluo ſaltem iure patronatus exæquauit. N. 78. *cap.* 1. vbi in vniuerſum manumiſſis dat ius annulorum aureorum, eoſque natalibus reſtituit, id eſt ingenuorum ius tribuit; ſaluo vt dixi patronatus iure, niſi & hoc remiſſum ſit à patrono *d. N. 78. c. 2.* & ita penitus ſublata eſt *L. vn. C. ad L. Viſell.* ex qua vel ſola quantum inter libertos & ingenuos olim interfuerit, apparet.

Digitized by Google

AD TITVLVM IV.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE INGENVIS.

TEXTVS.

1. Ingenuus eſt is, qui ſtatim, vt natus eſt, liber eſt: ſiue ex duob. ingenuis matrimonio editus eſt, ſiue ex libertinis duobus, ſiue ex altero libertino & altero ingenuo. Sed & ſi quis ex matre naſcitur libera, patre vero ſeruo, ingenuus nihilominus naſcitur: quemadmodum qui ex matre libera, & incerto patre natus eſt, quoniam vulgo conceptus eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Ingenuus quis.*

PRima quæſtio ſemper eſſe debet de verbis, licet potior ſit de rebus, vt Plato in Cratylo monet. Notat Hottom. definitionem iſtam ingenui eſſe contra Latinæ linguæ conſuetudinem, & olim ingenuos dictos, qui patrem ciere poſſent, idque ex loco *Liuij lib.*10. confirmat. Sed vt hoc verum ſit, olim ita verbum iſtud acceptum, mutaſſe tamen poſt ſignificationem, & ita, vt hic ſcribit Iuſtinianus, ingenuos dictos, non tantum ex Pandectis noſtris perſpicuum eſt *l.*5. *§.* 2. *& l.* 6. *de ſtat. hom.* ſed etiam iſtum vſum verbi confirmat *Sigonius lib.*1. *de iur. ciu. Rom. c.*6. Itemque firmatur ex eo quod Sueton. ſcribit *in Claudio ca.* 24. Refert ibi Claudium latum clauum tribuiſſe libertini filio, & vt excuſaret factum, allegaſſe, quod Appius Cenſor libertinorum quoque filios in ſenatum allegerit: Sed ſubiicit Sueton. Claudium fuiſſe ignarum, quod temporibus Appij, & deinceps aliquamdiu dicti libertini fuerint, non ipſi qui manumitterentur, ſed ingenui ex his procreati. Quibus verbis ſatis oſtendit, poſtea ita receptum vt ex manumiſſis nati, ingenui dicerentur; quamuis, ſed male, autoritate Suetonij Sigon. d. loco aliquomodo contradicat. Quin ætate Plauti ita vt hoc loco ingenui videntur accepti, vt argum. eſt locus *in Milite act.* 4. *ſc.* 1. Ea ingenua an futura facta, id eſt, per vindictam manumiſſa, de quo tit. ſeq. Ergo Hottom. hac in re lapſus eſt. Hodie poſt N. 78. exæquatis libertinis & ingenuis, iſta quæſtio non eſt alicuius momenti, ſed magni fuit ante, ob prærogatiuas ingenuorum, quas fateri oportet habuiſſe eos, qui iuxta hanc Iuſtiniani deſcriptionem ſunt ingenui. Et ergo libertorum liberis ingenui tutores & olim dati, nec aliter accipiendus Modeſt. in *l.* 1. *de excuſ.* nec aliter ille ἀπελευθερικὸς ab ἀπελευθέρῳ ſeparaſſe intelligendus eſt, quam quod illud adiectiuum, alterum ſubſtantiuum eſt. Illud quidam adnotant, verbum libertini deſignare conditionem & ſtatum, diſtinctum ab ingenuitate, ſed libertum eſſe relatiuum ad patronum: Atque hic natiuitate ingenuus eſt. Alij ſunt qui beneficio principis per conceſſioné aureorum (quia ius hoc olim tantum ingenui habebant,) annulorum, & plenius per reſtitutionem natalium ingenui efficiuntur. *t. t. de iur. aur. ann. & natalib. reſt.* Hodie vtrunque generali lege acceperunt N. 78. Illud liquidum eſt, eum qui iurauit ſe ingenuum, vel ingenuꝰ iudicatus eſt, ingenuum eſſe *l.* 3. *§.* 2. *de iureiur. l. ingenuum* 15. *de ſtat. hom.*

Matrimonio editus] Verbum *matrimonio* videtur ſuperfluum eſſe; nec enim neceſſe eſt, ex matrimonio editum eſſe, vt ſit ingenuus. Hottom. ideo additum putat, quia poſt ſequitur de natis ex concubitu iniuſto, ſed enim poſt tantum tractat, de natis ex ſerua, & ea occaſione adiicit de vulgo conceptis. Et concubinatus iure noſtro permiſſus, ſed vtique matrimonium non eſt & recte Theoph. verbum matrimonij reddidit generali verbo συνοικέσιον.

Ex matre libera.] Hactenus & quo ad ſtatum vt ſciatur an ſit liber an ſeruus, partus ven-

Digitized by Google

trem ſequitur. Non intereſt an mater ſit libera, an libera eſſe debeat, puta ſi vendita hac lege vt manumittatur, ſi enim moram fecerit emptor libertati, poteſtate conſtitutionis eripitur in libertatem, & natus ex ea liber eſt. Eſt & caſus ſingularis, vbi propter fideicommiſſum liber naſcitur ex ancilla, quæ ſerua manet *l. cum inter* 14 C. *de fideicomm. lib.* vbi ex ratione iuris manumiſſione opus erat. *add. l. cum quis* 53. *l. cum vero* 26. § 1. *de fid. libert.*

Et hæc dicitur eſſe iuris naturæ, vt qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur *l. cum legit.* 19. *& l. lex nat.* 24. *de ſtat. hom. & Vlpian. tit. de his qui in pot.* §. *connubio* 8. connubio non interueniente matris conditioni liberi accedunt. Et connubij nimirum legitimi & matrimonij hæc iura ſunt & hi effectus, poteſtas patria, familia & ſacra familiaria. Et hæc vera iſtius rei ratio eſt, pater enim eſt, quem nuptiæ demonſtrant, *l. filium* 6. *de his qui ſunt ſui iuris*, reliqui patrem non habere intelliguntur, quo ad iſtos effectus, vide tamen exceptionem in §. *illud* 10. *inf. de nupt. inſ.* vbi notaui. Communiter Dd. hic poſt Acc. hanc rationē reddunt, fauorabiliter hoc receptū eſſe fouere partus, cui pater non niſi tempore cōceptionis inſpecto, mater tribus temporibus poteſt prodeſſe, vt eſt in *verſ. ſeq.* Addendum, ſpecialiter eſſe conſtitutum quibuſdam caſibus, vt partus patris conditionem ſequatur *l. diffinimus* 13. *in pr. C. de agric. l. vt. C. de muriileg.* Itemq; quod olim ex L. Menſia partus patris conditionem ſequebatur, vbi quis ex peregrino & ciue Romana natus erat. *Vlp. tit. 6. de his qui in pot.* §. 8.

Quoniam vulgo conceptus eſt.] Ait Hotto. hanc rationem eſſe ineptam, nec habere quo referatur; ideoque ipſe legit *id eſt qui*, pro verbo, *Quoniam*, ſed fallitur, eſt enim illa ratio ad proxime antecedens, cur & qui ſit, & dicatur ex patre incerto natus, quoniam vulgo conceptus eſt; ob hoc ipſum enim habet incertum patrem, quoniam mater cum plurib. conſueuit, qui autem ex concubina natus eſt incertum patrem non habet. Et perſpicue inepta ratio eſt Hottom. quod etiam natus ex coniugio habeat incertum patrem. Imo enim præſumptione Iuris hic pater eſt certus. Nec audiendus eſt Mynſing. qui pro, *quoniam* vult legi, *quamuis*.

TEXTVS.

2. Sufficit autem liberam fuiſſe matrem eo tempore, quo naſcitur, licet ancilla conceperit. Et è contrario, ſi libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui naſcitur liberum naſci: quia non debet calamitas matri ei nocere, qui in ventre eſt. Ex his illud quæſitū eſt, ſi ancilla prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea facta pepererit, liberū an ſeruum pariat. Et Martianus probat, liberum naſci: ſufficit enim ei qui in vtero eſt, liberam matrem vel medio tempore habuiſſe, vt liber naſcatur, quod & verum eſt.

COMMENTARIVS.

HÆc ſunt tria tempora, quibus conditio matris prodeſt fœtui, vt liber naſcatur, conceptionis, partionis, & intermedium. Si ancilla concepit, & libera facta pariat, non dubium fuit liberum naſci; nam vt *Caius lib. 1. Inſt. t. 4. §. vlt.* ſcribit, qui ex non legitima coniunctione naſcuntur, ſtatum ſumunt eo tempore, quo naſcuntur. Si libera concepit ex coniunctione non legitima, & ſerua facta pariat, ex iam d. ratione, ſeruus naſcetur, idque eo loco Caius reſpondet. Sed Marcianus contra cenſet *l. 5. §. 2. de ſtat. hom.* quod contra rationem fieret in fauor libertatis extorſit, vt ait *Paulus 2. ſent. 24. de lib. agn.* [illegible]

Et porro idem fauor libertatis ſuaſit, vt ſufficeret medio tempore matrem liberam fuiſſe, idque Marcianus *d. l. 5. §. vlt. & Paulus d. tit. 24.* reſponderunt. Poſſit & hæc ratio reddi, quod qui in vtero eſt, quoties de commodo e-

do eius agitur, pro nato habetur, *l. qui in vtero 7. & 26. de ſtat. hom.*

TEXTVS.

3. Cum autem ingenuus aliquis natus ſit, non officit ei in ſeruitute fuiſſe, ſæpiſſime enim conſtitutum eſt, natalibus non officere manumiſſionem.

COMMENTARIVS.

IN *ſeruitute fuiſſe.*] Id eſt de facto ſeruiiſſe. Ita in poſſeſſione eſſe differt à *poſſidere*; & qui ex primo decreto mittuntur in poſſeſſionem non poſſident, ſed tantum in poſſeſſione eſſe dicuntur. *t. t. quib. ex cauſ. in poſſ.*

Exemplum ponit Theoph. in eo qui natus ex muliere libera, quæ miniſterium præbebat; pro ſeruo educatus & manumiſſus de facto fuit. Poteſt aliis multis modis contingere, vt quis ignoret conditionem ſuam. Ita à prædonibus capti, & pro ſeruis diſtracti, hoc ſenſu tantum in ſeruitute eſſe dicuntur. *v. l. hoſtis 24. iunct. l. Catones 27. de capt. & poſtl. reu.* Itaque poſſunt ſibi aſſerere ingenuitatem quod olim tantum licebat intra quinquennium, *l. 2. §. 1. ſi lib. ing. eſſe dic.* Sed ea præſcriptio ſublata eſt per Iuſtin. *l. vlt. C. vbi cauſa ſtat.*

Natalibus.] Conditioni in qua natus eſt, & quæ per falſam ſeruitutem non eſt vitiata; Secus ſi vera fuerit ſeruitus, etiam ex iure ciuili, veluti per venditionem ſui ipſius, hic enim manumiſſus fit libertinus *l. homo 21. de ſtat. hom. l. cum pacto 40. de lib. cauſ.* vbi per libertatem, intelligitur ingenuitas.

Manumiſſionem.] Scilicet de facto quæ interceſſit. Nam cum non fuerit vere ſeruus, nec poteſt dici vere manumiſſus. Id ita conſtitutum ſæpe ait hic Iuſtinian. ſcilicet *l. 2. & 6. & paſſim. Cod. de ingen. manum.* Ridiculus eſt hic Mynſing. qui natales & ingenuitatem explicat de nobilitate, & nobilitari ait eſſe, natalibus reſtitui, quaſi vero natura omnes nobiles; aut à natura ſit nobilitas.

AD TITVLVM V.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE LIBERTINIS.

TEXTVS.

1. Libertini ſunt, qui ex iuſta ſeruitute manumiſſi ſunt: Manumiſſio autem eſt, de manu datio: nam quamdiu aliquis in ſeruitute eſt, manui & poteſtati ſuppoſitus eſt, & manumiſſus liberatur à domini poteſtate. Quæ res à iure gentium originem ſumpſit, vtpote cum iure naturali omnes liberi naſcerentur, nec eſſet nota manumiſſio, cum ſeruitus eſſet incognita. Sed poſtquam iure gentium ſeruitus ingenuitatem inuaſit, ſecutum eſt beneficium manumiſſionis: & cum vno communi nomine omnes homines appellarentur, iure gentium tria hominum genera eſſe cœperunt: liberi, & his contrarium, ſerui, & tertium genus libertini, qui deſierant eſſe ſerui.

COMMENTARIVS.

DE ſignificatione verbi *Libertin.* egim⁹ ad tit. preced. eſſe ſcil. eum qui cũ ſeruus eſſet, liber fact⁹ eſt; & proponitur hic ordinari⁹ modus liberandi, manumiſſio; ſunt enim caſus, quibus ſine manumiſſione ſerui libertatẽ con-

conſequuntur, veluti cum conſtitutio & Lex propter moram iniuſtam domini, qui manumittere debebat, libertatem repræſentat, de qua re eſt *tit. Qui ſine manum. ad lib. peruen. & tit. Cod. de his qui pro præmio libert. accip.* quibus caſibus aliquando ſaluum manet ius patroni, qui Dominus fuit, aliquando non. Sed & qui directam libertatem à Domino teſtamẽto conſequuntur, ſine manumiſſione ſunt liberi, & vtique tamen iſti omnes ſunt libertini. Itaque generalior & rectior eſſet definitio: Libertini ſunt, qui ex iuſta ſeruitute libertatem ſunt adepti, & vt in fine textus dicitur, qui deſierunt eſſe Serui.

Ex iuſta ſeruitute.] Vna explicatio Accurſij ridicula eſt, de ſeruitute grata & accepta domino. Iuſta ſeruitus hic eſt ſeruitus vera, quæ opponitur putatiuæ, de qua in *§. vlt. tit. præced.* & de verbo *Iuſta* dicemus *infra ad princ. de nupt.*

Manumiſſio eſt de manu datio.] Manus hic ſignificat poteſtatem, vt mox ipſe explicat Iuſtin. Ita ſpeciali modo contrahendi matrimonij dicebatur vxor conuenire in manum viri quia fiebat ipſi loco quaſi filiæfam. & in poteſtate eius. Ita in *l. 2. de orig. iur. in pr.* manus regia pro poteſtate. Poteſt & videri eo alluſum, quod ſerui dicuntur mancipia, quia manu capta *§. 3. ſup. de iur. perſ. In l. 4 de iuſt. & iur.* additur, quod ſit datio libertatis, quomodo & vulgatæ editiones habent: aliæ, *vt in d. l. 4. de manu miſſio, id eſt, datio libertatis.* Argutatur ibi Accurs. quod dominus, nec ſuam, nec alienam libertatem dare poſſit. Et reſpondet, vel quod tantum dicatur detegere libertatem, vel quod aliquando quis dare poſſit, quod ipſe non habeat. Goth. ait, quod Dominus habeat duplicem libertatem, vnam propriam, alteram quam habeat in ſeruum: quod poſterius ego capere non poſſum, & omnino ineptum eſt. Nimirum libertatis qualitas naturalis eſt homini, quæ videtur ipſi eripi v. c. per captiuitatem, per quam iure gentium poteſtati ſubijcitur alienæ, quam ſi remittat dominus, qualitas illa naturalis recipit ſuum vigorem. Et recte *Platea* manumiſſionem eſſe ait poſitam in remiſſione dominij, idque ſatis innuit hic ipſe locus, manumiſſionem nihil aliud eſſe, quam liberationem ex poteſtate dominica.

Quæ res à iure gentium.] De hoc, & quomodo iure naturali omnes ſint liberi dictum eſt ſupra. Obſeruandum autem hic, Iuſtinianum diſtinguere ius naturæ & gentium, contra eos, qui vnicum tantum ius gentium humanum à Iuſtiniano agnoſci falſo ſtatuunt. Neque enim per ius, quo omnes homines liberi naſcuntur, intelligit ius quod hominib. cum brutis eſt commune: quamuis id forte ex eo videri poſſit, quod hic locus eſt ex Vlpiano *in l. 4. de iuſt. & iur.*

Seruitus ingenuitatem inuaſit.] In *l. 4. de iuſt. & iur.* deeſt verbum, *ingenuitatem*, quod etiam nõ agnoſcit Hottom. non etiam agnoſcunt editiones vulgatæ, nec Ruſſard. Cui. Cont. &c. & igitur expungendum.

Vno nomine omnes homines.] Vtiq; etiam poſt introductam ſeruitutem nomen hominis commune eſt & liberis, & ſeruis. Sed Iuſtiniani ſententia hæc eſt, quod ante hominis nomen ita vnicum & commune erat, vt nulla in ſtatu eſſet differentia, quæ poſt introducta fuit.

Tria hominum genera.] Vtiq; ſub liberis continentur libertini; Cur igitur hic eos ſeparat? an quia per liberos intelligit ingenuos? an potius vt progreſſum iſtum ſignificaret, quẽ propoſuit. Nam primo eo initio iure naturæ omnes homines fuerunt LIBERI, poſt iure gentium ſecundario introductis bellis, ſecutum eſt ſecundum genus hominum, *SERVI*, & poſt beneficio manumiſſionis, ſecutum eſt tertium *LIBERTINI.*

TEXTVS.

2 Multis autem modis manumiſſio procedit, aut enim ex ſacris conſtitutionibus in ſacroſanctis Eccleſiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per Epiſtolam, aut per teſtamentum, aut per

Digitized by Google

per aliam quamlibet vltimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas ſeruo competere poteſt, qui tam ex veteribus, quam ex noſtris conſtitutionibus introducti ſunt. Serui vero à dominis ſemper manumitti ſolent, adeo vt vel in tranſitu manumittantur, veluti cum prætor aut præſes, aut proconſul in balneum, vel in theatrum eunt.

COMMENTARIVS.

1 *Modi manumittendi.*
2 *Libertas iuſta.*
3 *Manumiſſio per vindictam.*
4 *An manumiſſ. poſſit fieri per alium.*

Multis modis] Imo videtur tantum illis tribus, cenſu, † vindicta, teſtamento. Ita enim *Cicer. in Topicis poſt prin.* argumentum hoc eſſe ait ab enumeratione partium, ſi neq; cenſu, neq; vindicta, neq; teſtamento liber factus eſt, non eſt liber. Duplex hic reſponſio eſt, 1. quod illi alij modi v.c. per amicos, per Epiſtolam, &c. poſt acceſſerint eaq; forte ratio fuit, vt cum nimis multis modis & priuatim quoq; libertas daretur, & ita quaſi pollueretur ius ciuitatis Romanę, placuerit per legem Iuniam Norbanam, vt ita manumiſſi ciuitatem Romanam ne conſequerentur. 2. quod Cicero loquatur de modis, quibus iuſta & perfecta libertas conferebatur: neque enim Latini liberti potuerunt dici vere liberi, qui ſimul animam atque libertatem amittebant, vt de iis ſcribit Iuſtinian. in §. *vlt. I. de ſucceſſ. libert.* Innuit hoc *Tacit.* 13. ann. apud quem Senator ita loquitur, manumittendi duas ſpecies inſtitutas, vt relinqueretur pœnitentiæ aut nouo beneficio locus. Quas vindicta patronus non liberauerit, velut vinculo ſeruitutis attineri; vbi vindictæ tantum fit mentio, vel quia iſte mod⁹ principalior & frequẽtior fuit, vel quia tũ cenſus fere agi deſierat ſub principibus; & qui teſtamento manumiſſi erant, beneficio defuncti id habebant, vt de illis in ſeruitutem reuocandis, (quæ res ibi tractatur,) non eſſet fere dubitatio. Apertius hanc diſtinctionem duorum modorum generalium diſcimus ex *Seneca de vita beata. cap.* 24. Hominibus, inquit, prodeſſe natura iubet, ſerui liberiue ſint, ingenui an libertini, iuſtæ libertatis an inter amicos datæ. Itemque ex *Sueton. in Auguſto cap* 40. Seruos non contentus multis difficultatibus à libertate, multoque pluribus à libertate *IVSTA* remouiſſe. Et igitur duplex fuit † libertas, iuſta & non iuſta: quæ differentiæ vnde fluxerint, ad §. *vlt. h. t.* pluribus dicemus. 2
Apparet ex d. loco Suetonij, hanc differentiam fuiſſe ſub Auguſto, itaque ambigo an probare debeam, quod *Ant. Aug. de LL.* ſcribi, Legem Iuniam Norbanam, ex qua Latinorum conditio eſt, ſub Tiberio latam fuiſſe; maxime quod conſtat, Tiberium ius omne ſuffragiorum populo ademiſſe. Itaque malim ſuſpicari ſub Auguſto, aut forte etiam ante hanc differentiam introductam; licet & Hottom. hic putet latam quatuor annis poſt mortem Auguſti, & forte nondum ademptis populo ſuffragijs, vt ita quod Auguſtus antea obſeruauerat, certa tum Lege fuerit definitum.

In Sacroſanctis Eccleſiis.] Nulla hic mentio manumittendi per cenſum, cum ſeruus permiſſu domini luſtro ſolenni (quod ſingulis quinquennijs per Cenſores fiebat) nomen ſuum inter ciues Romanos in cenſu profitebatur; quoniam illis temporibus cenſus ita agi deſierat; in cuius locum ſubrogatus modus manumittendi in Eccleſia, quem videtur introduxiſſe Conſtantinus, cuius ea de re extat duplex conſtitutio *in l. 1. & 2. C de his qui in Eccleſ. manum. & in l. 2.* ſolemnitates decurſas intelligit, comitiorum & cenſus tum obſoletorum morum, vt hoc explicat Hottom. iam & requiritur, vt fiat hoc ſub aſpectu plebis *d. l. 1.* quæ quaſi veterem populum Rom. repræſentet. Poſſint & intelligi ſolemnitates apud magiſtratum adhiberi ſolitæ, cuius vicem fungatur antiſtes, id eſt, Epiſcopus,

Digitized by Google

pus, quo præſente id fieri vult Conſtantinus. Et hinc apud Caium 1. *Inſtit.* 1. pro cenſu, Eccleſia nominatur; ſeu quia id ad mores illius ſeculi ab aliquo immutatum eſt; vel quia ille non vetus ſed recentior & poſterior Caius fuit, vt exiſtimant *Baro ad tit. infr. quibus modis pot. ſoluit. Hottom. ad proœm. Inſtitut. ſup. in fin.*

Aut vindicta.] Hæc manumiſſio fiebat apud 3 † magiſtratum. Dominus caput ſerui, aut aliud membrum tenens, dicebat, (quam ſolemnitatem poſtea deſiiſſe docet *l. manumiſſ.* 23. *de manum. vind.*) Hunc hominem liberum eſſe volo, *Feſtus* in verbo, *manumitti*, & cum dicto eum circumagebat, dans illi ſcil. hoc modo poteſtatem eundi quo vellet. Perſius.

—*Quibus vna Quiritem*
Vertigo facit.

Et mox.

Verterit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama.——

Tum lictor iuſſu magiſtratus virgulam capiti ſerui manumittendi imponebat, vt ſcribit *Boet. in Topicis Cicer.* quæ eadem dicitur feſtuca, *Plaut. in Milite act.* 4. *ſc.* 1. Quid, ea ingenua an feſtuca facta, ῥάβδον αὐτήν appellat *Plut. in libr. de ſera numinis vindicta.* Ab illa virgula hunc modum appellatum, alij à ſeruo Vindicio qui primus ita manumiſſus, tradunt, manumiſſus nimirum optimo iure, vt ciuis Romanus eſſet, eo quod coniurationem contra Rempub. detexerat. teſte *Liuio lib.* 2 Sed vtraq; ratio recte coniungitur; vt ab illo ſeruo & virgula & ipſe modus manumittendi duxerint nomen.

Aut inter amicos.] Commiſcet Iuſtin. modos, quibus iuſta & quibus non iuſta libertas dabatur, quoniam ipſe differentiam ſuſtulit libertinorum; & omnibus ciuitatem Romanam dedit; Ceteroquin ex ratione iuris antiqui id non fieret ſine vitio. Porro ex conſtitutione Iuſtin *l. vn.* §. *ſed et ſi.* 2. *de Lat. lib. toll.* requiritur, vt adſint quinq; teſtes.

Vel per Epiſtolam.] In *d. l. Vn.* §. 1. requiritur vt Epiſtolæ & ipſe dominus, & quinque teſtes ſubſcribebant. Quærunt Interpp. an manumiſſio † poſſit fieri per procuratorem. Dixi 4
ad Treutler. ad actus voluntariæ Iuriſdictionis, & quæ nomen Legis actionum ſibi quodammodo proprium fecerunt, nec potuiſſe mandari iuriſdictionum, nec interuenire procuratorem. Ita obſeruatur in adoptione *l. neque* 24. *& l. ſeq.* §. 1. *de adopt.* Nec aliud in emancipationibus fuit, quamuis Anaſtaſius permiſerit, vt abſentes liberi poſſint emancipari, vt tamen ipſe pater hoc apud magiſtratum conteſtetur. *l. iubemus C. de emancip. liber.* Idem de manumiſſione reſcriptum *in l. pen. C. de manum. vind.* Sed nimirum quæ per vindictã apud magiſtratum fiebat ſolemniter. Ex quo male *Ioh. de Plat.* hic infert ad omnes modos manumittendi: certi enim iuris alias eſt, quæ poſſunt per Epiſtolam, eadem recte expediri per procuratorem; Sed vbi ſimplex Epiſtola ſufficit, cum autem hic requiratur ſubſcriptio domini & quinque teſtium, non poterit ſimplex & ſolus procurator ſufficere: eoque propria hæc ratio impedit, quo minus & iure Iuſtininianeo per procuratorem manumiſſio expediatur. Eademque impedit ne poſſit fieri per nuntium: in quo mihi Angelus & alij hic labi videntur; neque enim argumentum quo vtuntur ab Epiſtola ad nuntium, propter rationem dictam procedere poteſt: alias enim & per procuratorem poſſet expediri. Et propriam rationem habet, quod procurator ipſe obligatur, & in ſuam perſonam litem conteſtatur; ceteroquin vtiq; nomine alterius exſequitur mandatum; neq; hic de obligatione quęrenda agitur; Itaq; non recte adfertur hæc diſtinctio inter nuntiũ & procuratorem. Verum vt ab Epiſtola abeamus, an non poſſit mandare dominus, vt apud amicos quis manumittat ſeruum, vix crediderim; & videntur hæc omnia eſſe perſonalia, itaq; nec nuntius hic nec procurator habebunt locum. De quo forte amplius cogitandum.

Quamlibet aliam.] Scil. Codicillos. Et ita tamen non manumittuntur, vt loquitur Iuſtin. ſed manumitti iubentur, & rogantur. Neque enim

Digitized by Google

enim directa libertas ex codicillis competere poteſt.

Sed & aliis multis modis.] Inter eos generalis eſt, quo ipſo iure eripitur ſeruus in libertatem, ſi vel contra Legem dictam ancilla proſtituta ſit, vel ſi ita ſeruus venierit, vt manumittatur. *tit. C. ſi manc. ita ven. ne proſt. & t. t. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Alij modi ſunt ſub tit. *C. de his qui pro præm. lib. & D. qui ſine manum. ad lib.* & plures *in d. l. vn. §. 3. & ſeqq. C. de Latin. lib. toll. l. nemini* 24. *C. de Epiſcop. aud. l. iubemus* 4. *C. de præp. ſacri cubic.*

Semper manumitti ſolent.] Id eſt, omni tempore, non tantum faſtis, ſed etiam nefaſtis & feriatis diebus, quod cum in omnibus actib. voluntariæ iuriſdictionis procedat, tum præcipue fauore libertatis in manumiſſionibus. Idque per Epiſtolam & inter amicos ita fieri poſſe non poteſt eſſe dubium; ſed etiam apud magiſtratum, id licere docet hic §. & *Gaius in l. non eſt* 7. *de manum. vind.* Quin & amplius nec neceſſum eſſe vt poſita ſella conſideat magiſtratus, (quod alias fieri moris erat, vbi extra tribunal ius dicendum erat,) oſtendit hic §. & *d. l.* 7. dum ait, etiam in tranſitu poſſe manumitti ſeruos, dum procedit magiſtratus: adeo vt hoc etiam recte fiat apud magiſtratum, ſi corporis curandi gratia ad balneum, aut voluptatis & ludorum ſpectandorum cauſa ad theatrum eat. Ideo enim hæc exempla proponuntur, vt omnimodo & ſemper apud magiſtratum manumitti poſſe intelligamus. Apparet autẽ hoc non procedere, vbi minor 20. annis manumittit, quoniam L. Ælia Sentia requirit, vt hoc fiat cauſa cognita apud magiſtratum adhibito conſilio, de *quo tit. ſeq. §. Eadem.*

TEXTVS.

3. Libertinorum autem ſtatus tripartitus antea fuerat, nam qui manumittebantur, modo maiorem & iuſtam libertatem conſequebantur, & fiebant ciues Romani: modo minorem, & Latini ex L. Iunia Norbana fiebant: modo inferiorem, & fiebant ex Lege Ælia Sentia dedititij, ſed quoniam dedititiorum quidem peſſima conditio iam ex multis temporibus in deſuetudinem abierat, Latinorum vero nomen non frequentabatur: ideoque noſtra pietas omnia augere, & in meliorem ſtatum reducere deſiderans, duabus conſtitutionibus hoc emendauit, & in priſtinum ſtatum reduxit: quia & à primis vrbis Romæ cunabulis, vna atque ſimplex libertas competebat, id eſt, eadem quam habebat manumiſſor: niſi quod ſcilicet libertinus ſit, qui manumittitur, licet manumiſſor ingenuus ſit. Et dedititios quidem per noſtram conſtitutionem expulimus, quam promulgauimus inter noſtras deciſiones, per quas ſuggerente nobis Triboniano viro excelſo Quæſtore noſtro, antiqui iuris altercationes placauimus. Latinos autem Iunianos, & omnem, quæ circa eos fuerat obſeruantiam, alia conſtitutione, per eiuſdem Quæſtoris ſuggeſtionem correximus, quæ inter Imperiales radiat ſanctiones. Et omnes libertos, (nullo nec ætatis manumiſſi, nec dominij manumittentis, nec in manumiſſionis modo diſcrimine habito, ſicut iam antea obſeruabatur,) ciuitate Romana decorauimus, multis modis additis, per quos poſſit libertas ſeruis cum ciuitate Romana, quæ ſola eſt in præſenti, præſtari.

G 2 Com-

COMMENTARIVS.

1 *Origo diſtinctionis.*

2 *Cauſæ diuerſitatis inter libertinos.*

ILlud ante omnia obſeruandum, diſtin-
1 ctionem iſtam natam à † diuerſa conditione, qua olim ingenui & ſubditi Romanæ Reip. vtebantur: quamuis non omnimodo accommodari poſſit. Tres erant principales gradus, initio Imperij. Ciues Romani, quorum ius conſequebantur, qui bello victi in ciuitatem recipiebantur; quod primis temporibus non ſemel factum; proximo iure Latini, vel qui ius Latij habebant, & tertio loco reliqui Italici, poſt latius progreſſis Romanis victorijs, acceſſerunt prouinciales, qui deteriori iure vſi, quam Italici; quæ latiſſime perſequitur *Sigon. in comm. de antiq. iure ciuil. Rom. de antiq. iur. Italic. & de antiq. iure prouin. i.* Illud deinde addendum, quod qui cum rebellaſſent, vi adacti ſeſe dedere cogebantur, vel qui alias neceſſitate coacti vltro ſe dedebant, vt olim fecere Campani: peſſimo iure ſubditi erant; patet ex formula deditionis apud *Liuium libro 36.* Ad hunc modum liberti alio iure optimo, alij peſſimo, quidam medio fuerunt, & hi ſcilicet qui dicebantur Latini, qui licet liberi, tamen iura ciuium non habebant, inter quæ vel præcipuum erat, ius teſtandi, & vt quis haberet ſucceſſorem; quod quia negatum Latinis libertis, hinc Iuſtin. ſæpe ſcribit, eos vixiſſe vt liberos, mortuos, vt ſeruos, quod ſcilicet eorum mortuorum bona patroni occupabant, *§. vlt. infr. de ſucceſſ. libert. l. vn. in fin. pr. & §. ſed ſcimus 3. C. de Lat. lib. toll.* videtur quod etiam hi liberti potuerint facile in ſeruitutem reuocari, per ea quæ paulo ſuperius diximus ex *Tacito lib. 13. annal.* Neque enim habebant iura ciuium Rom. quę tamen certis modis adipiciſcebantur, quos proponit *Vlpian. li. 4. de Latin.* Ait Iuſtin. in *l. 1. in princ. de Lat. lib. toll.* eos introductos fuiſſe ad ſimilitudinem antiquę Latinitatis quæ in colonias miſſa eſt. Enimuero Latinos in colonias miſſos, nuſquam, opinor, ſcriptum eſt. Sed colonias quaſdam ius Latij tantum habuiſſe, & ob id Latinas dictas, accepimus, de quibus tractat *Sigon. 2. de antiq. iur Italiæ. c. 3.* in quo lapſum Tribonianum, mirandum non eſt.

Porro diſcimus ex Theophilo, à triplici cau
ſa iſtam differentiam † libertorum, ciuium 2
Romanorum & Latinorum manaſſe. Nam de Latinis tantum agemus, quod deditiorum conditio pendebat tantum à qualitate ſeruorum nequam, & qui ſe ſcelere aliquo obligauerant, vt docet idē *Theoph. Vlp. tit. 2. de libert. §. deditiorum 6. Caius 1. Inſtit. 1. § 4.* Ergo vt cepimus dicere primo an quis ciuis Romanus an libertus Iunianus fieret, pendebat à modis manumittendi, quorum legitimi tres erant, cenſus vindicta, teſtamentum, quorum vno manumiſſum oportebat, vt fieret ciuis Romanus; ceteroquin Latinus erat 2. à qualitate dominij, nec poterat manumiſſum ciuē Romanū facere, niſi qui plenum legitimum Quiritarium dominium habebat, ſi tantum in bonis fuiſſet ſeruus, fiebat Latinus *Vlp. d. tit. 2. §. qui tantum 11.* Tertio ab ætate manumiſſi. Et in genere affirmat Theoph. manumiſſum infr. 30. annos quocunque modo, & licet à domino Quiritario, non potuiſſe fieri ciuem Romanum. Et ita ius fuiſſe in eo qui minor ann. 30. teſtamento libertatem acceperat, non obſcura ſuperſunt iure noſtro veſtigia *in l. Ariſt. 46. de manum. teſtam. l. ſi quis 13. § vlt. de ſtatulib. l. ex parte 39. § 2. fam. erciſc.* Quibus locis proponitur libertas teſtamento data ſeruis cum erunt annorum triginta; in manumiſſis vindicta procedebat, ſi ea manumiſſio facta eſſet ſine cauſæ cognitione, vt ſcribit *Vlp. tit. de libert. § 7.* De cenſu vix idem admiſerim, quod hic optimus modus erat manumittendi, aut oportuit eum actum fuiſſe nullum.

Ceterum hoc modo Latinus fieri non poterat. Itaque vbi iſta non aderant, erat manumiſſus Latinus, & vix omnimodo liber, quippe qui denuo manumittebatur, vt fieret ciuis Romanus, vt ſcribit *Caius 1. Inſt. 1. §. ſed inter 4. in f.* idq; eſt, quod apud *Tacit. lib. 13. ann.* extat, relinquerent pœnitentiæ aut nouo beneficio locum, loquitur autem de iis, qui non iuſtam libertatem cōſecuti, adhuc quodam vinculo ſer-

Digitized by Google

ſeruitutibus attinebantur. Hæc ad locum iſtum replicandum ſufficiunt. Percurramus breuiter verba textus.

Iuſtam libertatem.] Cui vt diximus opponitur non iuſta, vt & apud *Paulum 4. ſentent. 12.*

Iam ex multis temporibus.] Probabile eſt, Imperio in orientem tranſlato & mutata penitus Reipub. adminiſtrandæ forma, ſenſum ita in deſuetudinem abiiſſe.

In meliorem ſtatum reducere.] Dubitare liceat, an ita reducatur res in meliorem ſtatum, ſi etiam quiuis ſcelerati ſerui ciuitate Romana donentur, & omnis differentia tollatur. Aliud iudicium Auguſto fuit, qui, vt refert *Sueton. cap. 40.* magni exiſtimabat, ſincerum atque ab omni colluuione peregrini & ſeruilis ſanguinis incorruptum ſeruare populum & ciuitatem Romanam, & ob id manumittendi modum terminauit, & ſeruos multis modis à libertate iuſta remouit.

Quia & à primis.] Quod de primis vrbis Romæ cunabulis hic dicitur accipiendum eſt cum mica ſalis, & eo ſenſu quo Florus totum ſpacium, quo Roma ſub Regibus fuit, infantiæ nomine comprehendit, ceteroquin ducentis pene poſt vrbem Romam conditam, annis, hoc accidiſſe docet *Dionyſ. Halicarn. lib. 4. antiquit. Rom.* vbi refert, Regem v. Seruium Tullium manumiſſis communicaſſe ius ciuium, & factum hoc multis rationibus excuſaſſe, & conatum probare patriciis, qui id ægre ferebant; vt proinde ante Seruium Tullium ſecus fuiſſe oporteat. Addit idem autor eam Legem Seruii vſque ad ſua tempora (vixit autem Auguſti ætate) fuiſſe ſeruatum; quod ſi verum eſt, oportet primum ſub Auguſto, quod ſuadet loc⁹ ex Suet. ante citatus, vel non multo poſt, diſtinctionem libertorum receptam fuiſſe; forte quod nimia colluuione improborum hominum, pollueretur ciuitas; de qua re dicto loco conqueritur Dionyſ. Halicarn.

Et dedititios.] Vtraque conſtitutio cuius hic mentio, exſtat ſub propriis tit. *li. 7. Cod.*

Et omnes libertos.] Ius ciuitatis Romanæ olim non niſi bene meritis dari ſolebat integris ſæpe ciuitatibus, partim plenum cum ſuffragio, partim minus plenum. Bello Italico Sociali, quod & dictum Marſicum fuit, tandē omnes Italici ciuitatis Romanæ ius obtinuerunt, quod paulatim etiam quibuſdam prouincialibus datum; quam rem fuſiſſime pertractauit *Sigonius in comm. de antiq. iur. ital.* & præcipue *lib. 3. cap. 1. & 2.* Demum Antoninus omnibus ſubditis & prouincialibus adeo omnibus ius ciuitatis dedit *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* Atque ita exæquati fuerunt hactenus omnes ingenui. Iuſtinianus exæquauit omnes libertinos, vt & ipſi omnes ciues eſſent.

Nullo nec ætatis.] Intenditur digitus ad tres illas cauſas, ex quibus quis non poterat fieri ciuis Romanus, Ætas ſerui manumittendi, manumiſſionis modus, & dominium in manumittente, iuxta paulo ante explicata. Et proinde legendum eſt, non, *domini*, ſed *dominii*, quomodo legitur apud Theophilum, & probat *Ant. Aug. 3. emend. 7.* quamquam eodē ſenſu poteſt retineri recepta lectio: quod ſc. vt Cui. explicat, nihil intereſt, etiamſi qui manumittit tantum ſit bonitanus, quippe cum ipſe Iuſtin. iſtam dominii differentiam ſuſtulerit *l. vn. C. de nud. iur. Quir. toll.* Quin & alium ſenſum iſta lectio recipit, vt hinc petatur quarta cauſa ob quam manumiſſus fiebat tantum Latinus, ob qualitatem propriam domini, v. c. ſi mutus & ſurdus ſit, ab hoc enim manumiſſum non conſequi iuſtam libertatem ſcriptum reliquit *Paulus 4. ſent. 12.* Illud enim huc non pertinet, quod L. Ælia Sentia cauit de minore 20. annis: hic enim per vindictam cognita cauſa apud conſilium manumittens, procul dubio facit ciuem Romanum; aliter manumittens omnino non faciet liberum.

AD TITVLVM VI.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

QVI ET EX QVIBVS CAVSIS MAnumittere non poſſunt.

TEXTVS.

1 Non tamen cuicunque volenti manumittere licet: nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia Lex Ælia Sentia impedit libertatem. Licet autem domino, qui ſoluendo non eſt, in teſtamento ſeruum ſuum cum libertate inſtituere hæredem, vt liber fiat, hæreſque ei ſolus & neceſſarius: ſi modo ei nemo alius ex eo teſtamento hæres extiterit; aut quia nemo hæres ſcriptus ſit, aut quia is qui ſcriptus eſt, qualibet ex cauſa hæres ei non extiterit. Idque eadem Lege Ælia Sentia prouiſum eſt, & recte. Valde enim erat proſpiciendum, vt egentes homines, quibus alius hæres extiturus non eſſet, vel ſeruum ſuum neceſſarium hæredem haberent, qui ſatisfacturus eſſet creditoribus, aut hoc eo non faciente, creditores hæreditarias res ſerui nomine vendant, ne iniuria defunctus afficiatur. Idemque iuris eſt, etſi ſine libertate ſeruus hæres inſtitutus eſt. Quod noſtra conſtitutio non ſolum in domino, qui ſoluendo non eſt, ſed generaliter conſtituit, noua humanitatis ratione, vt ex ipſa ſcriptura inſtitutionis, etiam libertas ei competere videatur: cum non ſit veroſimile, eum quem hæredem ſibi elegit, ſi prætermiſerit libertatis dationem, ſeruum manere voluiſſe, & neminem ſibi hæredem fore.

COMMENTARIVS.

1 *Libertas contra L. Æl. Sent. ipſo iure nulla.*
2 *Neceſſarius hæres quomodo.*

LEx potuit ex certis cauſis inhibere, ne dominus maneret, & eadem igitur inhibere poterit, ne dominus† manumittat. Quod 1 fecit L. Ælia Sentia, cuius duo capita h.t. proponuntur (plura enim alia fuiſſe facile credibile eſt, & eorum ſex recenſet *A. Aug. de LL. pop. Rom.*) primum eſt, vt ne liceat manumittere in fraudem creditorum. Licet enim libertas fauorabilis ſit, tamen qui cum aliquo contraxerunt, decipi non debent. Ea ſententia Legis in pr. h.t. ita proponitur, quod qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agat, & redditur ratio, quod Lex impediat libertatem, actus autem contra Legem prohibentem, eſt nullus *l. non dubium. C. de LL.* & ita *Vlp. de libert. tit. 2. § eadem* 10. quod Lex manumittere in fraudem prohibeat; & *Gaius l. Inſt. §. 5. in fin.* quod talis manumiſſio non valeat, & in *l. in fraudem 27. qui & à quib. man.* quod ita manumiſſus liber eſſe prohibeatur. Et ratio eſt, quod libertas quæ ſemel competiit, non facile retractatur, arg. *§. ſemel 6. infr. h.t.* quia durum ſit & triſte, ſemel liberatum iterum reuocari in ſeruitutem, itaque contra libertatem à ſe datam minor non reſtituitur *l. ſi ex cauſ. 9. §. vlt. cum 2. ll. ſeq. de minorib. ſac. l. ait. 7. § ſed quod 10. in pr. eod. tit.* Et hæc vno ore in Impp. hic tradunt, vt mirari liceat, quid in mentem venerit Pacio, in notis marginalibus hoc loco, vbi ſcribit, libertatem ipſo iure valere, ſed reuocari. Neque contra plures textus & certam rationem debet captari, & in vitioſum ſenſum torqueri, quod in *l. 1. C. qui manum. non poſſ.* libertates per L. Æliam Sentiam dicuntur reuocari, & in *l. 5. §. 2. Qui & à quib. manum.* reſcindi, & in *l. ſi quis 24. eod.* retrahi in ſeruitutem. Quæ nimirum

Digitized by Google

mirum tum paulo minus proprie dicuntur, tum eo reſpectu & conſideratione præcipue, quod propter fraudationem creditorum, ſi de ea conſtet, manent ſerui: & hoc ipſa iam citata *l.* 24. oſtendit, vbi ait ICtus, ſi prioris ſerui pretium ſufficiat, ſequentem ad libertatem peruenturum. Et nimirum ita ius eſt, vt propter intereſſe creditorum ſuſpenſus ſit actus manumiſſionis, non autem omnimodo ſit nullus, quippe cum & euentum & animum fraudandi concurrere neceſſe ſit, vt mox ſequitur h. t. & ſi creditores fraudati non ſint, dominus poteſt retractare libertatem, & dicere eſſe nullam. *l. ſi credit. 5. C. de ſeru. pign. dat. manum.* ſicut & alias notant Dd. ſi ob dolum contractus ſit nullus, eum qui dolum admiſit, nullitatem allegare non poſſe, & contractum in eius præiudicium pro valido haberi *gl. in l. & eleganter in pr. de dolo malo. Ang. in §. ſemel in fi. infr. h. t.* ſed enim hic, vt dixi poteſtate Legis Æliæ Sentiæ interim in ſuſpenſo eſt actus manumiſſionis, & ſiquidem creditores fraudati ſint, nullus eſt & manet, ſin fraudati non ſint, retro iam ſerui manumiſſi liberi fuiſſe intelliguntur. Propter quē effectum & huius caſus intuitu, vbi fraudati creditores ſunt, libertas dicitur reuocari & reſcindi, quæ videlicet, ſi creditores fraudati non eſſent, ſalua maneret. Et fruſtra affertur huc actio reuocatoria & reſciſſoria Pauliana ex Edicto, *t. t. C. quæ in fr. cred.* qua alienatio ipſo iure valida reuocatur. Etenim ea non ad libertates pertinet, ſed ad alia bona, quoniam non eadem quæ libertatis, ratio eſt; tum non eadem edicti prætorii poteſtas eſt; quæ legis & denique lex vſa eſt verbis prohibentibus, non edictum prætoris, vt ex ipſis eius verbis apparet in *l. 1. in pr. l. ait 10. in pr. quæ in fraud. cred.*

Lex Ælia Sentia.] De hac Lege *A. Auguſt. de LL. pop. Rom.* Fallitur Mynſ. qui putat eſſe eam cuius meminit *Cicer. in Topicis.* ea enim Sanctia eſt, & mirum ſit Ciceronem meminiſſe Legis Sentiæ, quæ demum poſt mortem eius imperante Auguſto anno Vrbis Conditæ 756. lata eſt, quod ipſe magis Mynſ. probare videtur.

Licet autem.] Hottom. & VVeſenb. legunt *tamen*, ſed etiam retenta particula *autem*, tamen ſatis apparet proponi hic exceptionem *ad pr. tit.* qua manumiſſio valet etiam in fraudem creditorum, ſi ideo detur ei libertas, vt ſit hæres debitoris, & nimirum ſi ſit ſolus; quam exceptionem ab ipſa L. Ælia Sentia adiectam eſſe mox ſcribit Iuſtinianus.

Neceſſarius.] Neceſſarius tantum *in pr. infr. de hæred. qualit. & diff.* ad diſtinctionem liberorum in poteſtate, qui ſunt ſui & neceſſarii, ſcilicet iure ciuili. Nam cum hi iure prætorio poſſint abſtinere, vt dicemus d. t. iure iſto ſolus ſeruus eſt neceſſarius hæres, cui videlicet poteſtatem abſtinendi prætor non facit.

Sed hic quæritur, in quo neceſſitas iſta 2
poſita ſit; Hottom. & VVeſenb. ita accipiunt, quod cogatur adire hæreditatem. Sed verius eſt ita dici neceſſarium, quod ipſo iure exſiſtat hæres, quoniam dicitur protinus fieri hæres. *§. 1. infr. de hæred. qualit.* & iſtis hæredibus negari facultas abſtinendi. *l. neceſſarius 57. in fin. de ad. hæred.* quod arguit eos iam eſſe hæredes; facit aperte *l. furioſus 63. eod. tit.* ex qua furioſus fit neceſſarius hæres domino, tum denique facit, quod ſeruus inuitus non poteſt cogi adire, per *l. 3. in fin. Cod. de hæred. inſtit.* nec quiſquam ad factum præciſe cogi poteſt. Itaque vt L. Sentia ſcopum ſuum conſequeretur, ita ſtatuendum fuit, vt ipſo iure ſeruus eſſet hæres.

Si modo ei nemo alius.] Nota, non eſſe neceſſe, vt ſeruus ſit ſolus ſcriptus teſtamento hæres, ſed vt ſit ſolus vbi de aditione quæritur. Itaque ſi vel centum hæredes ſimul cum ſeruo ſcripti deficiant omnes, locum habet L. Sentia & ſeruus fit hæres neceſſarius. Idque etiam in duobus ſeruis hæredibus ſcriptis, quorũ vnus ante deceſſerat, receptum eſt *l. qui ſoluendo 42. de hær. inſt.* Ceteroquin ſi vterq; eo tempore

Digitized by Google

…ore quo de adeunda hæreditate quæri… ſuperſit, neuter eſt hæres neceſſarius *d.l.* …*um l.ſ.q.* vbi videlicet vterque primo g ra…du ſcriptus eſt, alias ſecus, *l. qui ſoluendo 60.d.t.* Et amplius oportet nec ex primo nec ex ſecundo gradu ſupereſſe, qui velit eſſe heres, adeo quidem, vt & qui ipſi ſeruo ſubſtitutus eſt, præferatur. *l. ſi is qui 57. de inſtit. her.* Vnus tantum eſt caſus ſingularis, quo cum ſeruo herede neceſſario alius concurrit. *l. ei qui 88. de hered. inſtit.*

Valde enim proſpiciendum erat.] Ratio redditur exceptionis, quam ſane oportet eſſe prægnantem, vt etiam in creditorum fraudem (alias enim exceptio nõ eſſet) talis manumiſſio & inſtitutio valeat. *l. 1. C. de neceſſ. ſeru. her. inſt.* & amplius ita valeat, vt ſeruus fiat Romanus ciuis, (neque enim alias heres eſſe poſſet) licet alias Latinus aut dedititiæ conditionis libertus fieri debuiſſet, vt ſcribit Vlpianus *tit. 2. de libertis §. ab eo 9.* Ceteroquin ſi quæ Lex alia aut ſanctio impediat libertatem, fuit inſtitutus heres, licet dominus ſoluendo non ſit *l. ſi non 83. de hæred. inſt.* ſicut & tum ſi ſeruus ſpecialiter pignori nexus ſit *d.l.1.C. de nec. ſeru. hær. inſt.* quia nec hic manumitti poteſt *l. 1. & 3. C. de ſeru. pign. dat.* Ratio in ſumma eſt, vt parcatur famæ defuncti, & vt hic *inf. §. 1.* dicitur, ne iniuria defunctus afficiatur, vnde deciſio *l. primo 13. Quæ in fr. cred.* ibi *famæ defunct. conſeruandæ gratia.* Ita enim obtinebat olim, vt bona eius qui ſoluendo non eſſet, ſiue viuentis ſiue defuncti publicæ ſub haſta proſcriberentur & diſtraherentur, de quo *infr. lib. 3. tit. 13. de ſucceſſ. ſubl.* quod quam infame habitum fuerit, oratio *Cicer. pro P. Quintio* oſtendit. Hanc infamiam, quæ alias in defunctum expetiiſſet, quaſi vicarius ſubire cogitur ſeruus, qui non magis patrimonium quam infamiam conſequi videtur *l. 3. C. Theod. de inoff. teſtam.* pro beneficio libertatis, quæ habetur inæſtimabilis. Ceteroquin nullum onus aut incommodum ſentit, quippe ſpecialiter ei conſultum eſt, vt quæ poſt mortem patroni adquiſiuit, à bonis eius ſeparet, nec in eaius vllum ſit creditoribus *§. 1. ver. pro hoc infr. de hæred. qual.* & proinde falſum eſt, quod Weſenb. ſcribit, ſeruum poſſe conueniri in ſolidum ſi ad pinguiorem fortunam perueniat & longe alia ratio eſt ipſorum debitorum qui bonis ceſſerunt ex *§. vlt. inf. de actionib.* quo textu ipſe abutitur: Ita loquitur Cicero d. loco, tamquam ex iſta re vera infamia ſequeretur debitorem; quod tamen poſtea ſublatum docet *l. debitores 11. C. Ex quibus cauſ. infa. irr. l. vlt. in pr. C. qui bon. ced. poſſ.* Vtique hoc modo ſugillari famam & debitoris & coniunctorum haud dubium eſt; vnde in *l. paterf. 28. v. vſ. quod prætor. de bon. aut. iud.* pudori filii parci dicitur, ne eius bona veneant; & *Plin. 2. Epiſt. 4.* monet, filiam vt ſuſcipiat patris hæreditatem, & ita famam pudoremque defuncti, & vel hac de cauſa intereſt defunctorum vt habeant hæredes *l. 6. de interrog. act.*

Etſi ſine libertate.] In vniuerſum ita ius olim fuiſſe videtur, vt ſeruus non adſcripta libertate fruſtra inſtitueretur hæres, & ita *Caius 2. inſtit. 3. §. vlt.* Neceſſarii hæredes ſerui qui cum libertate inſtituuntur *§. 1. inf. de hæred. inſtit.* vbi dicemus pluribus. Et itaque conſequenter iuxta L. Æliam Sentiã, dominus qui ſoluendo non erat, ſeruum cum libertate debet inſtituere. Secundum quod *Vlp. tit. 2. de libert. § ab eo 9.* ſeruus vt teſtamento liber eſſe iuſſus ſit, requirit. Iuſtin. humaniter voluit, vt ſatis eſſet inſtitui ſeruum, licet nulla mentio facta ſit libertatis, hoc text. quod ſcil. in genere etiam extra hunc caſum domini qui ſoluendo non eſt, diſpoſuit *l. pen. in pr. C. de neceſſ. hæred. inſt. §. 1. inf. de hæred. inſt.* vbi ait hoc iam olim Paulo & Attilicino placuiſſe: itaque non eſt id nouum hactenus, quoniam etiam alii ita ſenſerunt, ſed eſt nouum quatenus iam pro iure obtinet, quod olim ex plurium ſententia contra obtinebat, *d. §. 1.* atque ita explicãdum eſt, quod hic Iuſtin. ait, ſe hoc noua humanitatis ratione conſtituiſſe: nam procul dubio illi quorum *in d. §. 1. de hær. inſt.* meminit Iuſtin. hac eadem ratione vſi ſunt, quod qui dedit hæreditatem, præſumitur etiam dare voluiſſe libertatem, ſine qua hæres eſſe non poteſt: loquimur enim de ſeruo proprio teſtatoris,

quem

Digitized by Google

quem nulli alii fini videri poteſt inſtituiſſe teſtator, quem vt ipſe ſeruus eſſet heres: quæ ratio fortius ſtringit in terminis huius tit. & in caſu quo dominus ſoluendo non eſt, qui vtique omnino cenſetur in defectum aliorum voluiſſe vt ſeruus omnino eſſet heres, & vt ipſe effugeret infamiam, cuius in *f.* §. *1.* mentio eſt: idque eſt quod in *f.* §. *2.* dicitur, non præſumi teſtatorem voluiſſe, vt nemo ſibi eſſet heres. Hic vulgo Dd. cumulant illa protrita, Qui vult conſequens, vult etiam antecedens: & qui vult aliquid, cenſetur velle omnia ea, ſine quibus ad illud non poteſt perueniri.

TEXTVS.

2. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit, ſoluendo non eſt, vel qui datis libertatibus deſiturus eſt ſoluẽdo eſſe. Præualuiſſe tamẽ videtur, niſi animum quoq; fraudandi manumiſſor habuerit, non impediri libertatem, quamuis bona eius creditoribus non ſufficiãt: ſæpe enim de facultatibus ſuis amplius quã in his eſt ſperant homines. Itaque intelligimus tunc impediri libertatem, cum vtroq; modo fraudantur creditores, & conſilio manumittentis, & ipſa re, eoque bona eius non ſunt ſuffectura creditoribus.

COMMENTARIVS.

1 *Error Mynſing.*
2 *Error* W*eſembecij.*
3 *Conciliatio duorum textuum.*
4 *Ampliatio notabilis.*
5 *Limitatio.*

D*Eſiturus eſt ſoluendo eſſe.*] Quod Lex Ælia Sentia ſimpliciter locuta erat de debitore qui non eſſet ſoluendo, quia cauillationem pati poterat, ita ex mente legis acceptum fuit, vt libertates illæ quoq; impeditæ cenſerẽtur, quibus collatis debitor deſiturus ſit ſoluendo eſſe, *h.* §. *& l. in fraude* 10. *Qui, & à quib. man.* id eſt non amplius ſoluere poſſe ſolidum quod debet. *l. ſoluendo* 114. *de verb. ſign.* Addit Mynſing. hic, an † quis ſit ſoluendo nec ne, æſtimari 1
quoq; ex facultatibus fideiuſſoris: ſecundum quod qui locupletẽ habet fideiuſſorem, nunquam dicetur dediſſe libertatem in fraudem creditorum: quod ego falſum eſſe puto, & ex propriis bonis debitoris hoc æſtimandum. Nec tuetur cauſam Mynſingeri *l. ſi plures* 27. §. *præterea de fideiuſſ.* vbi tractatur, an confideiuſſor ſit ſoluendo, ad hunc effectum vt in eum actio ſit diuidenda; vbi reſpondetur ſcil. vt diuidatur actio ſatis eſſe, ſi ſecundi fideiuſſoris facultates adgregatæ faciant, vt ſoluendo primus intelligatur: quod ad noſtram hanc rem male trahitur.

Præualuiſſe tamen.] Hoc ita receptum fauore libertatis: nam vt actioni Paulianæ reuocatoriæ locus ſit, ſufficere videtur euentu creditores fraudari, vt quidem W'eſemb. † hic notat: 2
ſed puto eum falli: nam vtiq; cõſtat, niſi euentu fraudentur creditores, actioni Paulianæ locum non eſſe, *l. ait prætor* 10. §. *1. quæ in fraud. cred.* & illud perpetuum eſt, vt ſit alienatio facta in fraudem: *rubr. & tt. quæ in fraud. cred.* nec dici poteſt fraus cum abeſt malignus animus & propoſitum fallendi: ideoq; tractant in hac materia Dd. de variis præſumptionibus & rationibus ex quib. fraus colligatur, vt videre eſt apud Iaſonem in §. *Item ſi quis in fraud. Inſ. de action. n.* 46. *& ſeqq.* Nec quidquam iuuat W'eſemb. quod non opus eſt ſcientia & participatione fraudis in poſſeſſore in quem titulo lucratiuo res translata eſt, quoniam non de poſſeſſore ſed de debitore alienante quæritur. Et puto iſtud ſpecialiter hic monitum de libertatibus, quoniã Lex Ælia Sentia ſimpliciter fortaſſis de debitore qui ſoluendo non erat, locuta fuit: ſed id ita acceptum eſt, vt oporteret libertatem animo fraudandi datam fuiſſe. Itaque impeditur libertas, vbi cõſilium & euentus concurrit: *d. l.* 10. *Qui & à quib. l. 1. C. Qui manum. non poſſ.* non impeditur vbi vel conſilium ſolum, & ſi quis putet minoris bona ſua eſſe quam reuera ſunt: vel euentus ſolus eſt, ſi quis

Digitized by Google

conſequuntur, veluti cum conſtitutio & Lex propter moram iniuſtam domini, qui manumittere debebat, libertatem repræſentat, de qua re eſt *tit. Qui ſine manum. ad lib. peruen. & tit. Cod. de his qui pro premio libert. accip.* quibus caſibus aliquando ſaluum manet ius patroni, qui Dominus fuit, aliquando non. Sed & qui directam libertatem à Domino teſtaméto conſequuntur, ſine manumiſſione ſunt liberi, & vtique tamen iſti omnes ſunt libertini. Itaque generalior & rectior eſſet definitio: Libertini ſunt, qui ex iuſta ſeruitute libertatem ſunt adepti, & vt in fine textus dicitur, qui deſierunt eſſe Serui.

Ex iuſta ſeruitute.] Vna explicatio Accurſij ridicula eſt, de ſeruitute grata & accepta domino. Iuſta ſeruitus hic eſt ſeruitus vera, quæ opponitur putatiuæ, de qua in *§. vlt. tit. præced.* & de verbo *Iuſta* dicemus *infra ad princ. de nupt.*

Manumiſſio eſt de manu datio.] Manus hic ſignificat poteſtatem, vt mox ipſe explicat Iuſtin. Ita ſpeciali modo contrahendi matrimonij dicebatur vxor conuenire in manum viri quia fiebat ipſi loco quaſi filiæfam. & in poteſtate eius. Ita in *l. 2. de orig. iur. in pr.* manus regia pro poteſtate. Poteſt & videri eo alluſum, quod ſerui dicuntur mancipia, quia manu capta *§. 3. ſup. de iur. perſ. In l. 4. de iuſt. & iur.* additur, quod ſit datio libertatis, quomodo & vulgatæ editiones habent: aliæ, *vt in d. l. 4. de manu miſſio, id eſt, datio libertatis.* Argutatur ibi Accurs. quod dominus, nec ſuam, nec alienam libertatem dare poſſit. Et reſpondet, vel quod tantum dicatur detegere libertatem, vel quod aliquando quis dare poſſit, quod ipſe non habeat. Goth. ait, quod Dominus habeat duplicem libertatem, vnam propriam, alteram quam habeat in ſeruum: quod poſterius ego capere non poſſum, & omnino ineptum eſt. Nimirum libertatis qualitas naturalis eſt homini, quæ videtur ipſi eripi v. c. per captiuitatem, per quam iure gentium poteſtati ſubijcitur alienæ, quam ſi remittat dominus, qualitas illa naturalis recipit ſuum vigorem. Et recte *Platea* manumiſſionem eſſe ait poſitam in remiſſione dominij, idque ſatis innuit hic ipſe locus, manumiſſionem nihil aliud eſſe, quam liberationem ex poteſtate dominica.

Quæ res à iure gentium.] De hoc, & quomodo iure naturali omnes ſint liberi dictum eſt ſupra. Obſeruandum autem hic, Iuſtinianum diſtinguere ius naturæ & gentium, contra eos, qui vnicum tantum ius gentium humanum à Iuſtiniano agnoſci falſo ſtatuunt. Neque enim per ius, quo omnes homines liberi naſcuntur; intelligit ius quod hominib. cum brutis eſt commune: quamuis id forte ex eo videri poſſit, quod hic locus eſt ex Vlpiano *in l. 4. de iuſt. & iur.*

Seruitus ingenuitatem inuaſit.] In *l. 4. de iuſt. & iur.* deeſt verbum, *ingenuitatem*, quod etiam nó agnoſcit Hottom. non etiam agnoſcunt editiones vulgatæ, nec Ruſſard. Cui. Cont. &c. & igitur expungendum.

Vno nomine omnes homines.] Vtiq; etiam poſt introductam ſeruitutem nomen hominis commune eſt & liberis, & ſeruis. Sed Iuſtiniani ſententia hæc eſt, quod ante hominis nomen ita vnicum & commune erat, vt nulla in ſtatu eſſet differentia, quæ poſt introducta fuit.

Tria hominum genera.] Vtiq; ſub liberis continentur libertini; Cur igitur hic eos ſeparat? an quia per liberos intelligit ingenuos? an potius vt progreſſum iſtum ſignificaret, qué propoſuit. Nam primo eo initio iure naturæ omnes homines fuerunt *LIBERI*, poſt iure gentium ſecundario introductis bellis, ſecutum eſt ſecundum genus hominum, *SERVI*, & poſt beneficio manumiſſionis, ſecutum eſt tertium *LIBERTINI.*

TEXTVS.

2 Multis autem modis manumiſſio procedit, aut enim ex ſacris conſtitutionibus in ſacroſanctis Eccleſiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per Epiſtolam, aut per teſtamentum, aut

per

Digitized by Google

per aliam quamlibet vltimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas ſeruo competere poteſt, qui tam ex veteribus, quam ex noſtris conſtitutionibus introducti ſunt. Serui vero à dominis ſemper manumitti ſolent, adeo vt vel in tranſitu manumittantur, veluti cum prætor aut præſes, aut proconſul in balneum, vel in theatrum eunt.

Commentarivs.

1 *Modi manumittendi.*
2 *Libertas iuſta.*
3 *Manumiſſio per vindictam.*
4 *An manumiſſ. op⁹ſſit fieri per alium.*

M*vltis modis*]Imo videtur tantum illis tri-
1 bus, cenſu, †vindicta, teſtamento. Ita e-
nim *Cicer. in Topicis poſt prin.* argumentum hoc
eſſe ait ab enumeratione partium, ſi neq; cen
ſu, neq; vindicta, neq; teſtamento liber fa-
ctus eſt, non eſt liber. Duplex hic reſponſio
eſt, 1. quod illi alij modi v.c. per amicos, per E-
piſtolam, &c. poſt acceſſerint: eaq; forte ratio
fuit, vt cum nimis multis modis & priuatim
quoq; libertas daretur, & ita quaſi polluere-
tur ius ciuitatis Romanę, placuerit per legem
Iuniam Norbanam, vt ita manumiſſi ciuita-
tem Romanam ne conſequerentur. 2. quod
Cicero loquatur de modis, quibus iuſta &
perfecta libertas conferebatur: neque enim
Latini liberti potuerunt dici vere liberi, qui
ſimul animam atque libertatem amittebant,
vt de iis ſcribit Iuſtinian. in §. *vlt. I. de ſucceſſ.*
libert., Innuit hoc *Tacit.* 13. ann. apud quem
Senator ita loquitur, manumittendi duas
ſpecies inſtitutas, vt relinqueretur pœniten-
tiæ aut nouo beneficio locus. Quas vindi-
cta patronus non liberauerit, velut vinculo
ſeruitutis attineri; vbi vindictæ tantum fit
mentio, vel quia iſte mod⁹ principalior & fre-
quētior fuit, vel quia tū cenſus fere agi deſie-
rat ſub principibus; & qui teſtamento ma-
numiſſi erant, beneficio defuncti id habe-
bant, vt de illis in ſeruitutem reuocandis,
(quæ res ibi tractatur,) non eſſet fere dubi-
tatio. Apertius hanc diſtinctionem duorum
modorum generalium diſcimus ex *Seneca de*
vita beata. cap. 24. Hominibus, inquit, prodeſ-
ſe natura iubet, ſerui liberiue ſint, ingenui
an libertini, iuſtæ libertatis an inter amicos
datæ. Itemque ex *Sueton in Auguſto cap* 40. Ser-
uos non contentus multis difficultatibus à li-
bertate, multoque pluribus à libertate *IV-*
STA remouiſſe. Et igitur duplex fuit † li- 2
bertas, iuſta & non iuſta: quæ differentiæ vn-
de fluxerint, ad §. *vlt. h. t.* pluribus dicemus.
Apparet ex d. loco Suetonij, hanc differen-
tiam fuiſſe ſub Auguſto, itaque ambigo an
probare debeam, quod *Ant. Aug. de LL.* ſcri-
bi, Legem Iuniam Norbanam, ex qua Lati-
norum conditio eſt, ſub Tiberio latam fuiſ-
ſe; maxime quod conſtat, Tiberium ius o-
mne ſuffragiorum populo ademiſſe. Itaque
malim ſuſpicari ſub Auguſto, aut forte etiam
ante hanc differentiam introductam; licet
& Hottom. hic putet latam quatuor annis
poſt mortem Auguſti, & forte nondum ad-
emptis populo ſuffragijs, vt ita quod Augu-
ſtus antea obſeruauerat, certa tum Lege fue-
rit definitum.

In Sacroſanctis Eccleſiis.] Nulla hic mentio manumittendi per cenſum, cum ſeruus permiſſu domini luſtro ſolenni (quod ſingulis quinquennijs per Cenſores fiebat) nomen ſuum inter ciues Romanos in cenſu profitebatur; quoniam illis temporibus cenſus ita agi deſierat; in cuius locum ſubrogatus modus manumittendi in Eccleſia, quem videtur introduxiſſe Conſtantinus, cuius ea de re extat duplex conſtitutio *in l. 1. & 2. C. de his qui in Eccleſ. manum. & in l.* 2. ſolemnitates decurſas intelligit, comitiorum & cenſus tum obſoletorum morum, vt hoc explicat Hottomanus, & requiritur, vt fiat hoc ſub adſpectu plebis *d. l.* 1. quæ quaſi veterem populum Rom. repræſentet. Poſſint & intelligi ſolemnitates apud magiſtratum adhiberi ſolitæ, cuius vicem fungatur antiſtes, id eſt, Epiſco-

Digitized by Google

pus, quo præſente id fieri vult Conſtantinus. Et hincapud Caium 1.*Inſtit*.1.pro cenſu, Eccleſia nominatur; ſeu quia id ad mores illius ſeculi ab aliquo immutatum eſt; vel quia ille non vetus ſed recentior & poſterior Caius fuit, vt exiſtimant *Baro ad tit. infr. quibus modis pot. ſoluit. Hottom. ad procem. Inſtitut. ſup. in fin.*

Aut vindicta.] Hæc manumiſſio fiebat apud 3 † magiſtratum. Dominus caput ſerui, aut aliud membrum tenens, dicebat, (quam ſolemnitatem poſtea deſiiſſe docet *l. manumiſſ.* 23. *de manum. vind.*) Hunc hominem liberum eſſe volo, *Feſtus* in verbo, *manumitti*, & cum dicto eum circumagebat, dans illi ſcil. hoc modo poteſtatem eundi quo vellet. Perſius.

—Quibus vna Quiritem
Vertigo facit.

Et mox.

Verterit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama.—

Tum lictor iuſſu magiſtratus virgulam capiti ſerui manumittendi imponebat, vt ſcribit *Boet. in Topicis Cicer.* quæ eadem dicitur feſtuca, *Plaut. in Milite act. 4. ſc. 1.* Quid, ea ingenua an feſtuca facta. κάρφος λεπτὸν appellat *Plut. in libr. de ſera numinis vindicta.* Ab illa virgula hunc modum appellatum, alij à ſeruo Vindicio qui primus ita manumiſſus, tradunt, manumiſſus nimirum optimo iure, vt ciuis Romanus eſſet, eo quod coniurationem contra Rempub. detexerat. teſte *Liuio lib.* 2 Sed vtraq; ratio recte coniungitur; vt ab illo ſeruo & virgula & ipſe modus manumittendi duxerint nomen.

Aut inter amicos.]. Commiſcet Iuſtin. modos, quibus iuſta & quibus non iuſta libertas dabatur, quoniam ipſe differentiam ſuſtulit libertinorum; & omnibus ciuitatem Romanam dedit; Ceteroquin ex ratione iuris antiqui id non fieret ſine vitio. Porro ex conſtitutione Iuſtin *l. vn. §. ſed etſi. 2. de Lat. lib. toll.* requiritur, vt adſint quinq; teſtes.

Vel per Epiſtolam.] In *d. l. Vn.* §. 1. requiritur vt Epiſtolæ & ipſe dominus, & quinque teſtes ſubſcribebant. Quærunt Interpp. an manumiſſio † poſſit fieri per procuratorem. Dixi 4 ad Treutler. ad actus voluntariæ Iuriſdictionis, & quæ nomen Legis actionum ſibi quodammodo proprium fecerunt, nec potuiſſe mandari iuriſdictionum, nec interuenire procuratorem. Ita obſeruatur in adoptione *l. neque* 24. & *l. ſeq.* §. 1. *de adopt.* Nec aliud in emancipationibus fuit, quamuis Anaſtaſius permiſerit, vt abſentes liberi poſſint emancipari, vt tamen ipſe pater hoc apud magiſtratum conteſtetur. *l. iubemus C. de emancip. liber.* Idem de manumiſſione reſcriptum *in l. pen. C. de manum. vind.* Sed nimirum quæ per vindictã apud magiſtratum fiebat ſolemniter. Ex quo male *Ioh. de Plat.* hic infert ad omnes modos manumittendi: certi enim iuris alias eſt, quæ poſſunt per Epiſtolam, eadem recte expediri per procuratorem; Sed vbi ſimplex Epiſtola ſufficit, cum autem hic requiratur ſubſcriptio domini & quinque teſtium, non poterit ſimplex & ſolus procurator ſufficere: eoque propria hæc ratio impedit, quo minus & iure Iuſtinianeo per procuratorem manumiſſio expediatur. Eademque impedit ne poſſit fieri per nuntium: in quo mihi Angelus & alij hic labi videntur; neque enim argumentum quo vtuntur ab Epiſtola ad nuntium, propter rationem dictam procedere poteſt: alias enim & per procuratorem poſſet expediri. Et propriam rationem habet, quod procurator ipſe obligatur, & in ſuam perſonam litem conteſtatur; ceteroquin vtiq; nomine alterius exſequitur mandatum; neq; hic de obligatione quærenda agitur; Itaq; non recte adfertur hæc diſtinctio inter nuntiu & procuratorem. Verum vt ab Epiſtola abeamus, an non poſſit mandare dominus, vt apud amicos quis manumittat ſeruum, vix crediderim; & videntur hæc omnia eſſe perſonalia, itaq; nec nuntius hic nec procurator habebunt locum. De quo forte amplius cogitandum.

Quamlibet aliam.] Scil. Codicillos. Et ita tamen non manumittuntur, vt loquitur Iuſtin. ſed manumitti iubentur, & rogantur. Neque

enim

enim directa libertas ex codicillis competere poteſt.

Sed & aliis multis modis.] Inter eos generalis eſt, quo ipſo iure eripitur ſeruus in libertatem, ſi vel contra Legem dictam ancilla proſtituta ſit, vel ſi ita ſeruus venierit, vt manumittatur. *tit. C. ſi manc. ita ven. ne proſt. & t. t. C. ſi mancip. ita ſuer. alien.* Alij modi ſunt ſub tit. *C. de his qui pro præm. lib. & D. qui ſine manum. ad lib.* & plures *in d. l. vn. §. 3. & ſeqq. C. de Latin. lib. toll. l. nemini 24. C. de Epiſcop. aud. l. iubemus 4. C. de præp. ſacri cubic.*

Semper manumitti ſolent.] Id eſt, omni tempore, non tantum faſtis, ſed etiam nefaſtis & feriatis diebus, quod cum in omnibus actib. voluntariæ iuriſdictionis procedat, tum præcipue fauore libertatis in manumiſſionibus. Itaque per Epiſtolam & inter amicos ita fieri poſſe non poteſt eſſe dubium; ſed etiam apud magiſtratum, id licere docet hic §. *& Gaius in l. non eſt 7. de manum. vind.* Quin & amplius nec neceſſum eſſe vt poſita ſella conſideat magiſtratus, (quod alias fieri moris erat, vbi extra tribunal ius dicendum erat,) oſtendit hic §. *& d. l. 7.* dum ait, etiam in tranſitu poſſe manumitti ſeruos, dum procedit magiſtratus: adeo vt hoc etiam recte fiat apud magiſtratum, ſi corporis curandi gratia ad balneum, aut voluptatis & ludorum ſpectandorum cauſa ad theatrum eat. Ideo enim hæc exempla proponuntur, vt omnimodo & ſemper apud magiſtratum manumitti poſſe intelligamus. Apparet auté hoc non procedere, vbi minor 20. annis manumittit, quoniam L. Ælia Sentia requirit, vt hoc fiat cauſa cognita apud magiſtratum adhibito conſilio, de *quo tit. ſeq. §. Eadem.*

TEXTVS.

3. Libertinorum autem ſtatus tripartitus antea fuerat, nam qui manumittebantur, modo maiorem & iuſtam libertatem conſequebantur, & fiebant ciues Romani: modo minorem, & Latini ex L. Iunia Norbana fiebant: modo inferiorem, & fiebant ex Lege Ælia Sentia dedititij, ſed quoniam dedititiorum quidem peſſima conditio iam ex multis temporibus in deſuetudinem abierat, Latinorum vero nomen non frequentabatur: ideoque noſtra pietas omnia augere, & in meliorem ſtatum reducere deſiderans, duabus conſtitutionibus hoc emendauit, & in priſtinum ſtatum reduxit: quia & à primis vrbis Romæ cunabulis, vna atque ſimplex libertas competebat, id eſt, eadem quam habebat manumiſſor: niſi quod ſcilicet libertinus ſit, qui manumittitur, licet manumiſſor ingenuus ſit. Et dedititios quidem per noſtram conſtitutionem expulimus, quam promulgauimus inter noſtras deciſiones, per quas ſuggerente nobis Triboniano viro excelſo Quæſtore noſtro, antiqui iuris altercationes placauimus. Latinos autem Iunianos, & omnem, quæ circa eos fuerat obſeruantiam, alia conſtitutione, per eiuſdem Quæſtoris ſuggeſtionem correximus, quæ inter Imperiales radiat ſanctiones. Et omnes libertos, (nullo nec ætatis manumiſſi, nec dominij manumittentis, nec in manumiſſionis modo diſcrimine habito, ſicut iam antea obſeruabatur,) ciuitate Romana decorauimus, multis modis additis, per quos poſſit libertas ſeruis cum ciuitate Romana, quæ ſola eſt in præſenti, præſtari.

COMMENTARIVS.

1 *Origo diſtinctionis.*

2 *Cauſa diuerſitatis inter libertinos.*

1 ILlud ante omnia obſeruandum, diſtinctionem iſtam natam à † diuerſa conditione, qua olim ingenui & ſubditi Romanæ Reip. vtebantur: quamuis non omnimodo accommodari poſſit. Tres erant principales gradus, initio Imperij. Ciues Romani, quorum ius conſequebantur, qui bello victi in ciuitatem recipiebantur; quod primis temporibus non ſemel factum; proximo iure Latini, vel qui ius Latij habebant, & tertio loco reliqui Italici, poſt latius progreſſis Romanis victorijs, acceſſerunt prouinciales, qui deteriori iure vſi, quam Italici; quæ latiſſime perſequitur *Sigon. in comm. de antiq. iure ciuil. Rom. de antiq. iur. Italic & de antiq. iure prouin i.* Illud deinde addendum, quod qui cum rebellaſſent, vi adacti ſeſe dedere cogebantur, vel qui alias neceſſitate coacti vltro ſe dedebant, vt olim fecere Campani; peſſimo iure ſubditi erant; patet ex formula deditionis apud *Liuium libro* 36. Ad hunc modum liberti alio iure optimo, alij peſſimo, quidam medio fuerunt, & hi ſcilicet qui dicebantur Latini, qui licet liberi, tamen iura ciuium non habebant, inter quæ vel præcipuum erat, ius teſtandi, & vt quis haberet ſucceſſorem; quod quia negatum Latinis libertis, hinc Iuſtin. ſæpe ſcribit, eos vixiſſe vt liberos, mortuos, vt ſeruos, quod ſcilicet eorum mortuorum bona patroni occupabant, *§. vlt. infr. de ſucceſſ. libert. l. vn. in fin. pr. & §. ſed ſcimus 3. C. de Lat. lib. toll.* videtur quod etiam hi liberti potuerint facile in ſeruitutem reuocari, per ea quæ paulo ſuperius diximus ex *Tacito lib. 13. annal.* Neque enim habebant iura ciuium Rom. quę tamen certis modis adipiſcebantur, quos proponit *Vlpian. li. 4. de Latin.* Ait Iuſtin. in *l. 1. in princ. de Lat. lib. toll.* eos introductos fuiſſe ad ſimilitudinem antiquę Latinitatis quæ in colonias miſſa eſt. Enimuero Latinos in colonias miſſos, nuſquam, opinor, ſcriptum eſt. Sed colonias quaſdam ius Latij tantum habuiſſe, & ob id Latinas dictas, accepimus, de quibus tractat *Sigon. 2 de antiq. iur Italia. c. 3.* in quo lapſum Tribonianum, mirandum non eſt.

Porro diſcimus ex Theophilo, à triplici cauſa iſtam differentiam † libertorum, ciuium 2 Romanorum & Latinorum manaſſe. Nam de Latinis tantum agemus, quod dedititiorum conditio pendebat tantum à qualitate ſeruorum nequam, & qui ſe ſcelere aliquo obligauerant, vt docet idē *Theoph. Vlp. tit. 2. de libert. §. dedititiorum 6. Caius 1. Inſtit. 1. § 4.* Ergo vt cepimus dicere primo an quis ciuis Romanus an libertus Iunianus fieret, pendebat à modis manumittendi, quorum legitimi tres erant, cenſus vindicta, teſtamentum, quorum vno manumiſſum oportebat, vt fieret ciuis Romanus; ceteroquin Latinus erat 2. à qualitate dominij, nec poterat manumiſſum ciuē Romanū facere, niſi qui plenum legitimum Quiritarium dominium habebat, ſi tantum in bonis fuiſſet ſeruus, fiebat Latinus *Vlp. d. tit. 2. §. qui tantum* 11. Tertio ab ætate manumiſſi. Et in genere affirmat Theoph. manumiſſum infr. 30. annos quocunque modo, & licet à domino Quiritario, non potuiſſe fieri ciuem Romanum. Et ita ius fuiſſe in eo qui minor ann. 30. teſtamento libertatem acceperat, non obſcura ſuperſunt iure noſtro veſtigia *in l. Ariſt. 46. de manum. teſtam. l. ſi quis 13 §. vlt. de ſtatulib. l. ex parte 39. § 2. fam. erciſc* Quibus locis proponitur libertas teſtamento data ſeruis cum erunt annorum triginta; in manumiſſis vindicta procedebat, ſi ea manumiſſio facta eſſet ſine cauſæ cognitione, vt ſcribit *Vlp. tit. de libert. §. 7.* De cenſu vix idem admiſerim, quod hic optimus modus erat manumittendi, aut oportuit eum actum fuiſſe nullum.

Ceterum hoc modo Latinus fieri non poterat. Itaque vbi iſta non aderant, erat manumiſſus Latinus, & vix omnimodo liber, quippe qui denuo manumittebatur, vt fieret ciuis Romanus, vt ſcribit *Caius 1. Inſt. 1. §. ſed inter 4. in f.* idq; eſt, quod apud *Tacit. lib. 13. ann.* extat, relinquerent pœnitentiæ aut nouo beneficio locum, loquitur autem de iis, qui non iuſtam libertatem cōſecuti, adhuc quodam vinculo ſer-

ſeruitutibus attinebantur. Hæc ad locum iſtum replicandum ſufficiunt. Percurramus breuiter verba textus.

Iuſtam libertatem.] Cui vt diximus opponitur non iuſta, vt & apud *Paulum 4. ſentent. 12.*

Iam ex multis temporibus.] Probabile eſt, Imperio in orientem tranſlato & mutata penitus Reipub. adminiſtrandæ forma, ſenſim ita in deſuetudinem abiiſſe.

In meliorem ſtatum reducere.] Dubitare liceat, an ita reducatur res in meliorem ſtatum, ſi etiam quiuis ſcelerati ſerui ciuitate Romana donentur, & omnis differentia tollatur. Aliud iudicium Auguſto fuit, qui, vt refert *Sueton. cap. 40.* magni exiſtimabat, ſincerum atque ab omni colluuione peregrini & ſeruilis ſanguinis incorruptum ſeruare populum & ciuitatem Romanam, & ob id manumittendi modum terminauit, & ſeruos multis modis à libertate iuſta remouit.

Quia & à primis.] Quod de primis vrbis Romæ cunabulis hic dicitur accipiendum eſt cum mica ſalis, & eo ſenſu quo Florus totum ſpacium, quo Roma ſub Regibus fuit, infantiæ nomine comprehendit, ceteroquin ducentis pene poſt vrbem Romam conditam, annis, hoc accidiſſe docet *Dionyſ. Halicarn. lib. 4. antiquit. Rom.* vbi refert, Regem v. Seruium Tullium manumiſſis communicaſſe ius ciuium, & factum hoc multis rationibus excuſaſſe, & conatum probare patriciis, qui id ægre ferebant; vt proinde ante Seruium Tullium ſecus fuiſſe oporteat. Addit idem autor eam Legem Seruii vſque ad ſua tempora (vixit autem Auguſti ætate) fuiſſe ſeruatum; quod ſi verum eſt, oportet primum ſub Auguſto, quod ſuadet loc⁹ ex Suet. ante citatus, vel non multo poſt, diſtinctionem libertorum receptam fuiſſe; forte quod nimia colluuione improborum hominum, pollueretur ciuitas; de qua re dicto loco conqueritur Dionyſ. Halicarn.

Et dedititios.] Vtraque conſtitutio cuius hic mentio, exſtat ſub propriis tit. *li. 7. Cod.*

Et omnes libertos.] Ius ciuitatis Romanæ olim non niſi bene meritis dari ſolebat integris ſæpe ciuitatibus, partim plenum cum ſuffragio, partim minus plenum. Bello Italico Sociali, quod & dictum Marſicum fuit, tandẽ omnes Italici ciuitatis Romanæ ius obtinuerunt, quod paulatim etiam quibuſdam prouincialibus datum; quam rem fuſiſſime pertractauit *Sigonius in comm. de antiq. iur. Ital.* & præcipue *lib. 3. cap. 1. & 2.* Demum Antoninus omnibus ſubditis & prouincialibus adeo omnibus ius ciuitatis dedit *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* Atque ita exæquati fuerunt hactenus omnes ingenui. Iuſtinianus exæquauit omnes libertinos, vt & ipſi omnes ciues eſſent.

Nullo nec ætatis.] Intenditur digitus ad tres illas cauſas, ex quibus quis non poterat fieri ciuis Romanus, Ætas ſerui manumittendi, manumiſſionis modus, & dominium in manumittente, iuxta paulo ante explicata. Et proinde legendum eſt, non, *domini*, ſed *dominii*, quomodo legitur apud Theophilum, & probat *Ant. Aug. 3. emend. 7.* quamquam eodẽ ſenſu poteſt retineri recepta lectio: quod ſc. vt Cui. explicat, nihil intereſſit, etiamſi qui manumittit tantum ſit bonitanus, quippe cum ipſe Iuſtin. iſtam dominii differentiam ſuſtulerit *l. vn. C. de nud. iur. Quir. toll.* Quin & alium ſenſum iſta lectio recipit, vt hinc petatur quarta cauſa ob quam manumiſſus fiebat tantum Latinus, ob qualitatem propriam domini, v.c. ſi mutus & ſurdus ſit, ab hoc enim manumiſſum non conſequi iuſtam libertatem ſcriptum reliquit *Paulus 4. ſent. 12.* Illud enim huc non pertinet, quod L. Ælia Sentia cauit de minore 20. annis: hic enim per vindictam cognita cauſa apud conſilium manumittens, procul dubio facit ciuem Romanum; aliter manumittens omnino non faciet liberum.

Ad Titvlvm VI.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

QVI ET EX QVIBVS CAVSIS MAnumittere non poſſunt.

TEXTVS.

1. Non tamen cuicunque volenti manumittere licet: nam is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia Lex Ælia Sentia impedit libertatem. Licet autem domino, qui ſoluendo non eſt, in teſtamento ſeruum ſuum cum libertate inſtituere hæredem, vt liber fiat, hæreſque ei ſolus & neceſſarius: ſi modo ei nemo alius ex eo teſtamento hæres exſtiterit; aut quia nemo hæres ſcriptus ſit, aut quia is qui ſcriptus eſt, qualibet ex cauſa hæres ei non exſtiterit. Idque eadem Lege Ælia Sentia prouiſum eſt, & recte. Valde enim erat proſpiciendum, vt egentes homines, quibus alius hæres exiturus non eſſet, vel ſeruum ſuum neceſſarium hæredem haberent, qui ſatisfacturus eſſet creditoribus, aut hoc eo non faciente, creditores hæreditarias res ſerui nomine vendant, ne iniuria defunctus adficiatur. Idemque iuris eſt, etſi ſine libertate ſeruus hæres inſtitutus eſt. Quod noſtra conſtitutio non ſolum in domino, qui ſoluendo non eſt, ſed generaliter conſtituit, noua humanitatis ratione, vt ex ipſa ſcriptura inſtitutionis, etiam libertas ei competere videatur: cum non ſit veroſimile, eum quem hæredem ſibi elegit, ſi prætermiſerit libertatis dationem, ſeruum manere voluiſſe, & neminem ſibi hæredem fore.

Commentarivs.

1 *Libertas contra L. Æl. Sent. ipſo iure nulla.*
2 *Neceſſarius hæres quomodo.*

Lex poteſt ex certis cauſis inhibere, ne dominus alienet, & eadem igitur inhibere poterit, ne dominus † manumittat. Quod 1
fecit L. Ælia Sentia, cuius duo capita h.t. proponuntur (plura enim alia fuiſſe facile credibile eſt, & eorum ſex recenſet *A. Aug. de LL. pop. Rom.*) primum eſt, vt ne liceat manumittere in fraudem creditorum. Licet enim libertas fauorabilis ſit, tamen qui cum aliquo contraxerunt, decipi non debent. Ea ſententia Legis in pr. h.t. ita proponitur, quod qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agat, & redditur ratio, quod Lex impediat libertatem, actus autem contra Legem prohibentem, eſt nullus *l. non dubium. C. de LL.* & ita *Vlp. de libert. tit.* 2. § *eadem* 10. quod Lex manumittere in fraudem prohibeat; & *Gaius l. Inſt. §. 5. in fin.* quod talis manumiſſio non valeat, & in *l. in fraudem 27. qui & a quib. man.* quod ita manumiſſus liber eſſe prohibeatur. Et ratio eſt, quod libertas quæ ſemel competiit, non facile retractatur, arg. *§. ſemel 6. infr. h.t.* quia durum ſit & triſte, ſemel liberatum iterum reuocari in ſeruitutem, itaque contra libertatem à ſe datam minor non reſtituitur *l. ſi ex cauſ. 9. §. vlt. cum 2. ll. ſeq. de minorib. f.c.l. aut. 7. §. ſed quod* 10. *in pr. eod. tit.* Et hæc vno ore in Impp. hic tradunt, vt mirari liceat, quid in mentem venerit Pacio, in notis marginalibus hoc loco, vbi ſcribit, libertatem ipſo iure valere, ſed reuocari. Neque contra plures textus & certam rationem debet captari, & in vitioſum ſenſum torqueri, quod in *l. 1. C. qui manum. non poſſ.* libertates per L. Æliam Sentiam dicuntur reuocari, & in *l. 5. §. 2. Qui & à quib. manum.* reſcindi, & in *l. ſi quis 24. eod.* retrahi in ſeruitutem. Quæ nimirum

Digitized by Google

mirum tum paulo minus proprie dicuntur, tum eo reſpectu & conſideratione præcipue, quod propter fraudationem creditorum, ſi de ea conſtet, manent ſerui: & hoc ipſa iam citata *l. 24.* oſtendit, vbi ait ICtus, ſi prioris ſerui pretium ſufficiat, ſequentem ad libertatem peruenturum. Et nimirum ita ius eſt, vt propter intereſſe creditorum ſuſpenſus ſit actus manumiſſionis, non autem omnimodo ſit nullus, quippe cum & euentum & animum fraudandi concurrere neceſſe ſit, vt mox ſequitur h. t. & ſi creditores fraudati non ſint, dominus poteſt retractare libertatem, & dicere eſſe nullam. *l. ſi credit. 5. C. de ſeru. pign. dat. manum.* ſicut & alias notant Dd. ſi ob dolum contractus ſit nullus, eum qui dolum admiſit, nullitatem allegare non poſſe, & contractum in eius præiudicium pro valido haberi *gl. in l. & eleganter in pr. de dolo malo. Ang. in §. ſemel in fi. infr. h. t.* ſed enim hic, vt dixi poteſtate Legis Æliæ Sentiæ interim in ſuſpenſo eſt actus manumiſſionis, & ſiquidem creditores fraudati ſint, nullus eſt & manet, ſin fraudati non ſint, retro iam ſerui manumiſſi liberi fuiſſe intelliguntur. Propter quē effectum & huius caſus intuitu; vbi fraudati creditores ſunt, libertas dicitur reuocari & reſcindi, quæ videlicet, ſi creditores fraudati non eſſent, ſalua maneret. Et fruſtra affertur huc actio reuocatoria & reſciſſoria Pauliana ex Edicto, *t. t. C. quæ in fr. cred.* qua alienatio ipſo iure valida reuocatur. Etenim ea non ad libertates pertinet, ſed ad alia bona, quoniam non eadem quæ libertatis, ratio eſt; tum non eadem edicti prætorii poteſtas eſt; quæ legis & denique lex vſa eſt verbis prohibentibus, non edictum prætoris, vt ex ipſis eius verbis apparet in *l. 1. in pr. l. ait 10. in pr. quæ in fraud. cred.*

Lex Ælia Sentia.] De hac Lege *A. Auguſt. de LL. pop. Rom.* Fallitur Mynſ. qui putat eſſe eam cuius meminit *Cicer. in Topicis.* ea enim Sanctia eſt, & mirum ſit Ciceronem meminiſſe Legis Sentiæ, quæ demum poſt mortem eius imperante Auguſto anno Vrbis Conditę 756. lata eſt, quod ipſe magis Mynſ. probare videtur.

Licet autem.] Hottom. & VVeſenb. legunt *tamen*, ſed etiam retenta particula *autem*, tamen ſatis apparet proponi hic exceptionem *ad pr. tit.* qua manumiſſio valet etiam in fraudem creditorum, ſi ideo detur ei libertas, vt ſit hæres debitoris, & nimirum ſi ſit ſolus; quam exceptionem ab ipſa L. Ælia Sentia adiectam eſſe mox ſcribit Iuſtinianus.

Neceſſarius.] Neceſſarius tantum *in pr. infr. de hæred. qualit. & diff.* ad diſtinctionem liberorum in poteſtate, qui ſunt ſui & neceſſarii, ſcilicet iure ciuili. Nam cum hi iure prætorio poſſint abſtinere, vt dicemus d. t. iure iſto ſolus ſeruus eſt neceſſarius hæres, cui videlicet poteſtatem abſtinendi prætor non facit.

Sed hic quæritur, in quo neceſſitas iſta 2
poſita ſit; Hottom. & VVeſenb. ita accipiunt, quod cogatur adire hæreditatem. Sed verius eſt ita dici neceſſarium, quod ipſo iure exſiſtat hæres, quoniam dicitur protinus fieri hæres. *§. 1. infr. de hæred. qualit.* & iſtis hæredibus negari facultas abſtinendi. *l. neceſſariis 57. in fin. de ad. hæred.* quod arguit eos iam eſſe hæredes; facit aperte *l. furioſus 63. eod. tit.* ex qua furioſus fit neceſſarius hæres domino, tum denique facit, quod ſeruus inuitus non poteſt cogi adire, per *l. 3. in fin. Cod. de hæred. inſtit.* nec quiſquam ad factum præciſe cogi poteſt. Itaque vt L. Sentia ſcopum ſuum conſequeretur, ita ſtatuendum fuit, vt ipſo iure ſeruus eſſet hæres.

Si modo ei nemo alius.] Nota, non eſſe neceſſe, vt ſeruus ſit ſolus ſcriptus teſtamento hæres, ſed vt ſit ſolus vbi de aditione quæritur. Itaque ſi vel centum hæredes ſimul cum ſeruo ſcripti deficiant omnes, locum habet L. Sentia & ſeruus fit hæres neceſſarius. Idque etiam in duobus ſeruis hæredibus ſcriptis, quorū vnus antedeceſſerat, receptum eſt *l. qui ſoluendo 42. de hær. inſt.* Ceteroquin ſi vterq; eo tempore

Digitized by Google

tempore quo de adeunda hæreditate quæritur, ſuperſit, neuter eſt hæres neceſſarius *d.l. 42. cum l. ſ. q.* vbi videlicet vterque primo gradu ſcriptus eſt, alias ſecus, *l. qui ſoluendo 60. d. t.* Et amplius oportet nec ex primo nec ex ſecundo gradu ſupereſſe, qui velit eſſe heres, adeo quidem, vt & qui ipſi ſeruo ſubſtitutus eſt, præferatur. *l. ſi is qui 57. de inſtit. her.* Vnus tantum eſt caſus ſingularis, quo cum ſeruo herede neceſſario alius concurrit. *l. ei qui 88. de hered. inſtit.*

Valde enim proſpiciendum erat.] Ratio redditur exceptionis, quam ſane oportet eſſe prægnantem, vt etiam in creditorum fraudem (alias enim exceptio nõ eſſet) talis manumiſſio & inſtitutio valeat. *l. 1. C. de neceſſ. ſeru. her. inſt.* & amplius ita valeat, vt ſeruus fiat Romanus ciuis, (neque enim alias heres eſſe poſſet) licet alias Latinus aut deditītiæ conditionis libertus fieri debuiſſet, vt ſcribit Vlpianus *tit. 2. de libertis §. ab eo 9.* Ceteroquin ſi quæ Lex alia aut ſanctio impediat libertatem, fuit inſtitutus heres, licet dominus ſoluendo non ſit *l. ſi non 83. de hæred. inſt.* ſicut & tum ſi ſeruus ſpecialiter pignori nexus ſit *d. l. 1. C. de nec. ſeru. hær. inſt.* quia nec hic manumitti poteſt *l. 11 & 3. C. de ſeru. pign. dat.* Ratio in ſumma eſt, vt parcatur famæ defuncti, & vt hic *inf. §. 1.* dicitur, ne iniuria defunctus afficiatur, vnde deciſio *l. primo 13. Quæ in fr. cred.* ibi *famæ defunct. conſeruandæ gratia.* Ita enim obtinebat olim, vt bona eius qui ſoluendo non eſſet, ſiue viuentis ſiue defuncti publice ſub haſta proſcriberentur & diſtraherentur, de quo *infr. lib. 3. tit. 13. de ſucceſſ. ſubl.* quod quam infame habitum fuerit, oratio *Cicer. pro P. Quintio* oſtendit. Hanc infamiam, quæ alias in defunctum expetiiſſet, quaſi vicarius ſubire cogitur ſeruus, qui non magis patrimonium quam infamiam conſequi videtur *l. 3. C. Th. d. de inoff. teſtam.* pro beneficio libertatis, quæ habetur inæſtimabilis. Ceteroquin nullum onus aut incommodum ſentit, quippe ſpecialiter ei conſultum eſt, vt quæ poſt mortem patroni adquiſiuit, à bonis eius ſeparet, nec in ea ius vllum ſit creditoribus *§. 1. ver. pro hoc infr. de hæred. qual.* & proinde falſum eſt, quod Weſenb. ſcribit, ſeruum poſſe conueniri in ſolidum ſi ad pinguiorem fortunam perueniat & longe alia ratio eſt ipſorum debitorum qui bonis ceſſerunt ex *§. vlt. inf. de actionib.* quo textu ipſe abutitur: Ita loquitur Cicero d. loco, tamquam ex iſta re vera infamia ſequeretur debitorem; quod tamen poſtea ſublatum docet *l. debitoris 11. C. Ex quibus cauſ. infa. irr. l. vlt. in pr. C. qui bon. ced. poſ.* Vtique hoc modo ſugillari famam & debitoris & coniunctorum haud dubium eſt; vnde in *l. patris 28. verſ. quod prætor. de bon. aut. iud.* pudori filii parci dicitur, ne eius bona veneant; & *Plin. 2. Epiſt. 4.* monet, filiam vt ſuſcipiat patris hæreditatem, & ita famam pudoremque defuncti, & vel hac de cauſa intereſt defunctorum vt habeant hæredes. *l. 6. de interrog. act.*

Etſi ſine libertate.] In vniuerſum ita ius olim fuiſſe videtur, vt ſeruus non adſcripta libertate fruſtra inſtitueretur hæres, & ita *Caius 2. inſtit. 3. §. vlt.* Neceſſarii hæredes ſerui qui cum libertate inſtituuntur *§. 1. inf. de hæred. inſtit.* vbi dicemus pluribus. Et itaque conſequenter iuxta L. Æliam Sentiā, dominus qui ſoluendo non erat, ſeruum cum libertate debet inſtituere. Secundum quod *Vlp. tit. 2. de libert. § ab eo 9.* ſeruus vt teſtamento liber eſſe iuſſus ſit, requirit. Iuſtin. humaniter voluit, vt ſatis eſſet inſtitui ſeruum, licet nulla mentio facta ſit libertatis, hoc text. quod ſcil. in genere etiam extra hunc caſum domini qui ſoluendo non eſt, diſpoſuit *l. pen. in pr. C. de neceſſ. hæred. inſt. §. 1. inf. de hæred. inſt.* vbi ait hoc iam olim Paulo & Attilicino placuiſſe: itaque non eſt id nouum hactenus, quoniam etiam alii ita ſenſerunt, ſed eſt nouum quatenus iam pro iure obtinet, quod olim ex plurium ſententia contra obtinebat, *d. §. 1.* atque ita explicādum eſt, quod hic Iuſtin. ait, ſe hoc noua humanitatis ratione conſtituiſſe: nam procul dubio illi quorum *in d. §. 1. de hær. inſt.* meminit Iuſtin. hac eadem ratione vſi ſunt, quod qui dedit hæreditatem, præſumitur etiam dare voluiſſe libertatem, ſine qua hæres eſſe non poteſt: loquimur enim de ſeruo proprio teſtatoris, quem

Digitized by Google

quem nulli alii fini videri poteſt inſtituiſſe teſtator, quem vt ipſe ſeruus eſſet heres: quæ ratio fortius ſtringit in terminis huius tit. & in caſu quo dominus ſoluendo non eſt, qui vtique omnino cenſetur in defectum aliorum voluiſſe vt ſeruus omnino eſſet heres, & vt ipſe effugeret infamiam, cuius in *f.* §. 1. mentio eſt: idque eſt quod in *f.* §. 2. dicitur, non præſumi teſtatorem voluiſſe, vt nemo ſibi eſſet heres. Hic vulgo Dd. cumulant illa protrita, Qui vult conſequens, vult etiam antecedens: & qui vult aliquid, cenſetur velle omnia ea, ſine quibus ad illud non poteſt perueniri.

TEXTVS.

2. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit, ſoluendo non eſt, vel qui datis libertatibus deſiturus eſt ſoluẽdo eſſe. Præualuiſſe tamẽ videtur, niſi animum quoq; fraudandi manumiſſor habuerit, non impediri libertatem, quamuis bona eius creditoribus non ſufficiãt: ſæpe enim de facultatibus ſuis amplius quã in his eſt ſperant homines. Itaque intelligimus tunc impediri libertatem, cum vtroq; modo fraudantur creditores, & conſilio manumittentis, & ipſa re, eoque bona eius non ſunt ſuffectura creditoribus.

COMMENTARIVS.

1 *Error Mynſing.*
2 *Error Weſembecij.*
3 *Conciliatio duorum textuum.*
4 *Ampliatio notabilis.*
5 *Limitatio.*

D*Eſiturus eſt ſoluendo eſſe.*] Quod Lex Ælia Sentia ſimpliciter locuta erat de debitore qui non eſſet ſoluendo, quia cauillationem pati poterat, ita ex mente legis acceptum fuit, vt libertates illæ quoq; impeditæ cenſerẽtur, quibus collatis debitor deſiturus ſit ſoluendo eſſe, *h.* §. *& l. in fraudẽ* 10. *Qui, & à quib. man.* id eſt non amplius ſoluere poſſe ſolidum quod debet. *l. ſoluendo* 114. *de verb. ſign.* Addit Mynſing. hic, an † quis ſit ſoluendo nec ne, æſtimari 1
quoq; ex facultatibus fideiuſſoris: ſecundum quod qui locupletẽ habet fideiuſſorem, nunquam dicetur dediſſe libertatem in fraudem creditorum: quod ego falſum eſſe puto, & ex propriis bonis debitoris hoc æſtimandum. Nec tuetur cauſam Mynſingeri *l. ſi plures* 27. §. *præterea de fideiuſſ.* vbi tractatur, an confideiuſſor ſit ſoluendo, ad hunc effectum vt in eum actio ſit diuidenda; vbi reſpondetur ſcil. vt diuidatur actio ſatis eſſe, ſi ſecundi fideiuſſoris facultates adgregatæ faciant, vt ſoluendo primus intelligatur: quod ad noſtram hanc rem male trahitur.

Præualuiſſe tamen.] Hoc ita receptum fauore libertatis: nam vt actioni Paulianæ reuocatoriæ locus ſit, ſufficere videtur euentu creditores fraudari, vt quidem Weſemb. † hic notat: 2
ſed puto eum falli: nam vtiq; cõſtat, niſi euentu fraudentur creditores, actioni Paulianæ locum non eſſe, *l. ait prætor* 10. §. 1. *quæ in fraud. cred.* & illud perpetuum eſt, vt ſit alienatio facta in fraudem: *rubr. & tt. quæ in fraud. cred.* nec dici poteſt fraus cum abeſt malignus animus & propoſitum fallendi: ideoq; tractant in hac materia Dd. de variis præſumptionibus & rationibus ex quib. fraus colligatur, vt videre eſt apud Iaſonem in §. *Item ſi quis in fraud. Inſ. de action. n.* 46. *& ſeqq.* Nec quidquam iuuat Weſemb. quod non opus eſt ſcientia & participatione fraudis in poſſeſſore in quem titulo lucratiuo res tranſlata eſt, quoniam non de poſſeſſore ſed de debitore alienante quæritur. Et puto iſtud ſpecialiter hic monitum de libertatibus, quoniã Lex Ælia Sentia ſimpliciter fortaſſis de debitore qui ſoluendo non erat, locuta fuit: ſed id ita acceptum eſt, vt oporteret libertatem animo fraudandi datam fuiſſe. Itaque impeditur libertas, vbi cõſilium & euentus concurrit: *d. l.* 10. *Qui & à quib. l.* 1. *C. Qui manum. non poſſ.* non impeditur vbi vel conſilium ſolum, & ſi quis putet minoris bona ſua eſſe quam reuera ſunt: vel euentus ſolus eſt, ſi quis

H putet

putet pluris bona ſua eſſe, quod exemplis illuſtrat Theoph. hic. Et itaque creditores qui agunt, oportet probare vtrumq; concurrere, vbi locus erit præſumptionibus quibus fraus probetur, vt recte *Mynſ.in g. poſt laſ.d.loc.* quarum multas referunt *Angel.& Iaſon.in add t.ad Chriſt. Porc.& Plat hic:* ſicut & præſumptiones facient ad fraudem excludendam, ſi quis ſeruis bene meritis dederit libertatem, & iuſtam cauſam habuerit exiſtimandi, plus eſſe in bonis: veluti ſi fortuitis caſibus, quos ignorauit dominus, bona fuerint diminuta, quod accidere ſæpe iis, qui in aliis & maxime tranſmarinis regionibus per alios negotiantur ait ICtus *l.in fraud. n 10. Qui & à quib. manum.* (alias cauſas ex quibus poſſint ignorari vires patrimonii aſſignant *Angel. & Porc. hic.*) ex quo loco apparet, quod hic traditur, non tantum ad actus morientium & libertates teſtamento datas pertinere: Sed etiam ad libertates quas quis dedit inter viuos, vt recte tradit contra Bart. *Iaſon in d.§.Item ſi quis in fr.inſ.de action.n.*48 pro ampliatione ad hunc §. de concurſu conſilii & euentus, notandum eſt, hic inſuper requiri ad im-
3 pediendam † libertatem, vt vtrumq; in eiuſdem perſona concurrat: cæteroquin ſi quis animo fraudandi debitoris Titii libertatem ſeruo dederit, & poſt dimiſſo Titio tum Sempronium creditorem habere cepe it, licet hic euentu fraudetur, libertates ratæ manent, *l.ſi quis 15. Quæ in fraud.cred.* Cui tamen omnino obſtat *l.in fraudem 25. Qui & à quib.* & proinde aut ea intel igenda eſt de caſu, quo priores creditores pecunia nouorum dimiſſi ſunt *arg. l. ait 10. §. 1. quæ in fr. cred.* aut intelligendi ſunt non reuera noui creditores, ſed reſpectu aliorum qui dimiſſi ſunt, cum tamen & ipſis iam tempore teſtamenti facti pecunia deberetur: aut hoc erit vitium Pandect. Florent. nam in vulgatis omnibus legitur, non *propter nouos creditores,* ſed, *propter alias reſiduos creditores.* Addendum inſuper & hoc ad explicationẽ huius loci ſpectari euentũ eo tẽpore, quo creditores agunt aut potius vbi ius agẽdi habent. Vnde reſponſum eſt in *l.ſi mortis 14. Qui & à quib.* impediri libertates, ſi hereditas non ſit ſoluendo cũ adiretur, licet ſoluendo eſſet, cum moreretur teſtator: quia iacente hereditate non eſt, cum quo experiantur creditores: intelligendum autem eſt procul dubio in ea ſpecie, animo fraudandi libertates fuiſſe datas. Deniq; † addo & hic, 4
euentum, & quod quis non ſit ſoluendo, & bona non ſuffectura creditoribus, æſtimari ex bonis ipſius defuncti debitoris. Ideoque ſi fraus adſit, & bona debitoris nõ ſint ſoluendo quamuis heres ſit locuples & ſoluendo impediri libertates *l. cum heredit.as 5. in pr. Qui & à quib.* vbi vitioſe in editionibus Florent. Goth. Ruſſardi & Pariſina, particula NON tamquam ſpuria virgulis circumſcripta eſt: tum per textum in *l.Stichum.39.§.1. de ſtatu lib.* tum per textum expreſſum in *l. ſi mortis 18.§.1.in ſ. Qui & à quib.* vbi dicitur, quod heres locuples non proficiat ad libertatem, & idem in *l 5.C. de manum. teſt.text.eleg.in l.ſi locuples 57. vbi ratio dub. & decid. D. eod.* Cuius rei, quæ dura videtur, hanc rationem eſſe puto, quod lex noluit hoc pendere ex bonis alterius, & ex incerto caſu, an heres locuples futurus eſſet nec ne.

Supereſt ad hunc locum limitatio. Proce-
dit enim † in libertatibus directe datis: vt fi- 5
deicommiſſariæ impediantur ſufficit euentu fraudari creditores, licet abſuerit animus fraudandi in teſtatore, *l. 1.* & apertius *l. vlt. C. Qui manum.non poſſ.* Et tamen videbatur contra facilius ſuſtineri fideicommiſſarias, *arg. l. ſi autem 9. D. de inoff. teſt.* Reſpondet Chriſtoph. quod teſtamento inofficioſo pronunciato omnia ea ſcripta corruant, ſed fideicommiſſa etiam ab inteſtato præſtari poſſint. In noſtris terminis, hanc idem reddit rationem differentiæ, ideo facilius ex ſolo euentu fraudis impediri libertatem fideicommiſſariã, quia hic remoueatur voluntas teſtatoris ab actu, qui cenſeatur, ita mandaſſe hoc heredi, ſi id fiat ſine præiudicio creditorum: vbi autem directo dat libertatem teſtator, eam ob ipſius domini poteſtatem difficilius reuocari, à cuius actu abeſt dolus. Et tamen non dubium eſt, quin teſtator velit fideicommiſſariam libertatem præſtari, & in *d. l. vlt. C. Qui man. non poſſ.* dicitur, voluntatem teſtatoris nihil prodeſſe; quamuis ſane

abſit

abſit ab ipſo actu proximo manumiſſionis: itaque cum moriente eo res adhuc integra ſit, & per alium libertas præſtanda, viſum fuit facilius impediri poſſe libertatem: & potuit hic prima origo fideicommiſſorum infirma & fragilis aliquid mouiſſe.

TEXTVS.

3. Eadem Lege Ælia Sentia domino viginti annis minori, non aliter manumittere permittitur, quam ſi vindicta apud cõſilium, iuſta cauſa manumiſſionis adprobata fuerint manumiſſi. Iuſtę autem manumiſſionis cauſæ hæ ſunt: veluti ſi quis patrem aut matrẽ, aut filiũ filiamue, aut fratres ſororesue naturales, aut pædagogum vel nutricem, aut educatorem aut alumnũ, alumnamue, aut collactaneũ manumittat, aut ſeruum procuratoris habendi gratia, aut matrimonii habendi gratia ancillam, dum tamen intra ſex menſes in vxorem ducatur, niſi iuſta cauſa impediat: & ſeruus qui procuratoris habendi gratia manumittitur, non minor decem & ſeptem annis manumittatur. Semel autem adprobata cauſa, ſiue vera ſit, ſiue falſa, non retractatur.

COMMENTARIVS.

1 *Apud quos fiat manumiſſio.*
2 *Alumnus quis.*
3 *De ſeruo procuratore minore.*
4 *Explicatio l. 51. de rit. nupt.*
5 *An falſa cauſa noceat libertati.*

HOc eſt alterum caput L. Æliæ Sentiæ, de quo hic & alibi iure noſtro agitur. Ne minor viginti annis manumittat, niſi apud conſiliũ cauſa cognita & approbata. Lubrica enim eſt hæc ætas & quæ facile à ſeruis ſibi perſuaderi patiatur: Et intelligimus, nec conſenſu curatoris, ſi quem habeat minor, ſine conſilio libertatem ſeruo dari poſſe.

Vindicta.] Ergo nec teſtamento, nec per cenſum, nec vllo alio modo: quia cognita cauſa opus erat, quæ nõ niſi à magiſtratu adhibetur.

Apud conſilium.] *l. 1. in pr. de offic. conſ.* Explicat hoc *Vlp. lib. 2. de libert. §. Eadem* 8. In conſilium, inquit, adhibentur, Romæ, quinq; Senatores, & quinque equites Romani, in prouincia, viginti recuperatores (qui videlicet alias priuatis cauſis diiudicandis à magiſtratu dari ſolebant) ciues Romani. Theoph. autem hic de temporibus æſtiuis & hybernis, & poſtrema die conuentus, nugatur. Hinc intelligimus † hanc rem non niſi apud magiſtratus ipſos ordinarios tractari potuiſſe: non apud mandatarium iuriſdictionis, quoniam hic conſilii exercendi ius non habet *l. 2. in pr. de offi. eius.* Ex quo textu imperite colligit & hic ſcribit Baro, conſilium exercere eſſe Imperii meri, quod perſpicue falſum eſt; ſiquidem Imperium merum tantũ pertinet ad cauſas criminales. Neq; vero quæcunq; mandari non poſſunt, aut mandata iuriſdictione nõ transferuntur, omnia ſunt Imperii meri, neq; hæc propoſitio, quæ ſunt Imperii meri mandari non poſſe, conuertibilis eſt: ſed ſunt & alia cognitioni & prudẽtiæ magiſtratuum nominatim commiſſa, quæ non mandantur, vt apparet ex *d. l. 2. §. 1. de offic. eius. l. 6. § tutoris de tutel. l. cum ſi 8 § ſed nec 28. de tranſact.* & omnino decem illi, fuerunt decem viri qui dicebantur litis iudicandis, de quibus in *§. deinde 29. l. 2. de orig. iur.* qui prætori quaſi ordinario vt iudices aderant in cauſis grauioribus & quos propter dignitatem eorum ſolus prætor non etiam mandatarius cogere & conuocare poterat. *d. l. 2. de offic. eius.* qui etiam haud dubie per iudices intelliguntur in *l. 16. de manum. vin. d. l. 1. C. eod.* & vide Ræuard. *lib. pro tribunal. cap. 18.* Sed & non tantum prætorem, ſed etiam conſulem huiuſmodi conſilium habuiſſe docet *l. vn. de offic. conſulis.*

Lege Ælia Sentia.] Videtur hoc tribui SCto in *l. vn. in f. D. de offic. conſ. Cuiac. in Notis* putat, aut SCtum aliquod factum circa Legem Æliam Sentiam, ſuper examine cauſæ: (quod

H 2 ſuadet

ſuadet *l. 13. inf. de man. vind.* his verbis, *ita enim Senatus cenſuit.* facit eodem *l. matrimonij 21. inf. Qui & à quib. man.* aut ex Notis errorē natum, & legendum, *qui ex Lege.* Probabilius eſt quod Hottom. monet, pro, *ex SCto conſilij* legendum, *ex ſententia conſilij*: Quod ſi enim ſubſtituas *ex Lege*, expungendum fuerit amplius, verbum, *conſilii*, quod tum nullius rei fuerit: & non eſt ſolius conſulis vel alterius magiſtratus, examinare cauſam, ſed cum conſilio, & huius potius ſententiam ſequi quam propriam. Itaq; aptiſſime dicitur, conſulem examinare cauſam ex ſententia conſilij.

Quam ſi vindicta &c.] Aſpera & barbara locutio eſt, *minori non aliter manumittere permittitur, quam ſi fuerint manumiſſi*: ſenſus perſpicuus eſt, quem his verbis exprimit Hottom. non aliter manumittere permittitur, quam ſi dicta apud conſilium cauſa adprobata fuerit manumiſſio.

Iuſta autem.] Poteſt ingenuus & qui liber natus eſt habere ſeruum patrem, vel qui poſt factus eſt, veluti per venditionem ſui ipſius, vel qui ſemper fuit & cum libera conſueuit: poteſt & habere matrem ſeruam, quæ conceptionis aut medio tempore fuit libera, iuxta *tit. ſup. de ingenuis.* poteſt & habere liberos ſeruos, quos ex propria vel aliena ancilla ſuſcepit. Item fratres ſeruos, quos pater ex ancilla ſuſcepit, vel mater eius antequam libera facta eſſet, edidit. In liberto facilius eadem occurrũt: & poteſt quis per contractus emptionis aut permutationis, aut donationem huiuſmodi perſonas acquiſiſſe: poteſt etiam dominus communis, vnum heredem inſtitutum ceterorum omnium qui ante erant conſerui, dominum efficere.

Veluti ſi quis.] Hæc exempla ſunt, quæ non exhauriunt propoſitionem. Sunt enim & aliæ iuſtæ manumittendi cauſæ, *l. iuſta 9. in pr. l. etiam 15. in pr. & §. 1. de manum. vind.*

Alumnum alumnamue.] Nonius *Marcellus cap.*
2 4. ſcribit † conſuetudinem velle, alumnos dici quos alas, & eos qui aluntur. Secundum priorem ſignificationem commode hic acciperetur, vt iuſta cauſa ſit manumittẽdi eum eamue, qui domini adhuc infantis aut pueri curæ & educationi adhibiti fuerunt: niſi impediret, quod ſeorſim meminit, nutricis & educatoris. Et poſterior ſignificatio magis propria & frequentior eſt, quo ſenſu apud *Virgil. lib. 11. in pr.* Pallas dicitur alumnus Aceſtis: & apud *Ouid. lib. 10. metamorph.* anus Myrrham cui alimenta prima dederat, vocat alumnam ſuam. Itaq; intelligendus hic erit ſeruus vel ancilla quem vel quam dominus educauit: de cuiuſmodi ancilla alumna etiam agitur in *l. ſi quis 26. C. de nupt.* vbi proponitur dominus alumnam ſuam libertate donaſſe & vxorem duxiſſe, quam quaſi filiæ loco habuit. Sed an igitur omnes ex ancillis nati natæue, quos quaſue educat dominus, erunt ipſius alumni, & alumnæ? Id quidem dictum fuerit perabſurdum, vt omnes vernæ ſint alumni. Nec poſſunt alii intelligi, quam quos quis ab alio expoſitos ſuſcepit & aluit, hi enim alentis videntur olim ſerui effecti, quod ſuſtulit *Iuſtin. in l. 3. C. de infant. expoſ.* itaque iſto nouo iure, non poteſt hæc amplius eſſe iuſta manumittendi cauſa. Et ego tamen quis affectus aut quæ pietas ſit domini erga talem ſuſceptum, non ſatis video, cum etiam olim id lucri cauſa vt ſeruum haberet, quis feciſſe videri poſſet. Et tamen alia ratio nõ videtur huius rei explicanda: aut an forte ponimus libertum manumiſſum velle manumittere eum quem ipſe cum ſeruus eſſet, educauit: idque ſuadetur *arg. l. alumnos 14. de man. vind.* vbi dicitur, quod magis mulieribus conueniat manumittere alumnos: nec enim mulier libera & domina mammam præbeat infantibus ſeruis: alumnorũ etiam mentio eſt in *l. 8. de pig.*

Seruum procuratoris habendi gratia.] Requiritur in eo ætas 17. annorum *h. §.* Nec pugnat *l. ſi collactaneus 13. de manu. vind.* (propter quem vitioſe Hottom. hunc text. mutauit) quoniam intelligitur *d. l. 13.* dum ne ſit infra 18. annos, & iſtum annum attigerit, completo anno decimo ſeptimo: ita enim in *l. 1. §. 3. de poſtul.* poſtulare poſſe dicitur, qui totum annum 17. impleuit, & conſequenter iam incipit eſſe 18. annorum. Sed an † intelligimus hic procuratorem 3
ad negotia an ad iudicia & lites? Illi obiicitur, quod

quod & ſeruus poteſt eſſe talis Procurator, imo etiam qui eſt infra annum 17. Huic, quod minor 25. annis nō videatur eſſe idoneus procurator ad iudicia, vt quidem cōmuniter opinantur Doctores: quibus plerique Neoterici contradicunt, & inter hos *Cuiac. obſ. 16.* & eam opinionem, quod minor 25. annis poſſit eſſe procurator ad lites, bene hic confirmat Porcius, quam quæſtionem hic exſequi non libet; vnum dico, veriſſimam eſſe ſentētiam eorum quos citat *Ioh. de Plat.* poſſe eſſe ipſo iure procuratorem, ſed obſtare ipſi exceptionem, quia multa recurrunt in iudicio ex quibus lædi poteſt procurator, & aliquando cautiones præſtandæ ſunt ex variis cauſis: vt proinde cum minor læſus in integrum reſtitui poſſit, ſatis conſultū non ſit aduerſario, cum minore procuratore litigare: Quod ſi prætor deprehendat talem eſſe cauſam, ex qua damnū ipſe procurator nullum ſenſurus eſt, admittere eum poterit. Et igitur non male accipietur hic §. de procuratore ad lites: ſed tamen, quidquid etiam Cuiac. & alii contradicant, puto cum Dd. eum etiam recte explicari poſſe de procuratore ad negotia: quippe quæ commodius per hominem liberum explicantur, qui præſertim ſimul in iudicio cauſas agat, quod non raro procurator facere neceſſe habet. Et ſane, vel ideo hæc explicatio probabilior eſt, quod quiſq; paterfam. opus fere habet eo qui negotia eius gerat, non autem quiuis etiam habet negotia in iudicio: & negotiorū geſtore perpetuo quis opus habet, non autē procuratore ad iudicia: & nec iuſta cauſa videri poſſit, vt quis propter actionem inſtituendam vnā aut alteram ſeruum manumittat: nam vtiq; ad defendendum minor 25. annis idoneus procurator non eſt.

Ancillam matrimonij cauſa.] Verbum *habendi* hic otioſe repetitur, quin & parum Latine: & Ruſſardus à pluribus manuſcriptis abeſſe teſtatur: & abeſt quoq; in *l. ſi collact. 13. verſ. Item ſi de manum. vind. l. matrimonii 51. de rit. nupt. l. matrimonii 21. Qui & à quib. man.* abeſt ēt apud Theophilum. Notāt hunc caſum Interpp. quo conſtringitur libertas matrimonii, contra *l. Titia 134. in f. pr. de verb. oblig.* quippe qui ita ancillam hac cauſa manumittit, iurare cogitur ſe eam vxorem ducturū *l. ſi collact. 13. in f. de manu. vind.* Sed ſatis eſt initio adeſſe liberam voluntatem, nec debet decipi magiſtratus, qui ex hac cauſa manumitti ancillā permittit. Verum quid eſt, quod in *l. matrimonii 51. in pr. de ritu nupt.* dicitur patronum poſſe renuntiare matrimonio? an intelligimus manumiſſam à maiore 20. annis, atq; adeo ſine iuramento? an præſupponimus iuſtam cauſam, hæc enim excuſat, vt hic mox ſequitur: veluti ſi Senator fiat, qui ex ratione iuris veteris libertam vxorem ducere non poteſt. Vtiq; præciſe vt ducat cogi nō poterit patronus: & quid igitur iuris erit, ſi eam non ducat? Periurus ſane erit, & merebitur forte animaduerſionem cenſoriam, nec enim apparet remedium aliquod ciuile, quo cogatur, ſed quid fiat manumiſſæ? Et eam liberam non eſſe ſed ſeruam manere reſponſum eſt in *l. matrimonii 21. §. 1. Qui & à quib. man.* adeo quidem vt, ſi alia vxore ducta, & ea repudiata vel mortua, intra ſextum adhuc menſem eam ducat, libera tamen non ſit *d. l. 21.* & cenſetur ſub hac conditione libertas data, ſi recta ducta fuerit: eoque pertinet *l. ſi minor 19. de manum. vind.* ſi prægnās ancilla ex hac cauſa manumiſſa antequam ducta eſſet, pepererit, in pendenti fore, an ſeruus an liber ſit partus: quoniam ſi ducta fuit, iam retro libera fuiſſe cenſetur.

Semel autem cauſa adprobata.] Et hic non deſunt, quæ † ſcrupulum moueant. Et inprimis 5
conſtat ſententiam ex falſis probationibus latam poſſe retractari, *l. 1. C. ſi ex falſ. inſtrum. l. Diuus 33. de re iudic.* & quod magis huc facere videtur, tutor ſi falſis allegationibus obtinuerit ſententiam abſolutoriam, nihilominus tutelæ obligatus manet *l. 1. & 2. C. ſi tut. falſ. alleg.* Video à veteribus Interpp. quibuſdā (nam apud recentiores altum eſt ſilentium) diſtingui inter cauſam falſam & iniuſtam. Et poſſunt iſta ita diſtingui, vt iniuſtum pateat latius, & iniuſta cauſa dicatur, ob quam etiam probatā non debeat admitti manumiſſio: falſa autem, quæ quidem in ſe iuſta ſit, & vna ex iis quæ h. §. recenſentur, ſed quæ in facto nō ſit vera, vbi per

ſuas probationes perſuaſus eſt magiſtratus cum conſilio, ſeruum v. c. eſſe pædagogum, collactaneum, fratrẽ &c. Sed vix apparet ſufficiens ratio, propter quam ob hanc potius quam ob illam aut vice verſa, debeat retractari ſententia, & amplius quod loco hoc de falſa cauſa, idẽ dicitur de iniuſta in *l. iuſta 9. de manu. vind.* & ibi in genere dicitur in §. 1. qualiscunq; cauſa probata ſit, & recepta libertatẽ tribuere oportere, &, cauſas probatas reuocari non oportere: &, cauſæ probationi contradicendũ, non, cauſam probatam retractandam eſſe. Et videndum, an non hic ſpecialis quædam ſit ratio. Et hanc reddit Angel. quod Lex Ælia Sentia ſine aliqua limitatione permiſerit cauſæ cognitionem & probationem magiſtratui cum conſilio: & licet ICti tractauerint, de iuſtis cauſis, id tamen tantum exempli cauſa fecerint, non autem ad illas cauſas cognitionem & magiſtratus poteſtatem reſtrinxerint, vt & docet *l. etiam 15. §. 1. de manum. vind.* quod ſecus eſt in cognitione ſuper alienandis prædiis minorum, vbi cauſa alienandi nimirum æs alienum, expreſſa, & ita cognitio prætoris determinata eſt: itaq; ſi ex alia cauſa & falſa ſit facta
5 alienatio, ea nulla eſt *l. magis 5. §. ſi aſ. 15. cum §. ſeq. de reb. eor. qui ſub tut.* Hinc etiam tranſactio ſuper alimentis facta ſine cauſæ cognitione nulla eſt, quia ſub certa limitatione ea res prætori permiſſa eſt *l. cum hi 18. §. ſi prætor 17. de tranſactionib.* Occurrit & iſtud in ſpecie *l. 1. & 2. C. ſi tut. ex falſ. alleg.* quod allegatio falſa non debet prodeſſe ipſi alleganti in præiudicium pupilli: hic autem quæritur de intereſſe eius qui libertatem accepit, qui ſi nihil admiſit doli, non æquum eſt libertatem retractari: quod etiam ſuadet fauor pſius libertatis & conditio ſeruus, qui mutatus eſt, ex quo minori aduerſus libertatem non datur reſtitutio *l. ſi ex cauſa 9. § vlt. cum §. ſeq. de minorib.* nec hic eſt decretum ſolum, ſed ipſa & quaſi ſolennis & autoritate rurſus magiſtratus accedit manumiſſio. Et limitat tamen *Angel. hic n. 3.* hunc §. ſi abſit obreptio & dolus iudicis vel partis: apud quem vide plura de cauſis retractandæ ſententiæ, itemque apud Fabrum hic, ex quo Angelus omnia pene ad verbum deſcripſit. Et tamen quod de obreptione dicitur ex *l. cum vero 26. §. ſubuentum 7. cum §. ſeq. de fideicom. libert.* ad hunc caſum non videtur recte transferri: quoniam ibi falſo allegabatur libertatem fideicommiſſo eſſe relictam, & proinde SCto iuxta quod pronuntiauit prætor, locus non fuit, quæ ratio hic ceſſat.

TEXTVS.

4. Cum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per Legem Æliam Sentiam conſtitutus eſſet, eueniebat, vt qui quatuordecim annos expleuerat, licet teſtamentum facere, & in eo heredem ſibi inſtituere, legataue relinquere poſſet, tamen ſi adhuc minor eſſet viginti annis, libertatẽ ſeruo dare non poſſet. Quod non erat ferendũ: nam cui totorum bonorum ſuorum in teſtamento diſpoſitio data erat, quare non ſimiliter ei quemadmodum alias res, ita & de ſeruis ſuis in vltima voluntate diſponere, quemadmodum voluerit, permittimus? vt & libertatẽ eis poſſit præſtare. Sed cum libertas inæſtimabilis res ſit, & propter hoc ante viceſimum ætatis annum antiquitas ſeruo libertatem dare prohibebat: ideo mediã nos quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatẽ teſtamento dare ſeruo ſuo concedimus, niſi decimum & ſeptimum annum impleuerit, & decimum octauum attigerit. Cum enim antiquitas huiuſmodi ætati, & pro aliis poſtulare conceſſerit, cur non etiam ſui iudicii ſtabilitas ita eos adiuuare credatur, vt ad libertatem dandam ſeruis ſuis poſſint peruenire?

COMMENTARIVS.

1 *Inſubtilis ratio Triboniani.*
2 *Vitioſa eiuſdem conſequentia.*
3 *Cur decimo ſeptimo anno licuerit poſtulare.*

Et *Veniebat.*] Argumentum eſt ab abſurdo, vt qui plus poteſt, & de bonis ſuis diſponere teſtamento, non poſſit teſtamento libertatem vni ſeruuo dare. Sed non defuit autori Legis Sentiæ ratio, quod nimirum à tam teneræ ætatis homine facile poſſunt ſerui eblandiri libertatem, præſertim vltima voluntate: cui rei occurrere voluit Legiſlator. Et iuxta hanc diſpoſitionem, quæ demum anno decimoſeptimo permittit manumiſſionem, idem vitium manet, quamuis ſint de numero Legis veteris tres anni detracti.

Quod non erat ferendum.] Lectio ſatis commode ſe habet, & eſt omnium exemplarium: nec adeo quidquam cauſæ eſt, vt eam cum Cuiacio & Hottomanno mutemus, vtcunq; illi ad Codd. manuſcriptos prouocent.

Sed cum libertas.] Senſus eſt, licet ratio facere videatur, vt permittendum ſit ius dandi libertatem anno decimo quarto, quo eſt ius teſtandi, tamen iſtud aliò vocare, quod res inæſtimabilis eſt libertas. Ceterum more ſuo mutauit poſt ſententiam Iuſtinianus & N. 119. *cap.* 2. dedit ius teſtamento dandi libertatem, ijs qui ius teſtandi habent: nimirum teſtamento, vt *d. N.* 119. & hoc quoque §. expreſſum. Caſus enim alter quo minor inter viuos vult dare libertatem, cum correctus expreſſe non ſit, manet in diſpoſitione iuris communis veteris, vt non ſit vtilis manumiſſio niſi minor 20. annis cauſam apud conſilium probauerit: idque ita & Accurſ. cenſet, & ſequuntur Interpp. alii, & in terminis ſcriptum reliquit Theoph.

Et non immerito tamen *d.N.* 119. hoc mu-
1 tauit † Iuſtinianus, ſiquidem qua ratione hic mouetur, cur requirat 17. annos, ea ſane inepta eſt, & inepte ad iſtam rationem à Weſemb. & aliis adducitur *l. libertas* 106. *de Reg. Iur.* quæ ſignificat non poſſe æſtimari ſtatum, vt quis ex libertate dedatur in ſeruitutem: atqui nos quærimus de eo qui iam ſeruus eſt, & vtique certam habet æſtimationem & pecunia venire aut in alios contractus deduci poteſt: & certam æſtimationem ſeruorum ipſe definiit Iuſtin. in *l.* 3. *in pr. C. Comm. de legatis.* Et quid ni igitur minor, vt alias res ſuas poteſt in quauis vltima voluntate transferre & procul dubio ſeruos ſuos legare, cur non & libertatem dando minuere ſua bona, & minorem hereditatem relinquere poſſit? Neque verum puto, quod Iuſtin. addit, hanc fuiſſe cauſam quæ mouerit autorem L. Æliæ Sentiæ, vt adimeret minoribus viginti annis ius dandi libertatem. Hottomannus explicat hanc rationem, quod libertas eiuſmodi res ſit, quæ non niſi ob grauiſſimã cauſam tribui debeat: cuius ipſius quoq; rationem non video, cum potius fauorabiliores debeamus eſſe erga manumiſſiones, per quas homo in naturalem conditionem reſtituitur; ad quod quiuis facile moueri debet. Potius hinc defenderem iſtam rationem, quod poteſtas dominica ſit pene res inæſtimabilis, eo ſenſu, quo poteſtas patria inæſtimabilis eſſe perhibetur *l. filiuſf.* 114. §. *ſed ſi liberos* 8. *de legat.* 1. quoniam pater omnia per liberos & maxime olim, acquirit, & omnino omnia dominus per ſeruum, vt hic præcipue non nudum corpus ſerui ſit æſtimandum: licet ego vix crediderim hoc in mente fuiſſe Triboniani cum iſtud ſcriberet.

Mediam nos quodammodo viam.] Extremum vnum eſt tempus 20. annorum, quod L. Ælia Sentia requirit: alterum extremũ eſt, tempus 14. annorum, quo licet teſtari, inter hæc medium eſt tempus 17. annorum quod hic præſcribit Iuſtin. ſed, vt diximus, poſt *N.* 119. extremũ illud alterũ 14. annorum probauit. Nimis autem ieiunum eſt quod in addit. ad Porcium obiicit Iaſon. non eſſe hoc medium, quoniam Iuſtinianus requirat, vt impleuerit minor decimum ſeptimum annũ, & ſequentẽ attigerit: cum L. Ælia Sentia ita ſit accepta & explicata, vt ſufficiat attigiſſe vltimum diem anni viceſimi iuxta *l.* 1. *de manumiſſ.* neque n. interuallum vnius diei poteſt impedire, quo minus recte

Digitized

dicatur iſta media via : vt nihil neceſſe ſit, patrocinium hic peti à particula *quodam modo.* quę imo hic potius eſt otioſa. Ceterum, quando dies cœptus & quibus caſibus habeatur pro impleto vid. diſtinctè hic explicantem Chriſtoph. Porc. *in* §. *Eadem. num.* 5. & aliquid Vigl. habet in §. *prætereà inf. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Non eſt alias infrequẽs, vt mediã viam vel medietatem ſequantur prudentes, & probent, velut in controuerſia quæ eſt in §. *cum ex aliena* 25. *infr. de rer. diuiſ. & in l. antiqui.* 3. *ſi pars her. pet. & rurſus in l. filio* 7. *vt legat. ſeruand. cauſ.* quamuis aut ego valde fallor, aut non Pauli, ſed Triboniani eſt clauſula in extremo *d. l.* 7. *ſed melius eſt &c.*

Cum enim antiquit.us.] Mynſing. hinc monet diſcendum eſſe, quod etiam argumentum procedat à diuerſis, vbi eadem eſt ratio in diuerſis. Verum tum non reuera eſt argumentum à diuerſis, hactenus ſcilicet quatenus
2 vtrobique eadem ratio eſt. Ego vero † ingenue puto agendum & libere philoſophandum, & fatendum, vt ſæpe alibi, dum colorem dare nititur nouis ſuis conſtitutionibus, ita hic quoq; parum bona ratione vſum eſſe Tribonianum. Reuera enim hæc ſunt diuerſa & vitioſe ita colligitur. Anno 17. poteſt minor pro alio poſtulare, adde etiam, poteſt procurator ad iudicia eſſe. Ergo poteſt ſeruum ſuum manumittere ſine conſilio & cauſa non cognita: Ita enim ego totum illud ius euertero, quo etiam qui 20. annos egreſſus eſt vſque ad 25. annum nihil rerum ſuarum ſine curatore alienare poteſt. Cautius facit Legislator, ſi ſimpliciter ſanciet & diſponat, quam vt in reddenda ratione legis laboret. Lex ad inſtar ſententiæ debet pronuntiare: & ſolet pro parum cauto haberi iudex, qui cauſam inſerit ſententię, quia hoc ipſo materiam præbet eam oppugnandi, ſed iſta ſunt alterius loci. Recte autem monet Hottoma. rationem huius rei cur hac ætate liceat poſtulare, & cur ea moderata habita ſit ad procedendum in publicum,
3 vt eſt in *l.* 1. §. 3. *de poſtul.* altius † & aliunde arceſſendam eſſe: & hinc nimirum, quod apud Romanos hac ætate e ſacris factis in forum deducebantur, & mutabant togam, & ſcil. poſita toga prætexta, ſumebant virilem puram, ita dictam, tum quod alba eſſet, tum quod non haberet purpuram, quam habebat toga puerilis. Decimoſexto anno id factum ſcribit *Sigon.* 3. *de iudicijs cap.* 18. quem iuuat locus *Sueton. in Auguſto cap.* 8. Auguſtus 12. annorum auiam Iuliam defunctam pro concione laudauit, quadriennio poſt virili toga ſumpta &c. conſtat & anno decimo ſeptimo cœpiſſe Romanos militare. Verum crediderit quis puberes factos & ita anno 14. mutaſſe togam, motus autoritate Tertull. iuris & antiquitatum peritiſſimi, qui in *lib. de veland. virginib.* tempus, inquit, Ethnici obſeruant, nam fœminas à XII. annis, maſculos à duobus amplius ad negotia mittunt: facit iſtud *Horat.* 1. *od.* 36.

——— *Memor*
Actæ non alio rege pueritiæ
Mutatoq́ ſimul togæ.

Pubertas enim adueniens finem pueritiæ attuliſſe videtur. Sed hæc forte impertiuentia alicui videbuntur, verum non pigebit in tranſcurſu iſta didiciſſe: adde *Sueton. in Nerone cap.* 7. *Senecam* 1. *Epiſt.* 4. *Valer. Maxim. lib.* 5. *cap. de pietate in parentes. vbi de Cotta. Cicer. libr.* 9. *ad Attic. Ep.* 4. 20. & 22. vbi meminit togæ puræ Ciceroni ſuo dandæ & datæ. Crediderim non in omnibus idem præciſe tempus obſeruatum, ſed pro vt cuiusque ætas ferebat, ita aut maturius aut paulo tardius in forum productos fuiſſe, vtique tamen non ante pubertatem & decimum quartum ætatis annum.

AD TITVLVM VII. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE LEGE FVSIA CAninia tollenda.

TEXTVS.

1. Lege Fuſia Caninia certus modus conſtitutus erat in ſeruis teſtamento manu-

manumittendis: quam quaſi libertates impedientem, & quodammodo inuidam tollendam eſſe cenſuimus: cum ſatis fuerat inhumanum, viuos quidem licentiam habere, totam ſuam familiam libertate donare, niſi alia cauſa impediat libertatem: morientibus autem huiuſmodi licentiam adimere.

COMMENTARIVS.

1 *Error Hottomanni.*
2 *Argum. à contractibus ad vlt. voluntates.*
3 *Familiæ appellatio.*

SVauis eſt Accurſius, qui ſuſpicatur, hanc Legem hic inuidam appellatam, à cane nomen accepiſſe. Nimirum Caninia fuit inter gentes populi Romani; quam & nominatim recenſet Fulu. Vrſinus & alii. Sententia huius L. refertur ab *Vlpiano tit. 2. de libertis. §. Lex Furia* 14. *& Caio* 1. *Inſtit.* 2 *in tr. Paul. Sent.* 4. *c. vlt. in extremo. Hottom. eam latam ſcribit Ann. V. C.* 752. Furio Camillo & Caninio Gallo Coſſ. A. Auguſt. diligens iſtarum rerum ſcrutator, in Tr. de LL. nullius temporis meminit. Notat Hottom. hic mirum artificium (ita loquitur) iſtius Legis in impedienda libertate, quia cum liceret à 2. vſque ad 10. manumittere partem dimidiam: à 10. vſque ad 30. tertiam, à 30. vſque ad 100. quartam partem, ita factum fuiſſe, vt cum ille qui 10. ſeruos haberet, poſſet manumittere quinque, tamen qui 12. haberet, non plus quam quatuor manumittere poſſet. Item cum qui 27. haberet, poſſet manumittere nouem, tamen qui haberet 32. tantum 8. iure manumitteret. Hæc enimuero non artificium, ſed vitium Legis fuerit, vt qui plures ſeruos habet, pauciores manumittere poſſet, quod & rationi & ſcopo Legiſlatoris repugnat: & ſunt, qui ob hoc reprehendunt Legiſlationem Iuſtiniani in N. 18. de quantitate legitimæ pro numero liberorum; quod iuxta eam accidat, vt aliquando ex pluribus liberis plus ſinguli habeant, quam pauciores; veluti quinque liberi in ſemiſſe ſinguli habeant vnciam & quintam vnciç partem, cum quatuor liberi in triente ſinguli tantum ſingulas vncias ferant. Sed non ob id reprehendenda eſt Lex ſi prçter eius intentionem aliquando tale quid contingit, verum excuſanda; non autem in huiuſmodi caſibus artificium Legis agnoſci aut laudari poteſt. Sed enim in noſtris terminis aperte labitur Hottom. & eum plane ſocorditer Vlpiani verba inſpexiſſe oportet; nam Lex Caninia vitio illi, quod propoſui diſerte occurrit. Lex Caninia, ait Vlp. à duobus vſque ad 10. dimidiam partem manumittere concedit, à 10. vſque ad 30. tertiam partem, vt tamē adhuc quinque manumittere liceat. Quæ perſpicue iſtud vitium excludunt, & ita hic tertiam partem manumittere tātum permittunt, vt tamen ad minimū quinque liceat manumittere ei qui 10. & amplius ſeruos habet. Et adeo falſum eſt, quod ait Hottom. eum qui 12. ſeruos habet, tantum poſſe 4. manumittere, idque nominatim expreſſit *Caius.* eum qui ſeruos 11. 12. 14. 15. 16. 17. habet poſſe quinque manumittere. Ita porro ait Vlp. à 30. vſq; ad 100. manumitti poſſe quartam partem, æque vt decem ex priori numero liberari poſſint, hoc eſt, vt quam minimum decem poſſint liberari, quippe cum tot poſſit liberare qui tantum 30. habet. Itaque rurſus falſum eſt, quod qui 32. ſeruos habet, ſolos 8. poſſit liberare. Hæc dicere viſum fuit, tum vt coarguerem errorem Hottom. tum vt explicarē eum locum Vlpiani, quem nec Cuiacius attigit. Porro quid ſi quis habeat nouem ſeruos? Et humanius eſt, quod Hottom. putat, adhuc quinque potuiſſe manumitti; licet fruſtra hoc allegimus humanitatem, cum ſcopus Legis fuerit, impedire libertates; & facit contra Hott. quod Caius ſupra relatus ſcribit, eum qui 17. ſeruos habuit, tantum quinque poſuiſſe manumittere, cum tamen qui 18. habebat, poſſet manumittere ſex. Illud dubitari non debet, ſi plures manumiſſi fuiſſent, non omnium, ſed poſterius & vltra numerum ſcriptorum libertatem

impeditam fuiſſe *arg. l. qui ſoluendo 60. & l. ſi non 83. §. 1. de hered. inſt.* ſi appareat ordo: ceteroquin ſi quis in circulo ſcripſerit, & non fuſe ſeruos omnes liberos eſſe iuſſerit, nulli libertas competet, vt ſcribit *Gaius 1. Inſt. 2.* non præſertim eadem L. Caninia iuſſerit libertates nominatim dari vt Vlpianus autor eſt. Addit *Gaius & loco* per L. Caniniam occurſum eſſe fraudibus, ſi quis ægrotus citra teſtamentum tanquam inter viros plures ſeruos liberare voluerit.

2 *Cum ſatis fuerat inhumanum.*] Hinc notant valere argumentum à contractibus ad vltimas voluntates. Licet hoc inter viuos; ergo etiam licet in vltima voluntate quod quando procedat & vice verſa aliquid notet. *Mynſ. v. & Euerhard. in locis legalib. & Ioh. Fab. hic.* Sed enim ſicut quædam recte fiunt in vltima voluntate, quæ non licent inter viuos, veluti, de quo *in §. vlt. tit. præced.* ita quoque non ſequitur omnia recte fieri teſtamento; quæ fiunt recte per contractum vel actum qui dicitur inter viuos. Et hic nominatim ſpecialitates illa ratio eſt, quod homines ſæpe minus ſibi conſtant qui ſunt vicini morti & teſtamento, eo facilius etiam ſibi perſuaderi & blanditiis ſe vinci patiuntur: tum vero cum non amplius ſciunt ſe poſſe vti rebus ſuis, longe ſunt liberaliores & forte ... prodigi, ad ea vel donanda vel alias facienda, quæ ſani & valentes non facerent. Accedit, quid multi vanæ iactantiæ gratia, vt plures eſſent, qui funus pileati proſequerentur (hoc enim faciebant, qui libertatem teſtamento conſecuti ſunt, *fac l. vn. §. Ped. & qui. 5. C. de Lat. lib. boll.*) libertates dabant, & quidem indiſcriminatim, etiam minime meritis & indignis libertate hominibus. In quam rem inſignis eſt locus apud *Dionyſ. Halic. lib. 4. ant. Rom. pag. (edit. Sylburg.)* 228. ait quoſdam conſequi libertatem per dominorum κουφότητα καὶ κενὴν δοξοκοπίαν, & mox ſubiicit, ſe nouiſſe, qui omnibus ſeruis ſuis conceſſerint libertatem poſt mortem, vt mortui appellarentur boni, & multi pileati, funus proſequerentur: & mox, in pompa eiuſmodi pileatorum fuiſſe nuper ex carcere dimiſſos, ſceleratos, & διαπεπραγμένους ἄξια μυρίων θανάτων. Et igitur fortaſſis iuſtior cauſa iſtius Legis rogandæ quã abrogandæ fuit: cum alias quoque Lex ſoleat inhibere id, in quod homines ſunt faciliores. Ita enim SCtum Velleianum inhibuit interceſſionem non donationem *l. 4. ad ſc. Velleian.* Lex Iulia alienari fundũ dotalem conſenſu mulieris permiſit, oppignorari vetuit, *L. in pr. quib. alien. lic.* Ipſe Iuſtin. interceſſionem omnem vxoris pro marito ex eadem cauſa irritam eſſe voluit *Auth. ſi qua mulier. C. ad ſc Velleian.* Eadem cauſa eſt interdictarum decurionibus venditionum non donationum iuxta *l. 1. & vlt. C. de præd. decur.* Hæc ita pro Lege Iuria Caninia diſputari poſſunt: Addit aliam rationem Baro. hic, quod teſtator non tam ex benignitate quam odio heredis manumittere intelligitur; quod non ſatis capio: æque enim eriperentur ſerui heredi, ſi eos teſtator legaret, quod vetitum non eſt. Conueniunt autem Iuſtin. hic. Vlp. Gaius & Paulus, iſtam Legem modum impoſuiſſe libertatibus quæ teſtamento dantur; poſſit tamen ſcrupulum facere, quod *Vopiſcus* de Tacito ſcribit; ſeruos vrbanos omnes manumiſit vtriuſque ſextus, intra centum tamen, ne Caniniam tranſire videretur. Neque vero ibi Tacitus Imp. teſtamentum condidiſſe, ſed ſanus volenſq; de bonis ſuis iam Imp. factus tractaſſe proponitur; Aut an ille præ modeſtia Caniniæ modum licet extra teſtamentum manumittens obſeruare voluit?

Totam ſuam familiam.] Tres ſocietates, vt 3
docet *1. Polit. Ariſt.* conſtituunt familiam, inter dominum & ſeruum, vxorem & maritum, patrem & liberos. Itaque & ſerui & vxor & liberi hoc ſenſu ſunt in familia. Hinc paterfamilias dictus qui quaſi caput & princeps eſt familiæ & domus, quæ facit œconomiam ſiue œconomicam communionem. Ceterum omnes illas partes cõcurrere ſimul neceſſe non eſt, ex quo in iure noſtro etiã pupillus qui nec vxoré nec liberos habere poteſt, paterfam. dicitur. Iuris enim ſui quẽ eſſe ſufficit *l. pronuntiatio 195. verſ. iure proprio de verb. ſign.* Proprio ſignificatu dicebantur apud Romanos familiæ

plures

plures vnius gentis, veluti gens erat Cornelia; familiæ eius cognominib. diſtinguebantur, Cornelii Scipiones, Cornelii Lentuli. Ita gens Fuluia habuit Fuluios Nobiliores Fuluios Centimalos. Diuerſo plane ſenſu familia ſignificat hereditatem *tit. famil. erciſc. d. l. 195 in pr. de V. S.* Per ſynecdochen familia dicuntur ſerui vnius domini, vt hoc loco, & in *tit. D. ſi famil. furt. fec. dic. l. ſi familia 9. de iuriſd. &. l. illud 32. in pr. ad L. Aquil. d. l. 195. verſ. ſeruitutium.* quo ſenſu familia in vrbanam & ruſticam diuiditur *l. Vrbana 166. de verb. ſign.* Sunt qui ſeruos putant dictam familiam à famulando; non recte vt puto. Alii ita dictos quaſi familiares ad lenie̅dam inuidiam dominii in ſeruos: ad quod adducunt locum è *Senec. in Epiſt.* 47. Ne illud quidem videtis, quàm omnem inuidiam maiores noſtri dominis, omnem contumeliam ſeruis detraxerunt: dominum patremfamiliȩ appellarunt: ſeruos familiares. Ego magis puto Senecam id ſcripſiſſe, vt cauſæ ſuæ ſeruiret quam ibi agit. neq; enim verum eſt, quod paterfamiliæ tantum reſpectu ſeruorum dicatur. Poſtquam plane receptum fuit, vt familia ſeruorum diceretur, potuit inde in vſum veniſſe, vt ſerui dicerentur familiares; vt apud *Plaut. Amphit. Act. 1. ſc. 1.* vbi de ſe, *aduenisse familiares dicito.* Eadem tamen quæ Seneca, habeat & *Macrob. 1. Saturn.* 11. Dicitur autem familia, totum corpus ſeruorum; quo ſenſu alibi Cicero vocat *familias gladiatorum.*

Niſi alia cauſa impediat.] Duas in præced. propoſuit; alteram de domino qui ſoluendo non eſt, alteram de minore 20. annis, & hoc Theoph. notat.

Morientibus.] Fruſtra hic Accurſ. Chriſtoph. & alii argutantur in hoc verbo, fruſtra etiam huc affertur, quod moriens adhuc viuere dicatur, & quod momentum mortis vitæ computatur: de quo dicemus in §. *poſt mortem* 35. *infr. de legat.* & in §. *poſt mortem* 12. *infr. de inutil. ſtip.* neque vero qui animam agit & iam moritur, licet etiamnum viuere dicatur, teſtamentum facere, & legata libertateſque dare poteſt: ſed vſurpatur iſtud verbum hic latius, & intelligit Iuſtin. libertates vltima voluntate datas, quæ demum domino moriente imo ſum mortuo ſunt valituræ, & opponuntur libertatibus quæ dantur inter viuos & protinus viuente adhuc domino valent.

AD TITVLVM VIII. LIBRI PRIMI INſtitutionum.

DE HIS QVI SVI VEL ALIENI iuris ſunt.

TEXTVS.

1. Sequitur de iure perſonarum alia diuiſio. Nam quædam perſonæ ſui iuris ſunt, quædam alieno iuri ſubiectæ. Rurſus earum quæ alieno iuri ſubiectæ ſunt, aliæ ſunt in poteſtate parentum, aliæ in poteſtate dominorum: Videamus itaque de his, quæ alieno iure ſubiectæ ſunt: nam ſi cognouerimus quæ iſtæ perſonæ ſunt, ſimul intelligemus quæ ſui iuris ſunt. Ac prius diſpiciamus de his, quæ in poteſtate dominorum ſunt.

COMMENTARIVS.

Alia diuiſio.] Hæc quidem diuiſio ita propoſita facit, vt non recte videatur ſumma diuiſio appellata fuiſſe tit. 3. ea qua omnes homines deducuntur in liberos & ſeruos. Etenim cum no̅ niſi vna diuiſio ſumma eſſe poſſit, quæ talis eſt illius membris omnes poſſe ſubdiuiſiones ſubiectas eſſe oportet. Prorſus ſi illa eſt ſumma, hæc erit ſubdiuiſio; atqui ſubdiuiſio eſſe non poteſt, quoniam alterutri membro diuiſionis quæ eſt tit. 3. ſubiici & aptari non poteſt. Et imo hæc potius vt ſumma ponenda, & illa huic ſubiicienda videtur. Ita enim dicemus quod omnes homines vel ſint ſui iuris vel alieni; & hi vel in poteſtate dominorum vel

Digitized by Google

parentum. Quod ſi hic ſubdiuiſionem tradere voluiſſet Tribon. tantum liberos homines ita diſtinguere debuiſſet, excluſis ſeruis, quod ipſum tamen non ſatis accurate factum fuiſſet, cum ſeruos non ſui, ſed alieni iuris eſſe conſtet.

Rurſus earum.] Videri poſſint hæc duo membra & duæ ſpecies, filiorumfam. & ſeruorum non recte ſubiici vni communi generi. Eorum qui ſunt alieni iuris aut vtiq; genus iſtud eſſe non ſynonymum; ſed æquiuocum, & ex eorum numero, quę Logici vocāt [illegible], quæ ſpeciebus ſubiectis non æqualiter ſe communicant. Et ita ſane eſt, ſi poſteriora tempora, & maxime ſeculum Iuſtiniani, & quod paulo anteceſſit, conſideres. Verum ſi hoc exigas ad veteris iuris rationem, & ad eam poteſtatem quam patres ex L. Romuli, imo adhuc ex LL. 12. Tabb. in liberos habent, genus iſtud recte dicetur ſynonymum, per ea quæ mox tit. ſeq. dicemus.

Nam ſi cognouerimus.] Ad eundem modum ICtus in *l. qui accuſare* 8. *de accuſat. & in l.* 1. §. *Stipulationum* 5. *de prætor. ſtipul.* Hinc autem Dd. confirmant, contrariorum eandem eſſe diſciplinam, & vno contrariorum cognito, alterum quoque cognoſci. Mihi ad huiuſmodi propoſitiones confirmandas inepte videtur adduci teſtimonia ex iure: Sunt enim iſta probanda ex propriis principiis, quæ ex illis diſciplinis petuntur, in quibus hæc tractantur & traduntur. Itaque niſi hæc propoſitio de contrariis in ſe vera eſſet & apud Logicos; autoritas Iuſtiniani nec hili aut pili eſſet, ſunt enim hæc extra poteſtatem Legiſlatoris. Et tamen Iuſtin. hoc tantum ait, ſi ſciamus quæ perſonæ ſunt iuris alieni, nec intellecturos quæ ſunt ſui iuris, non accurate, vt ſingularum ſpecierum protinus naturam intelligamus, ſed in genere ſciamus hoc, quod reliquæ omnes perſonæ ſint iuris ſui. Vbi enim diuiſio habet oppoſita membra, quæ exhauriunt genus diuiſum, neceſſe eſt vt explicata vna ſpecie, cætera quæ ſub genere comprehenſa de illa ſpecie non ſunt, ad alteram ſpeciem permeant. Ita cum diuidatur animal in irrationale & rationale, vbi cognouero quid ſit homo & ſcilicet animal rationale, cætera omnia animalia præter hominem irrationalia eſſe intelligo; & hoc ſaltem ſcio, neque enim propterea ſingulorum animalium brutorum naturas cognoſco, prorſus hoc tantum verum eſt, quod vnum oppoſitum iuuat alterius cognitionem in eo quatenus oppoſitum eſt. Notandum autem, hic quoque ſeruis tribui appellationem perſonę.

TEXTVS.

2. In poteſtate itaque dominorum ſunt ſerui, quæ quidem poteſtas iuris gentium eſt: nam apud omnes peræque gentes animaduertere poſſumus, dominis in ſeruos vitæ neciſq; poteſtatem fuiſſe, & quodcunque per ſeruum adquiritur, id domino adquiri.

COMMENTARIVS.

1 *Qui ius habeant ſeruitutis in captos.*
2 *Inter Chriſtianos an ſerui.*
3 *Mitius tractandi ſerui.*
4 *Crudelitas Romanorum in ſeruos.*

NOtat *VVeſenb. ad fin. pr. h. t.* ideo prius agi de poteſtate dominica, quia hæc ſit ſumma & antiquiſſima. Verum non propterea quia ſumma eſt & maxima & grauiſſima, priori loco de ea tractari debere infertur: cetero-quin in politicis prius de tyrannide tractandum eſſet; tum etiam, ex LL. priſcis Romanis poteſtatem parentum ſummam potius eſſe ad *tit. ſeq.* dicemus: & ibid. hoc quoq; oſtendemus falſum eſſe, quod poteſtas dominica patria ſit antiquior.

Poteſtas iuris gentium.] De hoc & ex quo iure ſint bella & ſeruitutes, ſatis egimus tit. 2. & 3. ſupra.

Apud omnes gentes peræque.] Satis fuerit apud pleraſque gentes id ita receptum, vt hoc ex iure gentium eſſe defendatur. Parthos ſeruos

uos habuiſſe teſtis eſt Iuſtinus libr. 41. & de Germanis Tacitus d. moribus German. & de vtriſque ICtus *in l. hoſtes 24 in fin. de capt. & poſtlim.* de Aſſyrijs, Syris, Arabibus *Xenophon lib. 4. παιδείας*. & apud eundem elegans & generalis locus *lib. 7. παιδείας*, vbi Cyrus maior inducitur ita loquens, quod ſit lex perpetua *νόμος ἀΐδιος* in omnibus hominibus, vt ſi hoſtium vrbs capta ſit, capientium ſint & corpora eorum qui ſunt in vrbe & pecuniæ; & apud *Plat. 1. de LL. πάντα τὰ τῶν νικωμένων ἀγαθὰ, τῶν νικώντων γίγνεται.* Omnia deuictorum bona ſunt vincentium, *Plato cenſet lib. 5. de republ.* captos
1 in bellis, quæ Græci inuicem gerunt, † in ſeruitutem deducendos non eſſe; Sed qua mouetur, ratio, magis hoc Iuſtiniani effatum confirmat, quod videlicet omnes Græci quadã inter ſe propinquitate iuncti ſint, adeoque non bella eorum, ſed ſeditiones inteſtinas appellandas. Eadem ratio eſt, ex qua autore *Nicephoro Gregora libr 4.* in bellis, quæ inter ſe tum temporis gerebant Græci, (quos ipſe Romanos appellat) Illyrij, Theſſali, Triballi, Bulgari, captis ſpolia tantum ablata, in ſeruitutem aũt abducti non fuerint: quoniam omnes tum erant Chriſtiani. Idque conuenienter Legi Dei, qui prohibuit vera ſeruitute opprimi aliquem ex gente Iſraelitarum, *Leuit. 25.* Hinc cum Flauiani milites bello ciuili Vitellij exercitu profligato Cremonam cepiſſent & diripuiſſent, captiuosque plurimos abduxiſſent, irritam, inquit *Tacit. libr. 3. hiſt.* fecit prædam militibus conſenſus Italiæ; emtionem talium mancipiorum aſpernantis; quia ſcilic. non iuſtum nec cum veris hoſtibus bellum fuerat. Hinc notant inter Chri-
2 ſtianos † hodie ſeruos non eſſe, videlicet ex Chriſtianis, nam ex Turcis v. c. capti vtique ſerui erunt, tractant de hoc *Gail. de pignorat. c. 8. Bodin. 1. de repub. c. 5. Alciat in l. hoſtes 118. de verb. ſignificat.* cuius tamen ratio, quod omnes Chriſtiani faciant populum Romanum, falſa mihi videtur; Siquidem Reges Europæ, Gallus, Anglus, Hiſpanus, ſuprema iura maieſtatis in terris ſuis habent; neque ſi hodie Turcæ aut Tartari Chriſto nomen dent, propterea Romani efficientur; & olim amplissimo Imperio Romano, etiam in Perſiano Chriſtianos fuiſſe Eccleſiaſtica hiſtoria teſtatur. Melior illa altera ratio eſt, qua vtitur Alciat. quod Chriſtiani omnes inter ſe fraternitatis quodam vinculo ſint connexi; quamuis iſta fraternitas non tollat diſtinctionem ordinum; & olim Chriſtianos Chriſtianis ſeruis vſos fuiſſe, haud dubium eſt, & in primis Epiſtola Pauli ad Philemonem facit fidem; nec omnino Deus interdixit populo ſuo mancipiis eiusdem gentis, ſed perpetuo vinculo ſeruitutis illos attineri voluit. Et ius gentium quod
† ſeruitutem introduxit humaniter, ſeruis 3
vti nos voluit, quin imo cum ius illud gentium, non nimium à iure gentium primæuo, quod naturale dici ſolet, recedere debeat, quo iure æquales ſunt omnes homines & liberi, huius communis conditionis omnes dominos meminiſſe, & ſeruos tanquam homines, inter quos & cum quibus ipſis cognatio eſt *l. 3. de iuſt. & iur.* tractare decet, quod multis locis monet Seneca, præſertim *3. de benefic. 21. & Epiſt. 41. 46. & 47.* Ex quo fit vt minus probare poſſim, ꝙ hoc §. noſtro ſcribit Iuſtinianus, apud omnes gentes ex iure gentium peræque poteſtatem vitæ & necis in ſeruos fuiſſe. Nam & ſupra monui, id ex iure gentium fas eſſe, vt hoſtis arma tenens mihique adeo mortem intentans, occidatur, ſed vt armis poſitis qui dedidit ſe, occidatur, vbi nullum amplius periculum eſt, nulla ratio permitit, & iniuriam faciunt iuri gentium, qui hoc ab eo iure eſſe ſtatuunt. Abuſus iſte eſt poteſtatis, iure gentium conceſſæ, quam ſibi malitia humana vſurpauit & ſæuitia, &
huic crimini maxime obnoxij † Romani, 4
qui ſæuiſſime ius dominij in ſeruos exercuerunt; quod ab ijs ex ratione iuris gentium ſincera factum qui crediderit, cũ rationis exſortem dixerim; Facit huc quod Tacit. ſupra citato loco ex lib. 3. hiſtor. ſcribit, milites occidiſſe captiuos ſuos, quos pro mancipiis deſtrahere non poterant, ſcil. ſæuo illo ſuo more, quem pleræque aliæ gentes damnarunt. De Parthis ſcribit *Iuſtin. libr. 4.* Seruos apud

eos pro liberis quaſi tractatur, & militaſſe, & in exercitu eorum contra Antonium amplius 40000. ſeruorum fuiſſe. Germanos quoque humaniter vſos ſeruis autor eſt, *Cornel. Tacit. de morib. German.* Idem de Hiſpanis & Græcis affirmatur teſtibus *Bodin. 1. de repub. 5.* & inprimis Athenæus li. 6 ſcribit, Athenis actionem pro iniuriis illatis ſeruo datam fuiſſe. Quo fit, vt inepti ſint qui per moderationem poteſtatis de qua in §. ſeqq. ius ciuile à iure gentium receſſiſſe dicunt, vt vulgo Interpp. decepti h. §. etenim illa in §. ſequ. non vſus qui ex iure gentium eſt. Sed abuſus moderatio eſt; adeoque fallitur Weſembec. qui poteſtatem in ſeruos qualis deſcribitur §. ſeq. non iuris gentium, ſed iuris ciuilis eſſe dicit. Longe grauius errat Mynſing. qui quam poteſtatem iure dominij in ſeruos habent domini, eam principibus Germaniæ, Marchionibus & Comitibus in ſubditos tribuit; quo nihil abſurdius eſt, aut falſius, etiamſi intelligas de poteſtate dominorum prout in §. ſeq. mitigatur; quomodo hoc accepit Weſembec. hic vbi falſo in hanc ſententiam citat *Bald. & Salic. in l. vn. C. de emendat. ſeruorum*, & falſiſſimum eſt, quod ſcribit Mynſ. validum eſſe argumentum, à iure dominij ad iuriſdictionem quoniam in illo infinitis partib. plus eſt quam in hac.

Neque contra ea quæ dixi mouet, quod *Ariſt. 8. Ethic. 12.* confert poteſtatem dominicam cum tyrannica; vel quia intelligit poteſtatem qualem de facto ſibi vſurpabant domini; vel quia ibi poteſtatem tyrannicam opponit Regiæ, à qua ſane diuerſa eſt, dominica, quippe quod illa tota ad ſubditorum vtilitatem dirigitur; Serui autem propter dominos ſunt, & nec tyranni quidem liberam poteſtatem vitæ, & necis ſibi vſurpant.

Sed hoc plus ſatis ad iſtum locum, vt intelligatur, in quo conſiſtat Dominica poteſtas & ſeruilis ſubiectio, & nimirum in ſumma, in vtilitate & commodo dominorum, non vero vt dominis quolibet modo ſeruis vti liceat.

Et quodcunque per Seruum.] Duo ſunt generales effectus poteſtatis de qua hoc & ſequ. tit. tractatur Ius coercendi ſeruum, & ius omnia per ſeruum adquirendi; qui hoc §. ponuntur. Et de hoc poſteriori agitur plenius *infr. libr. 2. per quas perſ. n. l. adq.*

TEXTVS.

3. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui ſub Imperio noſtro ſunt, licet ſine cauſa Legibus cognita in ſeruos ſuos ſupra modum ſeruire. Nam ex conſtitutione D. Antonini, qui ſine cauſa ſeruum ſuum occiderit, non minus puniri iubetur, quam ſi alienum ſeruum occiderit. Sed & maior aſperitas dominorum eiuſdem principis conſtitutione coercetur. Nam Antoninus conſultus à quibuſdam præſidibus prouinciarum de his ſeruis, qui ad ædem ſacram, vel ad ſtatuam principum confugiunt, præcepit, vt ſi intolerabilis videatur ſæuitia dominorum, cogantur ſeruos ſuos bonis conditionibus vendere vt pretium dominis daretur: & recte: expedit enim Reipublic. ne ſua re quis male vtatur. Cuius reſcripti ad Ælium Martianum miſſi verba ſunt hæc. Dominorum quidem poteſtatem in ſeruos ſuos inlibatam eſſe oportet, nec cuiquam hominum ius ſuum detrahi: Sed & dominorum intereſt, ne auxilium contra ſæuitiam vel famem vel intolerabilem iniuriam denegetur iis qui iuſte deprecantur. Ideoque cognoſce de querelis eorum, qui ex familia Iulij Sabini ad ſacram ſtatuam confugerunt, & ſi vel durius

rius

Digitized by Google

rius habitos quam æquum eſt, vel infami iniuria affectos eſſe cognouerit, venire iube, ita vt in poteſtatem domini non reuertantur. Quod ſi meæ conſtitutioni fraudem fecerit, ſciat me hoc admiſſum aduerſus ſe ſeuerius executurum.

COMMENTARIVS.

1 *Sæuitia Romm. in ſeruos.*
2 *Aſyla & eorum ius.*
3 *Impp. ſibi honores diuinos vſurparunt.*

SEd *hoc tempore.*] Ergo ante licuit in ſeruos ſupra modum ſæuire. Et ſane publice & priuatim † crudeliter habiti. Vt nihil dicam de Iuriſconſulto Silanino, ex quo occiſo domino omnes ſerui qui ſub eodem tecto fuerant, etiam quos manifeſto innocentes eſſe conſtabat, ad ſupplicium ducebantur, de quo eſt *tit. Dig. libr.* 29. cuius rei inſigne exemplum apud *Tacitum* 14. *ann.* & præfecto vrbis domi ſuæ interfecto, quadringenti ſerui, quorum, vt Tacit., non dubia innocentia erat, & quod atrocius eſt, ſine diſcrimine ſexus, aut ætatis ad ſupplicium rapti. Ne hoc dicam, quod etiam Iuriſconſulto cautum fuit, quid ſæuius aut immanius cogitari poteſt, quam in theatro frequentiſſime à magiſtratib. & priuatis etiam centum, etiam mille exhibitos gladiatores, qui oblectando populo mutuis ſe mulieribus conficerent. Myriades aliquot hominum ita aſſumptas, quod nemo ſine ſtupore & honore legat, *Lipſius* ſcribit *lib.* 2. *Saturnal.* Huic ſæuitiæ nullum modum ſtatuit Antoninus quam demum vetuit Conſtantinus.

Infinitum ſit perſequi exempla priuatæ ſæuitiæ. Vnum loci omnium eſſe poterit. Vedius Pollio ciuis Romanus & genere libertinus, murenas in piſcinis habuit, quas humana carne, ſeruorum ſcilicet ſuorum alebat, & ne quis putet grauium criminum Reus ijs obieciſſe, puerum qui caſu vas criſtallinum fregerat ei ſupplicio addixit, autores. *Dionyſ. Caſsius libr.* 54. *hiſtor.* non longe ante finem, & *Seneca libr.* 3. *de ira cap.* 40.

Ait textus hoc tempore.] Vbi duo quæruntur. 1. An tale quod demum ab Antonino fuerit conſtitutum. 2. An id poſt Antoninum quoque conſtanter fuerit obſeruatum. Quod ad prius veriſimile eſt, quod de fœneratoribus ſcribit Tacitus, eos multis legibus coerceri non potuiſſe; idem & his obtinuiſſe; vt impotentia & ſæuitia dominorum repetitis Legibus & edictis eſſet cohibenda; nam, vt Spartianus autor eſt, Hadrianus iam ante decreuerat quæſtiones aduerſus dominos qui ſine cauſa ſeruos occidiſſent. Imo *Seneca* teſtatur 3. *de benefic.* 22. Poſitum eſſe qui de iniuriis dominorum in ſeruos audiat, qui ſæuitiam & libidinem compeſcat. Itaque, (vt iam ad alterum reſpondeam) credibile eſt, ſæuitiam & libidinem dominorum perrupiſſe quoque Edictum & reſcriptum Antonini, & poſt illud quoque ſua poteſtate dominos abuſos fuiſſe, vtiq; enim non vno textu confirmatur, quod qui ſeruum promiſſum occidit, liberetur, q fieri non poſſet, niſi iure occiſus ſeruus eſſet, & tanto magis occideret iure ſeruum, quem non debet. Sunt de ea re textus in *l. qui ſeruum 96. de Verb. obligat. l. quid ergo 35. §. ſi hæres 3. de legat.* 1. Equidem fit illis locis mentio ſerui merentis, & in facinore deprehenſi; verumtamen non videbatur eſſe domini occidere ſeruum, ſed rem ad magiſtratum deferre, quod expreſſe faciendum ſcribit *Gaius 1. Inſtit. tit. 3. §. pen.* niſi iſte loc⁹ fortaſſis & vt alij ab Aniano interpolitus eſt, aut quod dd. textibus dicitur referas ad ſeruum in adulterio deprehenſum, quo caſu & liberũ occidere licet, & forte liberius ſeruum; aut ad caſum quo ſeruus conatus eſt occidere dominum, arg. *l. etſi 6. §. vlt. de ſc. ſi Can.* vbi dicitur, dominum ipſum poſſe in familiã animaduertere. Ceteroquin conuenit cũ Caio, q ſeruum proprium quoq; adulterij accuſandũ eſſe ſcribitur in *l. 5. inf. de accuſ. l. 1. §. ſi quis 3. de*

5.de offic.præf.vrb. adeo videtur etiam poſt iſtud Antonini reſcriptum obſeruatum fuiſſe; nã & iuxta hunc §.tenetur domin⁹ tum demum, Si ſeruum occiderit SINE CAVSA, poterit autem cauſę loco haberi; ſi eum in quo alio ſcelere deprehendat, ſaltem vt ignoſcatur domino, & vt extra ordinem forte & leuiter coerceatur.

Non minus puniri.] Non poteſt hoc accipi de Lege Aquilia; tum quia ex illa actione renera non irrogatur pœna, vt dicemus *infra libr.* 4. tum quia cum per hanc actionem reſtitutio damni petatur, & agat dominus, non poteſt locus eſſe actioni iſti vbi quis ſeruum proprium occidit. Et igitur intelligitur dominum teneri publico iudicio ex Lege Cornelia, & eſſe reum homicidij, iuxta *l.vn.C. de emendat.Seruor.* Certi porro iuris eſt, eum qui ſeruum alienum occidit, teneri L. Cornelia *l.inde 23. §.ſi dolo. 9. Ad L.Aquil. ſac l. 1. §. & qui 2. Ad L.Cornel de Sic.* Ergo iuxta hunc §. tenetur etiam qui proprium ſeruum occidit. Putat autem Weſemb. non improbabiliter, nõ ordinaria, ſed extraordinaria pœna dominum coercendum eſſe.

A quibuſdam præſidibus.] Videtur hoc explicari mox dum ait reſcripſiſſe M. Antoninum ad Martianum, qui in *l. 2. in princ. h. t.* dicitur fuiſſe proconſul Africę, & proinde fatendum erit nomen præſidis hic ſumi in genere, iuxta *l.1.de offic.præſid.* Ceterum in ſpecie proconſul & præſes differunt; ſed iſta differentia ſeculo Iuſtiniani, quin & ante diu, mutatis magiſtratibus nulla fuit.

Ad ædem ſacram.] Reſcriptum eſt Ethnici
2 Imperatoris: itaque † non recte de Eccleſia explicatur; ſed ſublato Paganiſmo Eccleſiæ & templa Chriſtianorum vere & ſolæ ædes ſacræ ſunt. Antiquiſſima fuerunt Aſyla, & à Deo quoque inſtituta *Num.35. Deuteronom.19.* & ea apud Romanos tribus perſonarum generibus patuiſſe, colligitur ex *Tacito 3.annal.* Complebantur, inquit templa, peſſimis ſeruitiorum, eodem ſubſidio obærati aduerſus creditores, ſuſpectique capitalium criminum receptabantur; quæ genera referuntur quoq; in *l.1.& l.præſenti 6.§.Serie 5.C.de his qui ad Eccleſ.* & de ſeruis *Pollux c.1.* περὶ ἀσύλου τόπου. ἱερὸν ὅσον τοῖς οἰκέταις ἀσφάλεια. Itaque templa pro Aſylis fuerunt; & confugiebant ad aras, & ſigna Deorum amplectebantur. Virgil. 2. Æn.

Hic Hecuba & natæ nequidquam altaria circum
Condenſæ & diuûm amplexæ ſimulacra ſedebant.

Seruorum qui hoc perfugio vſi, exempla apud Plautum. *Moſtellar. act.5.ſc.1. & in Rudente Act.2.ſcen.7.* & ſatis probat hic locus, & de ijs qui ad aſyla confugiunt, Plutarch.de ſuperſtitione ἂν ἀγάλματος λάβωνται ἢ ναοῦ θαρροῦσι. confidunt ſi ſignum apprehenderunt, aut in templum confugerint. Chriſtiani quoque Impp. idem priuilegium templis, in quibus verus Deus colitur, eſſe voluerunt, qua de re eſt tit. *Cod.de his qui ad Eccleſ.conf.* Grauiorum autem ſcelerum reos hoc præſidio ſe tueri non permittunt iura noſtra *N.17.cap.7.Nou.37.N. 117. cap.vlt §.quia vero.* Id Lege Dei conuenit, *Exod. 21.* quæ iubet homicidam abſtrahi ab altari, & eleg. Thucyd. libi 4. τῶν ἀκουσίων ἁμαρτημάτων καταφυγὴν εἶναι τοὺς βωμούς, inuoluntariorum delictorum perfugium eſſe aras; quod rurſus Legi Dei conuenit *Numer.35.& Deuter.19.* Et apud *Tacit. 3. ann.* Senator Ceſtius diſſerit, neminem in Capitolium aliaue Vrbis templa confugere, vt eo ſubſidio ad flagitia vtatur. Adde procedere hunc locum, vbi ſeruus humiliter deprecans ob ſeruitium domini confugit v.c. in ædem ſacram. Quod ſi enim eo fugiat cum armis, ſtatim extrahitur *l.4.C.de his qui ad Eccleſ.* ſi forte metuens iuſtam coercitionem domini id faciat; domino reddendus eſt, quo pertinet *l. præſenti 6. §.ſane 5. C.d.t.*

Ius Canonicum tamen quoſuis admittit *c. inter alia de immun.Eccleſ.* Vbi ſolos excipit nocturnos populatores agrorum & publicos latrones.

Ad ſtatuam principum.] Vetus iſta ſtatuarum veneratio. Meminit *Liuius lib.23.* ſtatuæ Prolomei † Regis, ad quam confugerit Decius 3
Magius Campanus. Principum Romanorum

rum ſtatuas conſecrari ſolitas, & in eas crimen maieſtatis commiſſum fuiſſe docent *l. 5. & 6. ad L. Iul. maieſt.* Itaque quod hic dicitur ſimpliciter ſtatua, mox inf. h. loco ſacra ſtatua vocatur; & principib. etiam viuentibus adhuc templa exſtructa & ſacerdotes lectos fuiſſe conſtat, de Tiberio & Auguſto eſt apud *Tacitum 4. annalium.* Chriſtiani Impp. quominus id ferrent, religio obſtitit, illi tamen non minus magnifice & tamquam de Dijs de ſe & ſenſerunt & locuti ſunt, ſua, oracula, numina, diuinos vultus, adorandam purpuram, ipſam etiam diuinitatem ſuam & talia multa partim ingeminant *l. præſenti 6. in pr. C. de his qui ad Eccl. confug. l. 3. C. de vſur. fiſcal. b. l. 2. C. de petit. bon. ſubl. l. 12. C. de annon. l. 8. C. de exactor. trib. l. 2. C. quand. & quib. quart. pars l. 2. C. de quibus mun. vel præſtationem. l. omnem 42. §. ſi autem 8. C. de Epiſc. & cler. & l. ſeq. ibid in pr. & §. 1 & 2. & l. ſanctiß. 44. in pr. & §. 3. & 4. C. eod. l. pen. & vlt. C. de hæreticis, & paſſim alibi,* Græcis & Theophilo quoq; ſolēt dici θειότατοι quæ non immerito improbat *Socrates in hiſtor. Eccleſiaſtica* & Chriſtianorum Impp. arrogantiam an imprudentiam confutant & coarguunt Ethnici. Impp. qui modeſtius de ſe ſenſerunt; & Tiberius faſtuoſus alias, noluit tamen occupationes ſuas ſacras dici, vt refert *Sueton. cap. 27.*

Sæuitia dominorum.] Mox adduntur alię duæ cauſæ, fames, quæ poteſt tamen ad ſæuitiam referri; & iniuria intolerabilis, quam mox appellat infamem iniuriam, & Iuriſconſultus in *l. 2. h. t.* impudicitiam & turpem violationem: obſcænitatem *l. 1. §. quod autem 8. de offic. præf. vrbi.* videlicet ſi ancillas proſtituant, vel ſtuprum etiam ſeruis inferant, cuius iniuriæ metus comparatur cum metu mortis, *l. ſed iſti 8. infr. quod met. cauſ.* & quā fœde abuſi ſeruis Romani, paſſim obuium eſt. Ceterum iuxta *l. ſi lenones 12. C. de epiſc. aud. & l. 6. C. de ſpectac.* ancillæ quas dominus proſtituere vult, conſequuntur libertatem. Itaq; mutatum erit hactenus ius vetus, aut cum Acc. dd. textus in ſpecie ad proſtitutionis publicæ iniuriam reſtringemus.

Cogātur vendere.] Regulariter nemo cogitur *l. inuitum C. de contr. empt.* nec iuſto quidem precio *l. non coram. 9. Rer. am.* Exceptio generalis eſt, ab vtilitate vel neceſſitate publica. In ſeruis duæ ſunt ſpeciales: altera à fauore libertatis *§. vlt. infr. de donat.* altera hic à ſæuitia domini. Alia exceptio eſt fauore religionis *l. ſi quis 12. inf. pr. de religioſ.* Simile eſt, quod ob ſæuitiam pater cogitur emācipare *l. vlt. ſi quis à par. man.*

Bonis conditionibus.] Iuſto pretio vt explicant Weſemb. & Hottom. Quod vt non improbo, ita non video, quare Hottom. improbet explicationē Theophili, quā coniunctim cum illa proponit Acc. vt ne conditiones eiuſmodi addantur, quas irati & ſæui domini adiicere ſolebant, v. t. vt exportentur Italia, vt ne manumittantur &c. quo etiam pertinet, quod in extremo dicitur, ita vendi debere, ne ad dominum reuertantur.

Expedit Reipublicæ.] Hæc eſt ratio decidendi, ob quam pręter regulam cogitur dominus rem & ſeruum ſuum vendere: vnuſquiſque quidem rei ſuæ moderator eſt & arbiter *l. in re 21. C. Mandati,* ſed Lex quæ domina eſt, modum ei arbitrio præſcribere poteſt. Eſt alias hoc certiſſimum, quod vbi res priuatorum bene & recte ſe habent, ipſa Reſpubl. melius habere intelligitur, quæ præſertim ius habet, exigentibus neceſſitatibus, vtendi rebus priuatorum, facit quod dicitur in *l. 1. §. in cauſa 20 de quæſt.* in tributis eſſe Reipubl. neruos. Et hæc ratio ſumta ab interdicto legis eſt expedita, quam probat *Iaſon in addit. ad Porc. hic.* Ceteroquin poſſe etiam re ſua abuti quem, probatur ex *l. ſed etſi 25. §. conſuluit 11. de petit. hæred.* Accedit hic conditio perſonæ, quæ vtiq; homo & natura domino æqualis eſt.

Dominorum quidem poteſtatem.] Hæc eſt ratio dubitandi, ob quam non videbatur cogendus eſſe dominus vendere, propter ius poteſtatis; nam nec princeps poteſtatem hanc habet, vt auferat res ſubditorum, niſi imperio ſuo tyrannice abuti velit, de quo alibi tractatur.

Sed & dominorum intereſt. Prior ratio diuidēdi erat, quod interſit Reipl. &c. Hæc altera

eſt, quod intereſt ipſorum dominorum; vel quia fracti malis & iniurijs ſerui aufugiunt; vel quia exacerbati ex deſperatione contra ipſos dominos ſe armant; cuiuſmodi exempla conſpirationum in dominos, refert *Bodin. 1. de Repub. c. 5.* quæ res & periculum quod à ſeruis imminet dominis, fecit vt SCto Silaniano, cuius ſupra meminimus, domino domi ſuæ interfecto, omnes ſerui occiderentur, itemque fecit locum prouerbio: Quot ſerui, tot hoſtes. Sed enim eos ſæuitia dominorum hoſtes fieri, ſcribit Seneca, & *libr. 3. de benef. cap. 21. & ſeqq.* multa exempla ſeruorum fidelium & in dominos beneficorum refert, ſed & aliqua refert *Dion. Caß. lib. 47.* Vera autem ratio decidendi inde petenda eſt, quod ſupra diximus, tam infinitam poteſtatem in ſeruos dominis ex vera ratione non competere, ſed eſſe eum poteſtatis abuſum, quem merito Lex coercet. Rectiſſime *Cicero 1. de offic.* Meminerimus, inquit, & aduerſus infimos iuſtitiam eſſe ſeruandam; eſt autē infima conditio & fortuna ſeruorum, quibus, non male præcipiunt, qui ita iubent vti, vt mercenarijs, ad operam exigendam, &c.

Qui iuſte deprecantur.] Rectiſſime vſus eſt Imp. verbo *deprecari*: Neque enim ſerui vlla actione aut accuſatione contra dominum in hoc negotio conſiſtere poſſunt; ſed tantum ipſis ſuppliciter officium nobile magiſtratus implorare, licet in eam rem eſt elegans locus in *l. 1. §. quod autem 8. de offic. præf. vrb.* ibi, *verecunde expoſtulent, &c. fac. l. cum 8. Codic. de liber. cauſa l. ſi liber 9. in fin. C. de condict. ob cauſ. d. t.*

Cognoſſe de querelis eorum.] Recte ait cognoſcendum eſſe. Neque enim temere ſeruis conquerentib. de dominis credēdum eſt. Docet locus ſup. ex *Tacito lib. 3. ann.* citatus; complebantur templa *PESSIMIS* ſeruitiorum; & paulo ante eodem libro, ſtatuis principum ſeruos quoque ad impunitatem, & in dominorum inuidiam & iniuriam abuſos eſſe docet. Incedebat, inquit, deterrimo cuique licentia, impune probra & inuidiam in bonos excitandi, arrepta imagine Cæſaris; liberti que etiam ac ſerui patrono vel domino cū voces cum manus intentarent, vltro metuebantur. itaque recte mox hoc loco ſubiicitur, *ſi cognouerit.*

Quod ſi fraudem fecerit.] Forte cum emptore colludendo, vt ſeruus ſibi reuendatur. Fraus legi fit, vbi ſeruatis verbis Legis mens eius circumuenitur, vt eſt *in l. contra 29. cum l. ſeq. D. de LL.* Poteſt etiam intelligi, ſi præuerterit cognitionem & officium magiſtratus, & ſeruos grauiter nimis tractet & ſæue. Comminatur pœnam poſtremis verbis, *Seuerius ſe executurum* & nimirum pœnam & coercitionem extraordinariam, pro qualitate fraudis admiſſæ.

Ad Titvlvm IX.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE PATRIA POTESTATE.

TEXTVS.

1. In poteſtate noſtra ſunt liberi noſtri quos ex iuſtis nuptijs procreauimus. Nuptiæ autem ſiue matrimonium, eſt viri & mulieris coniunctio, indiuiduam vitæ conſuetudinem continens.

Commentarivs.

1 *Liberi non ſunt in poteſtate matris.*
2 *Nuptiæ vnde dictæ.*
3 *Nubere non dicuntur viri.*
4 *Polygamia.*
5 *Nuptiæ quomodo conſuetudo indiuidua.*
6 *De iure diuertendi.*

Titulus & inſcriptio eſt, *De patria poteſtate.* Certū eſt iure noſtro liberos in poteſtate matrum non eſſe † qua in re labitur egregie Mynſ. qui exceptionem ponit, ſi fœmina 1

ado-

adoptet filium ex reſcripto Principis, iuxta §. fœminæ 10. inf. de adopt. neq; enim alio iure hic filius adoptiuus erit apud matrem, quam filius naturalis; neq; mater per talẽ filium adquiret. Pleriq; putant hactenus ius ciuile abire à iure naturali, quo idem ius vtriq; parenti ſit in liberos, ſed falluntur. Reuerentia quidem matri debetur etiam iure naturæ. *l. 4 de in ius voc.* & ipſe Deus iubet honorare patrem & matrem. Sed enim iſta non inferunt æqualem poteſtatem, imo nec veram poteſtatem. Et poteſtas patria ex ipſo eo iure, ex quo matrimonium eſt, deducitur. Nimirum pater & principium eſt generationis, & vt Ariſtoteles docet 1. *Polit.* 1. qui ætate & prudentia antecedit, ceteris imperat, talis autem eſt maritus, qui caput eſt familiæ, & licet diuerſa imperandi ratione, vxori, ſeruis & liberis imperat; ex cuiuſmodi familiis vici, & porro ciuitates conſtituuntur. Vnde ibid. Ariſtot. ait, regiam formam imperandi eſſe antiquiſſimam, quoniam ex familijs pluribus conſtituta ab initio fuit ciuitas, quibus familiis omnibus, hic à quo earum origo, iure quodam patris, & adeo regio (vt mox dicemus) imperabat, & elegantèr ibi Ariſtot. κώμην vocat ἀποικίαν οἰκίας, quaſi coloniam domus, quod expreſſit *Cicero* 1. *offic.* Sequuntur, inquit, fratrum coniunctiones. Item conſobrinorum, ſobrinorumq;, qui cum iam vna domo capi non poſſunt, in alias domos tamquam in colonias exeunt. Hinc igitur dicitur poteſtas patria, in qua ſunt liberi, ex iuſtis nuptiis procreati, *in pr. h. t.* quibus verbis vnam eamq; primam & naturalem cauſam poteſtatis patriæ proponit, alias autẽ quas proponit *§. vlt tit. ſeq. & t. 1. vndecimo*, non excludit.

Ait, *ex iuſtis nuptiis.*] Quoniã vt ſup. diximus ad tit. de Ingenuis, liberi extra matrimonium nati non patrem, ſed matrem ſequuntur, eoq; nec in illius poteſtate eſſe poſſunt. Notãt tamen Interpp. in *§. pen. inf. tit. 12.* caſum, quo ex iuſtis nuptijs natus non eſt in poteſtate, velut ex deportato, ſed nimirum matrimonium nõ tam ex ratione iuris ciuilis quam gentium ſuſtinetur *l. 1. C. de repud.* eoq; iure gẽtium in poteſtate quoq; eſſe quis dixerit; ſed iuris ciuilis effectus ceſſabunt.

Nuptiæ.] Vulgatum eſt † nuptias dici à nubendo vel obnubendo, eo quod nouæ ſponſæ ſolebant pudoris cauſa faciem obuelare & obnubere; hoc enim ſignificat obnubere; velut in illo triſti carmine apud *Liuium libr.* 1. caput obnubito, infelice arbore ſuſpendito. Illud enim, ſed ex longa alia cauſa damnatis, fieri ſolebat. Et hanc notationem inter alias quoque refert *Feſtus*, & probat *Varro* 4. *de Ling. Latin.* Neptunus, inquit, quod mare terras obnubit, vt nubes cælum, à quo Nuptiæ: Probat, & *Iſidor. lib.* 10. *cap.* 8. Obnubebantur autem flammeo, id eſt, quo vſa erat & vtebatur Flaminica, vxor Flaminis, boni ominis cauſa, quoniam inter illos non erat licitum diuortium, autore eodem Feſto, vnde Catullus in Epithal. *Flammeum cape.* Idque, vt velarentur nupturæ, poſt etiam apud Chriſtianos obtinuiſſe indicio eſt, quod *Ambroſ. in fin. lib. 1. de virginib.* ſcribit, de puella quæ cum à matre & propinquis vrgeretur, vt nuberet, ad ſanctum altare confugit; & inter alia hæc ad matrem. Num melius mater tu me velabis, quam altare; Nam & quæ caſtitatem Deo conſecrabant virgines, ad altare velabantur; vt ex *eod. lib.* 1. patet. 2

Hinc eſt, vt † *nubere* tantum dicatur de fœminis, non etiam de viris, niſi notæ cauſa, vt apud Martialem 8 *Epig.* 12. 3

Vxorem quare locupletem ducere nolim,
Quæritis, vxori nubere nolo meæ.

Nec aliter vſurpauit Pomponius citatus à Non. Marcello, capit. 2. in *Nubere*, cum ſcripſit. *Nupſit dotatæ vetulæ*, quo loco deceptus Marcellus, putauit, apud veteres etiam viros dictos Nubere. Tertullianum tamen, ſed ſæpe non ſatis bonum linguæ Latinæ autorem, non ſemel ita locutum reperio, *vt contra Hermogenem in pr.* Pingit licite, nubit adſidue; & *de corona militis ſub finem*, non nubimus ethnicis; & *lib. 1. ad vxorem.* Pontificem Maximum rurſum nubere nefas eſt. Nuptia-

rum verbum triplicem fere habet ſignificationem, 1. vſurpatur pro feſtiuitate & ſolemnitate, vt fere in *l. Sancimus 24. C. de nupt* 2. pro ipſa corporum coniunctione, vt apud *Apul. 7. metamorph.* ad nuptias inuitare, ſignificat inuitare ad coitum *& hoc ſenſu ap. Plaut. Ciſtell. act. 1. ſc. 1.* Hæc quidem ecaſtor, quotidie viro nubit, nupſitq; hodie, nubet mox noctu. & *Mart. 1. epig. 25.* Nolito fronti credere, nupſit heri. 3. vt hoc loco pro coniunctione animorum, quæ naſcitur ex conſenſu matrimoniali. atq; ita accipitur cum dicimus, nuptias fieri conſenſu non concubitu *l. cui fuerit l. 5. de condit. & demonſt. l. nupt. 30 d. R. Iur.* Eſtque hæc coniunctio ipſa matrimonij vera forma cuius tamen quia finis principalis eſt, procreatio ſobolis, tum etiam vitatio vagarum libidinum, tales perſonas eſſe oportet, inter quas coniunctio quoque corporum locum reperire queat. Et Ang. hic ait, quod requiratur propoſitũ hoc vt copula ſequatur Rectius videtur *Iaſon. in Addit. ad Porc.* quod non neceſſaria ſit copula ad producendum matrimonium in eſſe, ſed poſtea vtiq; ſit neceſſaria, quia in ea eſt conſummatio matrimonij, ſicut in traditione, venditionis.

Viri & mulieris.] Ergo vtriuſque ſexus; coniũctionem duarum perſonarum vnius ſexus, damnant ipſæ naturæ Leges & Dei, damnat grauiter *Plato lib. 1. & 8. de LL.* Damnant omnium gentium Leges, vtcunq; Græcis pleriſque non admodum vetitum fuiſſe colligere liceat, *ex d. lib. 1. Plat. de LL. Herod. lib. 1. Xenoph. lib. 2. Inſtitutionis Cyri & in Repub. Lacedam.* Ponitur numerus ſingularis, ad excludendam † Po-
4 lygamiam, quæ & Græcis & Romanis improbata, licet pleræque gentes ea vti, & ea Iudæis quoque permiſſa, vt videlicet vni viro plures eſſent nuptæ, (de quo & *inf. tit. ſeq. text* 7 nam apud nullam gentem hoc obſeruatum legimus, vt vna mulier plurib. nupta eſſet, quamquam de Britannica gente hoc referat Euſeb. lib. 6. præpara. Euang. Sed etenim faciles fuiſſe mulieres illas, & communibus etiam fœminas quoſdam vſas, diſcimus ex *Laonico lib. 2. & ex Cæſare li. 5. de bell. Gallico*, veras autem iſtas nuptias fuiſſe credibile non eſt; dixi de eo late *ad Treutl. de nupt.*

Indiuiduam vitæ cõſuetudinem.] Multis modis hæc verba † accipi & explicari poſſunt, 1. de 5
communi & indiuiduo omnium rerum vſu. 2. de participatione omnis fortunæ, proſperæ & aduerſæ, iuxta *l. ſi cum 22. §. ſi marit. 7. ſolut. matrim.* 3. de arctiſſima coniunctione quæ eſt inter coniuges; & ad omnes has tres ſignificationes referri poteſt, quod in *l. 1. de ritu nupt.* dicuntur nuptię conſortium omnis vitæ. Et deniq; 4. de inſeparabilitate matrimonij. Conueniens hoc erat communicationi diuini quoque iuris, vt eſt in *d. l. 1. de ritu nupt.* & apud *Halicarn. lib. 2.* mulierem factam fuiſſe κοινωνὸν χρημάτων καὶ ἱερῶν. Sacrorum ſcil. quæ priuata cuiuſq; familiæ apud Roman. erant. Hæc res efficiebat (vt mox *ibidem* Dionyſ.) συνδεσμὸν ἀνάγκας ἀδιαλύτου, vt nihil eſſet, quod tale coniugium diſſolueret, ob ſtuprum vxoris, aut ſi ſe inebriaſſet, vindictam marito permiſſam, & primis 520. annis nullum diuortium Romæ fuiſſe, primum Ceruilium vxorem dimiſiſſe ob ſterilitatem. Itaq; huic veteri iuri & mori explicatio iſta indiuiduitatis, maxime conue- 6
niens eſt. Sed poſt obtinuit † vt ex leuioribus quoq; cauſis diuortia fierent, imo etiam nullis expreſſit cauſis vxores dimitterent, quod oſtendit exemplum relatum à *Plut. in vita Æmily Pauli.* Romani cuiuſdam vxorem, pulcrã & fœcundam & pudicam dimittentis; & amicis improbantibus factum, reſpondentis, calceum quoq; quem indutus erat, bene factum videri, ſed neminem noſſe, qua parte premat pedem. Ius autem non fuiſſe viciſſim vxorib. repudiãdi maritos, & ab illis diſcedere indicio eſt querela mulieris ap. *Plaut. in Merc. act. 4. ſc. 6.*

Nam ſi vir ſcortum ducit clam vxorem ſuam,
Id ſi reſciuit vxor, impune eſt viro.
Vxor viro ſi clam domo egreſſa eſt foras,
Viro fit cauſa, exigitur matrimonio.

Sed poſtea morib. in peius ruentib. non minus vxori permiſſum fuit, repudium mittere marito; ꝙ & ex iure noſtro liquidũ eſt, & elegans eſt locus apud *Iuuen. ſat. 10.* de muliere, quæ crebro diuertendo intra quinque annos octies nupſit.

Im-

Imperat ergo viro, ſed mox hæc regna relinquit,
Permutatque domos & flammea conterit, inde
Aduolat, & ſpreti repetit veſtigia lecti:
Ornatas paulo ante fores, pendentia linquit
Vela domus, & adhuc virides in limine ramos;
Sic creſcit numerus, ſic fiunt octo mariti
Quinque per autumnos: titulo res digna ſepulchri.

Poſita hac facilitate diuertendi, imo leuitate, vix, imo nõ poterit hoc ſenſu matrimonium dici indiuidua conſuetudo vitæ; nec propoſitum nudum & votum ad hoc ſufficere poterit: quamuis vulgo hoc ſenſu explicetur, *l.1.de iur.dot.* vbi cauſa dotis dicitur eſſe perpetua; quin in tanta leuitate & licentia vix poterit propoſita perpetuum appellari matrimonium. Iſta autẽ leuitas diſplicuit merito Impp. Chriſtianis, qui tantum grauiores cauſas diuortii admiſerunt, *l.7.8.10.& 11. C. de repud.* quæ ad pauciores redactæ ſunt. *N.117.cap.8.& 9.* Theologi Proteſtantes tantum agnoſcunt iuſtas cauſas diuortii, duas, adulterium & malitioſam deſertionem. Iura Canonica nullam cauſam admittunt ex qua ipſum vinculum ſoluatur, à qua ſententia non alienus eſt *Albert. Gent. 6. de nupt. 6.* Pluribus de hoc agere inſtituti noſtri ratio non patitur. Plane ſecundum Ius Canonicum vere demum dicetur matrimonium inſeparabile & indiuiduam vitæ conſuetudinem continere; nec male tamen etiam eo iure, quæ grauiſſimæ ſaltem diuortii cauſæ admittuntur.

TEXTVS.

2. Ius autem poteſtatis, quod in liberos habemus, proprium eſt ciuium Romanorum: nulli enim alii ſunt homines, qui talem in liberos habeant poteſtatem, qualem nos habemus.

COMMENTARIVS.

QVod proxime diximus, de poteſtate patriſfam. in omnes familiæ partes, cum ait neceſſario poteſtatem patriam eſſe ex iure gentium, & ex eo ipſo iure quo matrimonium eſt, quod procul dubio antiquius eſt bello & ſeruitutibus; itaque errat VVeſenb. qui *ad tit. praced.* ideo prius de poteſtate dominica ſcripſiſſe ait Iuſtinianum, quod hæc ſit antiquiſſima. Illud quidem recte ad mentem Iuſtiniani dictum videtur, qui non obſcure ita opponit poteſtatem dominicam & patriam, quod illa ſit à iure gentium, hoc à iure ciuili. Docet id collatio vtriuſque loci *h.& praced.tit.* Ait enim in *§.1. tit. præc.* poteſtatem dominicum eſſe iuris gentium, quia omnes gentes ea poteſtate in ſeruos vtantur; hoc autem §. ait poteſtatem patriam eſſe propriam ciuium Romanorum; idque ita accepit Theophil. hic, qui vtrumque locum quaſi coniungit, & ait ius hoc poteſtatis eſſe proprium Romanorum, poteſtatem autem in ſeruos eſſe iuris gentium. Vt non immerito Tribonianus hoc nomine reprehenſus videatur à *Bodino 1. de repub. 4.* nec ſatis ex eo excuſetur, quod plerique Iuſtinianum de qualitate poteſtatis patriæ exaudiunt, etenim apparet, vt dixi, à Iuſtiniano has duas poteſtates ita à cauſa efficiente diſtingui. Ceteroquin illa excuſatio in ſe ſatis commoda eſt, cui nec obſtat quod Bodinus affert, Gallos in liberos ſuos vitæ & necis habere poteſtatem, ex *Caſare lib.7 de bell. Gallico* non etiam quod *Ariſtot. 8. Ethic. 12.* de Perſis atteſtatur, apud eos poteſtatem in liberos vt in ſeruos eſſe tyrannicam. Nam præterquam quod ad quantitatem id pertinet, non ad qualitatem, inſuper non potuit nec debuit Iuſtin. reſpicere ad inſtituta quorundam populorum, vnius aut alterius; à quibus poteſtatem ſuam Romanos non accepiſſe certum eſt, ſed confertur poteſtas quam Romani habent, cum poteſtate, quæ ex ipſo iure gentium parentibus competit. Et eſt iſta expedita & veriſſima excuſatio Iuſtiniani contra reprehenſionem Bodini. Et Romani ſcil. nihil aut parum addiderunt poteſtati, quam ex iure gentium domini in ſeruos habent, iure belli; ſed plurimum differt poteſtas Romana patria, ab ea poteſtate, quã gentes in liberos habent, vtique ex iure gentium habere debent; & eo reſpectu recte po-

teſtas patria & dominica inter ſe opponuntur, & dum Iuſtin. negat alios populos talem in liberos habere poteſtatem, hoc ipſo innuit, eos habere poteſtatem; & in *pr.* §. non ait, ius hoc poteſtatis eſſe proprium ciuium Rom. ſed cum reſtrictione *ius poteſtatis quod in liberos habemus*. Nam vt cepimus dicere *ad pr. huius tit.* poteſtas patria ex ratione iuris gentium deſcendit, ex eo fundamento, quod maritus eſt caput familiæ, adeoque dominatur & poteſtatem habet in omnes familiæ partes. Hinc poteſtas in liberos, ſed qualitatem poteſtatis docet Ariſtoteles tum *d. lib. 1. Polit. 8.* vbi ait genus poteſtatis in liberos eſſe βασιλικὴν regium; tum 8. *Ethic.* 12. ἡ πατρὸς, inquit, πρὸς τοὺς υἱοὺς κοινωνία, βασιλείας ἔχει σχῆμα. Rationem eius rei elegantem reddit vtrobique, *& d. cap. 8. li. 1. Polit.* τὸ γὰρ γεννῆσαν κατὰ φιλίαν ἄρχον ἐστι, *& d. cap. 12.* τῶν τέκνων γὰρ τῷ πατρὶ μέλει pater curam gerit liberorum. Nimirum Rex imperat ſubditis volentibus per amorem: amat ſubditos & eorum curam gerit, & ad eorum commodum & vtilitatem rempub. gubernat. Vnde & ab Homero Iupiter pater hominum & Deorum, & Principes & Reges patres & paſtores populorum vocantur. Ita & pater liberos ex ſe editos amat & eorum curam gerit. Quæ ſolidiſſima ratio conuincit, nimiam poteſtatem in liberos à vera ratione & ab ipſo iure gentium abire & abhorrere. Et proinde forte rectius Græci Legumlatores modicam dederunt parentibus poteſtatem, vtcunque eos hac in re improbet *Dionyſ. Halicarn. lib. 2.* quod ſolum permiſerint liberos domo pellere & exheredare: quæ erat abdicatio, dicta ἀποκήρυξις, vt eſt in *l. 6. C. de pat. pot.* vbi Impp. eam negant moribus Romanis aut LL. probari. Simile quid tamen eſt apud *Valer. Max. lib. 5. cap. 8.* vbi Torquatus cognita cauſa ita contra filium ſuum pronunciat. Cum filium meum pecunias à ſociis accepiſſe mihi probatum ſit, & rep. eum (alii malunt RE) & domo mea indignum iudico, protinusque è conſpectu meo abire iubeo; & verbum *Abdicare* explicat *Nonius cap. 6.* de patris facto dici, cum filium abjicit familia: & *Quintil. 7. Inſt. 5.* formas abdicationum refert: aut an hoc ex republ. Græcorum, vt declamatores ſæpe ficta argumenta tractare ſolebant; ſed vt redeam, vnde digreſſus ſum, amplius omni rationi repugnat, vt eadem ſit poteſtas & maior parentum in liberos, quã dominorum in ſeruos, inter quos nulla eſt amicitia, & quos tantum noſtræ vtilitatis cauſa paramus, & quos hodie poſſidemus, cras in alios diſtrahimus. Quod longiſſime abeſt ab amore quem natura ipſa parentibus erga liberos inſtillauit, & arctiſſimo vinculo copulauit; quin nec conuenit ei, quod votum naturale parentum eſſe ipſæ Romanæ Leges, & alij autores perhibent, vt liberi ſint ſuperſtites parentibus, *l. nam & ii. de inoffic. teſtam. l. ſcripto 7. inf. vnde liberi.* Author eſt *Cicero 2. de nat. Deor.* hinc dictos ſuperſtitioſos, qui totos dies precabantur & immolabant, vt liberi ſibi ſuperſtites eſſent. Hinc apud *Tacit. 16. ann.* precati vt relinquerent ſuos ſuperſtites. Et *Senec. conſolo. ad Mar. cap. 10.* quos nobis ſuperſtites naſcendi Lege optamus, de quo & *inf. ad §. 1. de inoffi. teſtam.* Iidem Romani filium ipſo iure hæredem patri & quaſi adhuc viuo patre dominum omnium bonorum eſſe cenſuerunt *l. in liberis 11. inf. de liber. & poſth.* Nego cum his conuenire immenſam illam poteſtatem, quam patri in liberos Romulus dedit; nego cum ratione & iure gentium conuenire. Nec hilum mouet, quod Bodinus tantum eſſe parentum in liberos amorem eſſe ſcribit, vt patrem ſua poteſtate abuſurum credibile non ſit. Etenim ille ipſe amor tantus in liberos natura inſitus, auerſatur tyrannicam poteſtatem; nec ego diſputo an pater forte poteſtate ſua abutatur necne, ſed tantum poteſtatem patri ob rationes iam dictas, concedendam eſſe, & fuiſſe nego. Et videamus autem breuiter, quam poteſtatem Romulus patri dederit, quam etiam pene 300. annis poſt Decemviri confirmauerunt. Non aliunde id rectius & certius cognoſcere poſſumus, quam ex *Dionyſ. Halicarn. libr. 2. antiquit. Rom.* vbi in ſumma ſcribit, patri per Romulum OMNEM conceſ-

ſam

ſam poteſtatem in liberos, idque toto vitæ tempore, ita vt eos in carcerem detrudere, flagris cædere, vinctum ablegare ad ruſtica opera, necare etiam ad poſtremum liceat, etiamſi filius tractet Rempub. etiamſi magiſtratus geſſerit, imo etiamſi adhuc gerat, eaque poteſtate ſæpe patres vſos in filios magiſtratu abutentes, ibidem ſcribit. Dubito tamen an licuerit hoc in Tribunos plebis, qui ſacroſancti. An quia viciſſim ſancta patria poteſtas, filiifam. non potuerunt creari Tribuni plebis? Suadet quod apud Liuium extat, Tribunum plebis non poſſe eſſe, cuius pater ab hoſtibus captus eſſet; videlicet propter ius poſtliminii, de quo infr. tit. 12. Et mox hoc quoque conceſſum patri ait, vt tertia venditione filii pecuniam ſibi quærere poſſit, maiori conceſſa poteſtate in filium quam domino in ſeruum, qui vna venditione à poteſtate domini eximitur; cum filius etiam bis venditus, bis à domino manumiſſus in patris poteſtatem redeat, hoc ius poteſtatis LL. 12. Tabb. repetitum ibid. affirmat. Et cur igitur in *l. patre 8. de his qui ſunt ſui &c.* Ius poteſtatis dicitur moribus receptum? an forte reſpectu quorundam effectuum, velut ſubſtitutionis, *l. 2. in pr. de ſubſtit.* an quia ius hoc poteſtatis vtique origine & forma eſſentiali eſt à iure gentium; cuiuſmodi quæ ſunt non raro à moribus eſſe dicuntur. *arg. l. vlt. de ritu nupt.* an quæ à primis Vrbis cunabulis recepta, propter antiquitatem ad mores retulerunt? quod præſertim exactis Regibus quæ ab illis ſancita fuerunt, illis accepta referri viſum non fuit. Eodem ſenſu videtur dici ius poteſtatis conſenſu receptum *in fin. pr. infr. de adquir. per adrog.* Et de iure necis ſuppetunt & teſtimonia in iure noſtro in *l. in ſuis 11. de lib. & poſt. in fi.* Sed quo ad ius vendendi contradicit *l. vlt. C. de pat. pot.* vbi Imp. Conſtantinus, licuiſſe olim patri filium occidere ait ſed libertatem eripere non licuiſſe. Fortaſſe citius ius vendendi ademptum patribus fuit, quam ius vitæ & necis; & filios à parentibus necatos quoſdam legimus, venditos vix legimus. Vt dicamus quod quidam conantur, plus credendum eſſe Conſtantino, quam Græculo homini, mihi probari non poteſt; cum autor iſte ſit accuratus indagator antiquitatum Romanarum, qui inſuper ibi refert Legem Numæ, ex qua pater non poterat amplius vendere filium poſtquam hic conſenſu eius vxorem duxiſſet. Et conuincit ratio ſolida, quod cum vetus illa duritia diſplicuiſſet, imago tamen manſit, in emancipationibus filiorum, vt terna venditione in imaginariam ſeruitutem deducerentur. *l. 3. d. cap. min.* de quo dicemus *infr. tit.* 12. quod aliunde natum eſſe non potuit, quam ab antiquo iure vendendi filium; Sed contrahenda vela ſunt. Dico iſtam poteſtatem ſummam parentibus dari non debuiſſe, & eam pluſquam tyrannicam & dominicã eſſe. Eoq; etiã merito ſiue LL. ſiue moribus ſenſim abrogata eſt, & ſc. in *d. l. 11. de lib. & poſt.* verba, *quos & occidere licebat*, oſtendunt tum non amplius licuiſſe; & ius adquirendi per filium, quam mutatum & imminutum fuerit, dicemus *infr. per quas perſ. adquir.* Et recte *l. vn. C. de emendat. propinq.* Senioribus ius coercendi iuniores propinquos iure patrio permittitur; Si grauius delictum atrociorẽ pœnam exigat, ad magiſtratum deferendam rem eſſe; & ipſa Lex Dei vult deduci filium inobedientẽ ad magiſtratum, vt eius autoritate pœna infligatur, & ſimul cauſa cognoſcatur; neque enim alias magiſtratum adire neceſſe eſſet, olim autem moribus Romanis patrẽ; priuatim de filio, vel etiam adhibitis propinquis cognoſcere potuiſſe, multa exempla oſtendunt, quorum quædam exſtant apud *Valer. lib. 5. cap. 8. Liu. lib. 2. Cic 1. de finib. & Senec. 1. de Clement.* Id autem poſt non amplius permiſſum. Itaque Bodinus fruſtra eſt, dum *1. de repub.* 4. poteſtatẽ vitæ & necis, pernicioſo, vt ait exemplo, patrib. ademptã, reſtituendã ius contendit, ſed ineptis plane rationibus. Et imo nulli priuato, talis poteſtas concedenda eſt, ſed magiſtratui, qui huic fini conſtitutus eſt, vt delicta coerceat, quid ni enim & matri alias talis poteſtas permittatur. Sed iſta ſufficiant, de iſto effectu, qui eſt in coercendo. De altero

qui

qui eſt in eo vt pater adquirat per filium, agitur *in f. lib. 2. tit. 9.* vbi dicemus de iis quæ hic tractat gl.

TEXTVS.

2. Qui igitur ex te & vxore tua naſcitur, in tua poteſtate eſt. Item qui ex filio tuo, & vxore eius naſcitur, id eſt, nepos tuus & neptis, æque in tua ſunt poteſtate: & pronepos & proneptis & deinceps ceteri. Qui autem ex filia tua naſcuntur, in poteſtate tua non ſunt, ſed in patris eorum.

COMMENTARIVS.

RES iſta perſpicua eſt, nec multis verbis opus. Vnus in poteſtate duplici eiuſdem generis eſſe non poteſt; nec qui in poteſtate eſt, alium eodem genere poteſtatis ſubiectum habere poteſt; quo pertinet *l. ſi eueniet 21. ad L. Iul. de adulter.* Hinc enim eſt, vt nepos non ſit in poteſtate patris, qui ipſe adhuc patrem habet, cui ſubiectus ipſe eſt. Et hoc conuenit etiam rationi iuris gentium, de qua ante egimus, quod omnes qui ſunt eiuſdem familiæ, id eſt, in vna quaſi domo, ſunt ſubiecti capiti familiæ, qui eſt v. c. auus. Atque hinc eſt, quod emancipato filio, eius liberi manent in poteſtate aui §. *admonendi 7. infr. quib. mod. ius pat. pot. ſolu.* Effectus huius rei eſt, vt nepos non adquirat patri ſuo, ſed auo; niſi quis dicat, immediate quidem patri, & per hunc recta rurſus auo adquiri: nam poteſtas in filio ineſt potentia quadam, cuius actus propter ſuperſtitem auum inhibetur, ceteroquin hoc mortuo, non poſſent eius nepotes eſſe in poteſtate patris ſui, quod contra eſt, *in pr. infr. d. t. 12.* Plane pater liberos leuiter caſtigare poterit, ſed (quod poteſtatis propriũ ius eſt) de delictis eorum cognoſcere & ſententiam in eos ferre, ex veteris iuris ratione, non poterit, quamdiu auus ſuperſtes eſt. Vnde eſt quod ius occidendi, adulterum in filia deprehenſum non habet, nec ius occidendi filiam. *d. l. 21 de adulter.*

Qui igitur ex TE.] Eſt deſcriptio filii iuxta *l. filium 6. de his qui ſunt ſui iur.* & quod mox adiicit, *in verſ. Item qui*, aperte docet, loqui pr. de eo qui patrem ſupra ſe non habet, vt nihil neceſſum fuiſſet à Mynſ. hanc limitationem adſcribi.

Qui autem ex filia.] Fœminæ nubentes egrediuntur familiam patris ſui, & fiunt pars familiæ mariti, vel patris eius, eoq; liberi ex his nati in familia & poteſtate aui materni eſſe non poſſunt. *l. familia 196. de verb. ſign.* quæ certa etiam iuris gentium ratio eſt; ad quam ſane perinepta ſunt, quæ hic pro rationibus dubitandi mouet Hottom. quod fœmina quę eſt in poteſtate patris videatur eſſe ſolum alienum; vt proinde ſementis in eo ſolo facta, aut patris eius tota, aut ſaltem communis eſſe debeat; ineptæ quoque reſponſiones, quod maritus habeat vſumfructum vxoris, & quod mariti ſemen ſolum ſufficiat ad generationem. Equidem ſi hoc attendamus, qui ſemina in alienum agrum ſparſit, quę terra tantum fouet & producit, erit dominus frumenti; quod falſum eſt, ſed omnino vtcunque conſideremus ius vetus poteſtatis in liberos, tamen inepte hæc diſputantur, & naturalis ratio adquirendi per acceſſionem ex rebus ſuis huc male transfertur; quia non agitur de adquirenda re aliqua per facturam & ſimplici iure dominii, ſed de adquirendo hærede bonorum & ſacrorum, & familiæ. Neque propter ius poteſtatis Romanum, ſublata eſt ratio iuris gẽtium, ex qua natus ex coniugio eſt in familia patris, qui familiæ caput eſt, ex quo in *l. 19. & 26. de ſtat. hom.* hæc Lex naturæ ſeu potius iuris gentium eſſe dicitur, vt natus ex iuſto coniugio ſequatur patrem. Quę ratio procedit, etiamſi filia maneat in poteſtate patris, quam etiam hactenus laxare cenſetur pater, dum filiam ipſe alteri in matrimonium ſecundum Leges elocat. Hæc ſcil. videtur mutuatus Hottom. ex *Cann. a 1 tit. de coniug. ſeru. & tit. ſeq.* Iure enim Can. etiam cum ſeruis eſt connubium, & nihilominus ſi ſerua nupta ſit libero, partus, ſequitur ventum, vt notari *infr. tit. ſeq. §. Illud 10. in fi.* An autem aliquo modo nubendi filia exeat

exeat de poteſtate patris, videbimus *inf. tit.* 12. Illa porro quoque mihi diſputatio videtur inepta, quam hic mouet Hottom. an liberi nati ex vxore, quæ non conuenit in manum, ſint in poteſtate patris. Equidem ſufficit coniugem eſſe, licet non omnes effectus coniugii ſpecialiter contracti habeat, vt liberi ſint in poteſtate & familia; & dicemus aliquid de hoc tit. ſeq.

AD TITVLVM X.

LIBRI PRIMI INſtitutionum, DE NVPTIIS.

TEXTVS.

1. Iuſtas autem nuptias inter ſe ciues Romani contrahunt, qui ſecundum præcepta Legum coeunt, maſculi quidem puberes, fœminæ autem viripotentes: ſiue patresfamiliarum ſint, ſiue filiifam. ſint: dum tamen ſi filiifamiliarum ſint, conſenſum habeant parentum, quorum in poteſtate ſunt: nam hoc fieri debere, & ciuilis & naturalis ratio ſuadet, in tantum vt iuſſus parentis præcedere debeat.

COMMENTARIVS.

1 *Iuſta nuptiæ quæ, & n.* 3.
2 *Error Triboniani.*
4 *Iniuſta vxor quæ & n.* 6.
5 *Modi nuptias contrahendi.*
7 *Ætas contrahentium.*
8 *Emancipatæ an opus conſenſu parentum.*
9 *Quid ſi nepos vxorem ducat.*
10 *Et quid ex iure gentium.*

Vix vllus textus eſt magis prægnans, & qui paucioribus verbis plures res & materias contineat. Ideoque hic paululum pedem figemus & immorabimur; nec pigebit tyrones iuris hic didiciſſe, quæ ad plura cognoſcenda ſternant viam. Illud inprimis hic notandum; non eſſe propoſitum Iuſtiniano, totam iſtam materiam hic tractare, ſed fere quatenus nuptiæ ſunt cauſa patriæ poteſtatis; nos tamen paulo latius hæc exequemur. Ait

Iuſtas nuptias.] Iuſtum † puto hic ſignificare, quod legitimum, iure videlicet Romano. 1
Nemini enim dubium eſſe poteſt, quod matrimonium ſit iuris gentium, & vt ſacræ Paginæ teſtantur, eius iuris, quod cum ipſo humano genere cepit; & vix vllæ fuerunt tam barbaræ gentes, apud quas non fuerint matrimonia & coniugia, & ea quidem diſtincta à vagis concubitibus & ſtupris; nec dubitaui ego vnquam, quin penitus falſum † ſit, quod Iuſtinianus ſcribit 2
in *N.* 89. *cap.* 1. natura omnes liberos eſſe æquales, & ead. *N. c.* 9. ante leges ſcriptas nullam inter legitimam & aliam ſobolem differentiam fuiſſe; quod etiam repetit *N.* 74. *cap.* 1. hoc inquam, falſum eſt, ea omnibus imo gentibus, ſicut matrimonium fuit, ita etiam iuſta ex matrimonio proles. Sed ſingulæ gentes, quæ ex iure communi gentium hauſerunt, ſibi quodammodo propria fecerunt argum. *l. ius ciuil.* 6. *de iuſt. & iur.* & ciuibus ſuis quoque proprios tantùm voluerunt eſſe effectus & propria iura, quę illis ſpeciatim conformatis attribuerunt; Scilicet ſucceſſiones inteſtatorum iuris gentiũ ſunt, ſed Legibus Romanis & in Romana Repub. nemo ſuccedit, aut vlli ſucceditur, niſi qui eſt ciuis Rom. Ad hunc modum ciuium tantum Romanorum iuſtæ ſunt nuptiæ, quo ad effectus qui Legibus Romanis, ſunt attributi: nuptiis in vxores, in liberos inde natos &c. Verbum iuſti pluribus alias rebus pro epitheto adiicitur. Dicitur † iuſta ſeruitus, vt notatum *ſup. ad fin. tit.* 4. *& pr. tit.* 5. Iuſta libertas; & alia iniuſta, quæ non facit ciuem Romanum, vt d. tit. 5. & propius ad rem noſtram, dicitur † iniuſta vxor, in *l. ſi vxor* 13. §. 1. *Ad L. Iul. de adult.* quod de illa explicat Cuia.. 6. obſ. 6.

6. obſ. 16. quæ non ſolenniter accepta eſt aqua & igni. Quod vt intelligant tyrones, paucis quibus modis apud veteres Romanos contrahebantur nuptiæ, explicandum eſt; quod & ad iuris noſtri, & antiquitatis cognitionem
5 vtile eſt. Tres modi † referuntur à *Boetio comm. 2. in Topic. Cicer.* vſu, farre, & coemptione; vſu, cum mulier ſine aliqua ſolemnitate affectione tamen coniugali ducta, per vſum anni iuſta vxor efficiebatur, coemptione; cum imaginaria venditione interueniente, mulier in manum viri conueniebat. Farre vbi ſacris factis & adhibito farre nuptiæ coibant. Sed verius & accuratius dicitur, tantum duos fuiſſe modos, vſum & coemptionem: confarreationem fuiſſe ſpecialem ſolemnitatem adhibitam in matrimonio Pontificum & Flaminum, vt colligitur ex *Tacito lib. 4. annal.* Quod ſi ita eſt, oportet hunc modum poſtea Pontificum & Flaminum proprium factum eſſe: nam initio per confarreationem omnia matrimonia contracta fuiſſe diſerte ſcribit *Dionyſ. Halicarn. lib. 2. antiquit. Rom.* Effectus iſtius diuerſitatis non pauci, nec exigui erant. Nam quæ in manum conuenerat, ea materfamilias, ceteroquin tantum matrona dicebatur, *Gellius lib. 18. cap. 6.* Itemque illa in manu & poteſtate mariti & ei loco filiæ, & hæres vel in ſolidum, ſi nulli eſſent liberi, vel in æquas partes cum liberis hæres erat; ſicut ex aduerſo omnia bona mulieris quæ ita nubebat, dotis loco mariti fiebant; quod diſerte ſcribunt *Boet. d. comm. 2. in Topic. Cic. Dionyſ. Halic. d. li. 2. & ipſe Cicer. in Topicis*, cum mulier, inquit, in viri manum conuenit, omnia quæ vxoris fuerunt, viri fiunt, dotis nomine. *Seruius in lib. 4. Æneid.* ad illa verba:

--- dominum Ænean in regna recepit.

Eſt hoc, inquit, de iure, quaſi per coemptionem: coemptio vero certis ſolemnitatibus peragebatur apud priſcos, & ſeſe coemendo inuicem vir & vxor interrogabant. Itaque mulier in viri manum conueniebat, & erat mulier materfamilias viro loco filiæ. Eodem iure non quidem initio erat, ſed poſtea eſſe incipiebat vxor, quæ ſimpliciter ducta, ſed anno continuo (qui erat modus acquirendi iuris Quiritium) vſucapta erat à viro. Docet *Cicero pro Valerio Flacco.* In manum, inquit, conuenit, nunc audio, ſed quæro, vtrum vſu an coemptione. Quoniam autem conuentionem in manum ſequebatur, vt mulier & tutela liberaretur, & ex poteſtate patris exiret, ideo interrumpendæ vſucapioni, ex LL. XII. Tabb. introductum fuit, vt ſi mulier trimeſtri abfuiſſet à viro ante annum completum, vſucapio interrupta eſſet, quod diſcimus ex *Gellio lib. 3. cap. 2. Macrob. lib. 1. Saturn. cap. 3.* Hæc ita antiquitus obtinuerunt, ſed poſtea in deſuetudinem abiere, nec iam amplius temporib. ICtorum noſtrorum obtinuiſſe indicio eſt, & quod vix vllum horum ſupereſt iure noſtro veſtigium: & magis, quod imo cum iſtis, iam relatis, quæ iure noſtro tradita ſunt, conſiſtere non poſſunt. Nam iure noſtro indiſtincte traditum eſt, filiam nuptam manere in poteſtate patris, de quo agemus *in fin. tit. 12.* nec minus inauditum iure noſtro eſt, vxores cum liberis, aut his non exiſtentibus, ante agnatos & cognatos ſuccedere, de quo *infr. lib. 3.* tum denique citra expreſſam conſtitutionem bona omnia doti non eſſe iure noſtro expeditum eſt. Et cum dici non poſſit, quod infinita loca iuris immutauerit Tribonianus, fatendum erit, veterem morem contrahendi nuptias paulatim in vſu eſſe deſiiſſe; facit quod *Tacitus* ſcribit *lib. 4.* confarreationem in vſu eſſe deſiiſſe, quoniam parentes nolebant filias nuptas ex iure patrio exire. Deſuetis itaque priſcis ritibus dicemus ſimplicem contrahendi matrimonii modum receptū fuiſſe, per ſimplicem conſenſum, addita tamen non raro ſolemni deductione in domum, cuius frequenter in iure noſtro mentio, aut ſi hæc deeſſet, (quę ſane & poſt eſſe deſiit, & tempore vtique Iuſtiniani nulla fuit) teſtatione vxorem duci liberorum quærendorum cauſa, vt differret à concubina; huiuſmodi enim teſtatio in nuptiis ſolemniter contractis neceſ-

ſaria

ſtria non fuit. Firmat hoc *l. ſi vicinis 9. & l. ſi donationum 22. C. de nupt.* in quibus nulla eſſet ratio dubitandi, ſi illis ſolemnitatibus etiamnum opus fuiſſet. Vt redeamus ex diuerticu-
6 lo in viam, & ad id quod de † iniuſta vxore dicebamus ex *l. 13. §. 1. de adult.* ſiquidem ſolemnitates illæ & differentiæ nubendi per vſum & conuentionem iam tum ſublatæ erant, difficile eſt, intelligere ibi vxorem, quę non conuenit in manum. Succurrebat & alia explicatio, Connubii & alia iura ita erant antiquitus ciuium Rom. propria, vt muris vrbis Romæ fere continerentur, niſi quibus ſpeciali beneficio ciuitas data erat, quam nec Latini nec alii populi Latii tum habuerunt, de quo late agit *Sigon. lib. 1. de antiquo iure Italiæ.* Itaque ſi quis Romanus duxiſſet vxorem ex Latio, ea iuſta vxor non erat. Sed iſta explicatio ad d. l. 13. ideo accommodari non poteſt, quod longe ante tempora Vlpiani Italiæ toti ius ciuitatis Rom. datum erat, de quo Sigon. d. loco: quod poſt conſtitutione Antonini omnibus ſubditis datum eſt *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* vt nec de prouinciali in vxorem ducta explicari poſſit *d. l. 13. §. 1. de adulter.* Et fortaſſis rectior eſt explicatio *Cuiacii 3. obſ. 5.* vt intelligatur quæ ducta eſt ſine conſenſu patris; cum qua conuenit explicatio poſtrema Accurſii in d. l. 13. quæ iure vxor eſſe non poteſt, vxoris tamen animo & affectu habetur; qui affectus facit, vt ſecundum quid pro vxore habeatur, maxime quo ad ius accuſandi eam adulterii, licet ſimpliciter vxor non ſit, iuxta *§. ſi aduerſus 12. infr. h. t.* Sed & extra caſum *d. §. 12.* poteſt poni quæ iure vxor non ſit, & ita iniuſta vxor, v. c. ſi miles Germanam aut Parthicam fœminam ſibi vxoris loco iunxerit; cum hac enim quæ peregrina eſt, ius connubii non eſt, Item & amplius, ſi ciuis Romanus pro vxore ſibi aſſumit Latinam (ſcil. libertam) illa iniuſta vxor erit, quod diſerte ſcribit *Vlp. tit. 7. de his qui in pot. ſunt. §. ex ciue 9.* Idque accommodatum plane exemplum eſt ad *dict. leg. 13. de adulter.*

Ciues Romani.] Diximus matrimonium eſſe iuris gentium, ſed formam propriam & effectus proprios eius rei, & coniunctionis huius apud varias gentes fuiſſe & eſſe. Itaque etiam hactenus inter ciues Romanos tantum iuſtæ nuptiæ ſunt. Ita apud Athenienſes ſolum ius ciuitatis habuit, qui ex duobus ciuibus Athenienſibus natus eſſet, vt apparet ex oratione *Demoſthenis in Neoram.* (ſiue ipſius ſiue alterius eſt) & in *appellatione aduerſus Eubuliden*, quam Legem à Pericle primum latam autor eſt *in eius vita* Plutarchus. Ante enim & ex LL. Solonis etiam nothos (id eſt ex altera ciue altera peregrina natos) in ciues allectos fuiſſe ſcribit *Sigonius de Repub. Athen. lib. 2. cap. 2.*

Secundum præcepta Legum.] Quid hæ præcipiunt, ſequentia huius tituli oſtendunt.

Maſculi puberes.] Cur fœminæ citius pubeſcant, † & ex quo æſtimetur pubertas, 7
dicemus *infra tit. quibus modis tutela finitur.* Eſt autem hoc primum præceptum, de ætate vt ſint puberes, de fœminis, id ſignanter expreſſit Theoph. [illegible] cum impuberibus nuptias non eſſe probant textus in *l. 4. de ritu nupt. l. hæc cont. 10. de cond. & dem. l. pen. Quand. dies leg. l. dotis 68. de iur. dot.* Voluerunt Romani ea ætate, qua natura dat habilitatem generandi, matrimonium permittere ciuibus ſuis, ne illicitis & vagis concubitibus indulgerent, quod præſertim perpetuis bellis multis hominibus, & ſobole ſemper ſubnaſcente indigerent: & corpora minus firma exercitatione durari poſſunt.

Hinc varia olim præmia patribus & maritis, contra pœnæ quædam & notæ cœlibibus & orbis datæ & irrogatæ, quæ diſtinctim proponit *Lipſ. in comm. ad libr. 3. Taciti.* Et ex iam dd. rationibus non difficulter remouentur, quæ diſputat *Ariſtoteles 7. Politic. 16.* vbi vult maſculos demum coniungi circa annum 36. à quo non longe diuerſus *Plato 5. de repub. & 6. de Legib.* triceſimum annum maſculis præſcribit. Et longe ; lu-

ra incommoda habet hæc ſententia, quam illa; & reuerentiam liberorum erga parentes, Legibus ſeueris ſanxerunt Romani; qua ratione tollitur præcipuum incommodum, quod Ariſt. mouet, parentibus ætate iunioribus, à liberis non ita multum ætate diſparibus debitum honorem & obſequium non præſtari. Ab hac ætate porro quouſque liceat vxorem ducere, nullus hodie terminus eſt; & capiti Legis Iuliæ ſiue potius Papiæ Poppæę, (ſiue hoc Tiberius addidit, vt colligitur ex *Suetonio in Tiber. cap. 23.*) quæ, vt loquitur *Seneca in ludo de morte Claudii Cæſaris.* Sexagenariis fibulam impoſuerat, iam olim Claudius derogauit, vt *d. loco* refert Sueton. & colligitur ex *Vlpian. tit. 16.* nec dubio illud quoque caput de quinquagenaria fœmina, cuius eodem loco meminit Vlp. hodie ceſſat; nec enim tantum procreationem liberorum, ſed etiam alios fines nuptiæ habent. Porro iure Can. conſtat, ætatem nubilem nō æſtimari ex annorum certo numero, ſed ex poteſtate coeundi; vtique ſi malitia ſuppleat ætatem, etenim cum impubere, & qui 12. vel 14. annum necdum attigit, erunt nuptiæ.

Conſenſum habeant parentum. Scilicet filiifam. de quibus loquitur Iuſtin. Nam emancipati legitimas & iuſtas nuptias ſine conſenſu parentum contrahunt, quod tamen pene
8 ſecus videatur in fœminis † emancipatis, per *l. vidua. 18. & l. in coniunct. 20. C. de nuptiis.* Et moribus Rom. illud ius patris erat, vt ſuo iure nec conſultam filiam quæ in poteſtate erat, deſpondere poſſet; cuius rei & in Comicis & in Hiſtoriis extant exempla, nec obſcure confirmat *l. ſed quæ 12. §. 1. de ritu nupt.* Et itaque emancipatis filiabus id ſaltem conceſſum videtur, vt pater niſi explorata prius earum voluntate eas ne deſponderet, quod videtur omnino velle *d. l. 20. C. h. t.* quamuis communius putent, id non tam eſſe neceſſitatis quam honeſtatis; alii hæc tantum requiri putant, vt exploret filia conſenſum patris, quem tamen omnino ſequi neceſſe non habeat, & ſane in *l. 18. C. de nupt.* poteſt emancipata repugnare conſenſui patris, & iudex debet potius mulieris ſententiam ſequi, plane liberum arbitrium emancipatarum non eſſe ſatis inde apparet, quod alias neceſſum non eſſet diſſentiente patre authoritatem magiſtratus interponi. Requiritur iuxta hunc textum conſenſus parentum, in quorum ſunt poteſtate liberi. Et quid igitur ſi
nepos † vxorem ducat, hic enim in patris 9
ſui quamdiu viuit auus, poteſtate non eſt, *§. vlt. tit. præc.* Sed enim diximus ibid. quod ius poteſtatis potentia quadam ſit in filio, quod deducitur in actum auo mortuo, tum etiam quæ ratio facit, vt ne auus poſſit adoptare nepotem tanquam ex filio certo natum, niſi conſenſu filii. *l. cum nepos 6. de adopt.* eadem hic occurrit, ne videlicet inuito agnaſcatur ſuus hæres, itaque nepote vxorem ducente & filius conſentire debet. *l. oratione 16. §. 1. de ritu nupt.* quæ poſterior ratio cum ceſſet in nepte, ex qua non agnaſcitur, ex ratione iuris veteris hæres auo materno, ceſſat proinde & deciſio *d. §. 1.* eadem autem mutata hodie, cum per *N. 118.* nepotes ex filia æqualiter ſuccedant cum liberis aliis auunculis ſuis aut nepotibus ex filio, faciet, vt nepte quoque nubente, neceſſarius ſit conſenſus filiis, nec ſufficiat ſolius aui. Limitatur autem deciſio *d. l. 16. §. 1.* ſi nepos ducat vxorem, quæ itidem neptis ex alio filio eſt communis aui, cuius ſolius tum conſenſus ſufficit *l. 3. de ritu nupt.* forte quia hæc itidem agnata eſt patruo ſuo, quę ex Lege habet ius ſucceſſionis; nam, illud prorſus ineptum eſt, quod Accurſ. ſecundo loco reſpondet, filium in ſpecie *d. l. 3. de ritu nupt.* mortuum fuiſſe, quo caſu ſtolida eſſet ratio dubitandi; & quod ICtus ait in *d. l. 3.* ME SOLO excludit vtique alium.

Et ciuilis & naturalis ratio.] De ratione ciuili ſatis conſtat, & nuptias ſine conſenſu patris contractas nullas eſſe *L. Paulus 11. de ſtat. hom.* An etiam eodem modo ſuadeat naturalis ratio, vt nuptiæ ſine conſenſu parentum

Digitized by Google

10 tum contractæ † iure gentium nullæ ſint, non immerito quæritur. Et ego ſane in negantem ſententiam procliuior ſum, cum *A. Cont. 1. lect. 4. & Weſemb. hic* nam perſonæ patris & filij omnino diſtractæ ſunt, nec adeo actus filij, qui alias omnes contractus recte celebrat *l. filiusfam. 39. de obl. & act.* ob defectum aſſenſus paterni poteſt videri nullus iure gentium. Et ratio iuris ciuilis pendet à ſumma illa poteſtate, quam patrib. in liberos dedit Lex Romuli; poteſtas autem patria ex iure gentium talis non eſt, vt diximus *ad tit. praeced.* Ceteroquin ſi ius gẽtium requireret de eſſentia cõſenſum parentum, vix à peccato excuſaretur ius ciuile, quod emancipatis, qui ſane natura liberi manent, conceſſit arbitrium nuptias ex voluntate ſua contrahere. Neque obſtat quod ex Decalogo affertur, honorandos eſſe parentes; hinc enim efficietur, matrimonium nullum eſſe, niſi & conſenſus matris accedat. Enimuero dubio procul liberi grauiter peccant, qui ſine conſenſu parentum nuptias faciunt, ſed non propterea ſequitur actum ipſum eſſe nullum. Non mouet etiam quod de agnatione ſui hæredis per nuptias filij obijcitur; quoniam vtcumque interſit patris, non tamen ſequitur, actum eſſe nullum, tum etiam poteſt pater vti iure ſuo, & filium exhæredare, vel vtrique legitimam tantum dare; ſed & iure prætorio in effectu per nuptias emancipati agnaſcebatur hæres auo, dum nepoti prætor per bonorum poſſeſſionem ſuccurrit, nec tamen hic opus eſt cõſenſu patris. Et hinc etiam remouetur; quod hic dicitur de ratione naturali, quæ ſcilicet ſuadet vt hoc fiat, & factum contra procul dubio damnat, ſed non ob id actum annullat; nec neceſſum eſt, vt ita hic locus accipiatur, quaſi æqualiter ratio naturalis & ciuilis exigeret conſenſum; & hæc nimirum non tantum ſuadet, ſed etiam diſponit, actum eſſe nullum: Ceteroquin ſi aliter accipias, hac in re autoritatem Iuſtiniani non admitto; nec ex textibus Romani iuris hæc quæſtio decidi poteſt; hoc enim excedit poteſtatem Legiſlatoris. Quæ ſi ita ſunt, tanto rectius ſe habebit ius Canon. quod conſenſum parentum de neceſſitate requiri negat, idque etiam Concilio nouiſſimo Tridentino confirmatum eſt. Illud denique addo, conſenſum parentum etiam requiri, vbi poſt diuortium factum, de renouandis nuptijs tractatur inter eaſdem perſonas *l. nuptiæ 18. de ritu nupt.*

Vt iuſſus parentis præcedere.] Hæc eſt natura iuſſus, vt præcedat veluti in iuſſu de adeunda hæreditate, *l. ſi quis 25. §. 4. de adquir. hæred.* notant *Interpp. in §. item vobis 3. infr. per quas pers. adquir.* Apparet tamen humaniter receptum fuiſſe, vt pro iuſſu haberetur ſilentium patris ſcientis contrahi nuptias & non contradicentis; vt expreſſum eſt, in *l. 5. C. de nupt. l. 7. §. 1. de ſponſalib.* quomodo ſane non poteſt dici pater iuſſiſſe, vt omnino neceſſum ſit receſſum aliqua à priſco rigore, qui hoc §. exprimitur, quoniam iuſſum illud quod requiritur vt filius adeat hæreditatem, & quod vt hic, dicitur præcedere debere *in d. l. 25. §. 4.* omnino præcedere oportet, vt probat *l. ſeruo 65. in pr. ad SCtum Trebell.* contra quam falſo ſcribit Hottom. hic confundens aditionem hæreditatis cum bonorum poſſeſſionis petitione, & acceptione hæreditatis ex fideicommiſſo, quæ in *d. l. 65.* expreſſe ſeparãtur. Aut an dicimus hoc ita accipiendum, vt excludatur conſenſus ſequens, non conſenſus iuxta dd. textus, cõcurrens; Ita enim ea loca accipienda ſunt quod pater cognouerit nuptias cõtrahi, non autem quod demum poſt, nuptias cõtractas eſſe cognouerit, (vt omnino male id accepit Hotto. hic, qui nec putat eſſe omnino nullas nuptias ſine conſenſu patris, de quo dicemus inſuper aliquid *ad §. ſi aduerſ. 12. inf. h. t.*) Nam ſane illud iuris non dubij, ſi poſt pater nuptias filij habeat ratas, quib. aut ante contradixit, aut quas contrahi ignorauit, retro nuptias non confirmari, ſed demum à tempore conſenſus legitimas haberi, vt non obſcure probant textus in *l. ſi vxor. 13. §. ſi quis 6. inf. ad L. Iul. de adulter. l. dotis 68. de iur. dot.* Quod tamen hodie contra eſſe, & patris etiam qui ignorauit ſecutum cõſenſum retro operari, vt liberi ante nati ſint legitimi,

timi, humaniter defendi poſſit, exemplo legitimationis, & quod ſecuto matrimonio liberi ante nati iuſti ſunt & legitimi. Nam quãuis liberi nati ex fœmina quæ ſine conſenſu patris ducta eſt, poſſint videri ex ſtupro nati, humanius tamen talem fœminam habebimus pro cõcubina. Et ſane hodie pro tali habenda erit, aut futura nulla, plane amplius erit legitimatio, quoniam cõcubinatus hodie prohibitus eſt, & proinde conſuetudo cum ſoluta, habenda pro ſtupro fuerit. Legitimatio porro ICtis olim fuit incognita, vt eos aliter reſpondiſſe non ſit mirandum.

TEXTVS.

1. Vnde quæſitum eſt, an furioſi filia nubere, aut furioſi filius vxorem ducere poſſit. Cumque ſuper filio variabatur: noſtra proceſſit deciſio, qua permiſſum eſt, ad exemplum filiæ furioſi, filium quoq; furioſi, poſſe & ſine patris interuentu matrimonium ſibi copulare, ſecundum datum ex noſtra conſtitutione modum.

COMMENTARIVS.

FAllũtur, qui hinc tantum arceſſunt rationem, cur neceſſarius ſit conſenſus patrum quoniam patri agnaſcatur hæres, quoniam iure veteri per filiam auo materno non agnaſcebatur hæres, nec ei nepotes ex filia ſuccedebant, quippe qui nec ſui nec agnati erant, & demum tertio loco à prætore inter cognatos vocabantur §. *Item vetuſtas 15. inf. lib. 3. tit. 1.* & tamen non minus erat conſenſus patris neceſſarius, ſi filia nuberet. Itaque adæquata ratio iſtius rei pendet, vt paulo ante diximus, ex iure poteſtatis. Quod quamuis ita ſit, tamen iſta ratio ab agnatione ſui hæredis ſpeciales quoſdam effectus habet. Hinc enim eſt, quod vbi neptis ex filio nubit, ſufficit conſenſus rei *l. Oratione 16. §. 1. de ritu nupt.*

Itemque hinc eſt, quod facilius permiſſum fuit, vt filia furioſi nubere poſſet, quam filius furioſi, quippe quod per hunc agnaſcitur auo hæres, non autem agnaſcebatur per illam; idque eſt, quod Iuſtin. hic dicit, variatum fuiſſe ſuper filio, cum id in filia facilius fuiſſet receptum. Plane non debuit nec potuit quaſi adimi filio ius ducendi vxorem, patris furore durante, cuius finem expectare vel ideo non debemus, quod non ſemper iiſdem conditionibus vxor duci poteſt. Non habuit autem Iuſtinian. cauſam, ob quam dubitaret filio hoc permittere, aut debuiſſet etiam dubitare de filia; ſiquidẽ quæ ex hac naſcuntur, non minus ſuccedunt auo materno, quam nati ex filio auo paterno, nõ tantum ex N. 118. ſed ex §. *vlt. inf. de hæred. quæ ab inteſt. ser.* de quo ibid. agemus. De eo ſatis conſtat, quod monet hic Hottom. furore nõ amitti patriam poteſtatem, imo filium & in furore genitum in poteſtate naſci patris, *l. patre 8. de his qui ſunt ſui iur.*

Cum ſuper filio variabatur.] Ita quidem affirmat Tribon. in *l. ſi furioſi 25. C. h. t.* Sed cum ipſe ibidem à Marco conſtitutum referat, vt liberi maſculi & fœminæ patris menti capti, matrimonium contrahere poſſint, pene ſubineptum ſit dubitare an idem liberis furioſi permittendum ſit, cum in hoc eadem ſit ratio; nec dubitari poſſit adeo hoc admiſſum à Marco, quia pater mente captus conſentire non poterat, opus autem fuit conſtitutione, quia ius conſenſum patris requirit, nec furioſus qui nullum conſenſum habet, pro ſciente & non contradicente haberi poteſt, quod hic notat Theoph.

Poſſe ſine patris interuentu.] Parum ſubtiliter dicitur, poſſe hoc fieri ſine patris interuentu; quia cum conſentire non poſſit nec de interueniente eo in hac re quæri & tractari poteſt. Itaq; dicẽdum erat, vt *in pr.* filium furioſi poſſe nuptias contrahere.

Secundum datum modum.] Scilicet cum autoritate & adhibitione quorundam, qui proponuntur in *d. l. 25. C. h. t.*

TEX-

TEXTVS.

2. Ergo non omnes nobis vxores ducere licet: nam à quarundam nuptijs abſtinendum eſt: inter eas enim perſonas, quæ parentum liberorumue locum inter ſe obtinent, contrahi nuptiæ non poſſunt, veluti inter patrem & filiam vel auum & neptim: vel matrem & filiam, vel auiam & nepotem, & vſque in infinitum. Et ſi tales perſonæ inter ſe coierint, nefarias atque inceſtas nuptias contraxiſſe dicuntur. Et hæc adeo vera ſunt, vt quamuis per adoptionem, parentum liberorumue loco ſibi eſſe cœperint, non poſſint inter ſe matrimonio iungi: in tantum vt etiam diſſoluta adoptione idem iuris maneat. Itaque eam quæ tibi per adoptionem filia vel neptis eſſe ceperit, non poteris vxorem ducere, quamuis eam emancipaueris.

COMMENTARIVS.

1 *Cognatio ſpiritualis.*
2 *Cognatio ſecularis & eius ſpecies.*
3 *Religionis diuerſitas.*
4 *Concubitus cum matribus.*
5 *Nefandum nefarium.*
6 *Inceſtæ nuptiæ.*
7 *Adoptionis linea.*
8 L.55.§*1*.de rit.nupt.

E*Rgo non omnes*] Nõ apparet, vnde & ex quo ſit hæc illatio, niſi forte ex eo quod in pr. dixit, iuſtas eſſe nuptias, quæ ſecundum præcepta LL. ineuntur.

A quarundam nuptiis.] Generalis cauſa prohibitionis ſtatuenda eſt, coniunctio inter ſe perſonarum ob quam nuptiæ inter eas vetitæ ſunt. Coniunctio illa duplex eſt, Cognatio & affinitas, Cognatio eſt vel ſpiritualis vel ſecularis, vt ita dicam, Cognationem ſpiritualem † dico, quæ eſt inter ſuſceptorem & ſuſce- 1
ptam ex ſacro baptiſmatis fonte, ob quam coniunctionem non tantum Canonica, ſed etiam iura noſtra inhibent nuptias *l. ſi quis* 26. *inf. C. h.t.* vt iſtam prohibitionem plane veterem eſſe appareat, & eam continuatam, ſiquidem *Harmenop. lib.4. tit.6* §.18. prouocat ad ſanctam Synodum Trullenſem, quæ celebrata anno Chriſti 670. vel vt alij 680. Cui ne quidquam obiicitur, quod inter omnes Chriſtianos ſit ſpiritualis cognatio; nam & cognatio inter homines eſſe dicitur. *l.3. de iuſt. & iur.* ſed quæ non ob id ſit impedimento nuptijs; ita & cognatio quæ eſt inter Chriſtianos, per illum actum ſuſceptionis ſit arctior. Cognatio ſecularis diſtinguitur † in naturalem & ciuilem, 2
vtramq; puram & mixtam. Mere ciuilis eſt, quæ naſcitur ex adoptione, mera naturalis, quæ naſcitur ex concubitu non legitimo, vel ob qualitatem ipſius concubitus, vel ob qualitatem perſonarum, veluti ſi ſint ſerui; hic enim poteſt aliquatenus ob affectionem re ipſa maritalem dici non omnino illegitimus, cum & coniugis nomen ſeruis tribuatur in *l. poſſeſſionum* 11. *C. comm. vtr. iud.* de quo aliquid dicemus in § *illud* 10. *inf. h.t.* in quo dicitur etiam ſeruiles cognationes nuptijs impedimento eſſe, quod & in altera ſpecie naturalis cognationis obtinet *l. nuptiæ* 53. *cum l. ſeq. de ritu nupt.* Mixta cognatio eſt inter eos, q ex iuſtis nuptijs procreati ſunt, de qua fere tantum hoc titulo agitur. Cõiunctioni cõtraria eſt nimia diuerſitas quæ etiam eſt cauſa iniuſti aut nullius matrimonij; veluti inter ciuem & peregrinum; liberam & ſeruum, & olim inter Senatorem & libertinam, vbi illud tractatur, an etiam † diuerſitas religionis impediat matri- 3
monium; velut Chriſtiani cum infideli Ethnico. Tribus verbis dico, huiuſmodi matrimonium habere quidem non pauca incõmoda, ſed ipſo iure valere, ſi rationẽ ſequamur; neq; enim hoc ad ſubſtantiã matrimonij pertinet; & olim cũ & Chriſtiani, & Ethnici communis Reipub. eſſent ciues, validum oportuit fuiſſe matrimonium; quod & confirmatur ex *l.5.* §. *pen. C. de ſponſal. l. ſi legib.* 16. *in pr. C. de epiſcop. aud.* quam-

quamuis facile concedam Lege ciuili induci eiuſmodi prohibitioné poſſe; quomodo matrimonia cum Iudæis vetantur *l. 5. C. de Iudæis.* quamuis & Iudæorum ſit ſpecialis & propria ratio. Porro definitio in *l. 1. de ritu nupt.* accommodata eſt à ICto ad rempubl. veterem Romanam, cum eſſent priuata ſacra familiarum, quorum particeps erat vxor.

Quæ parentum liberorumue locum obtinent.] Intelligit vtique eos qui ſunt in linea recta. Ce-
4 teroquin † etiam patrui & auunculi, materteræ & amitæ parentum loco eſſe dicuntur *h. t. infr §. Item amitam.* Retulimus ſupra, *tit. 2.* prohibitionem iſtam inter parentes & liberos eſſe à iure naturali, non obſtáte, quod aliquibus gentibus eæ nuptiæ probatæ, vt pluribus ſcribunt *Hottomann. de nupt. cap. 5. Alber. Gent. de nupt. libr. 5. cap. 7.* Idque de Perſis teſtatur *Agath. libr. 2.* Apud Perſas ius eſt miſceri cum matribus, inquit, *Octauius apud Minutium: & Euſeb. libr. 6. præpar. Euang.* παῤ Πέρσαις νόμος ἦν γαμεῖν τὰς θυγατέρας καὶ τὰς μητέρας. *Tertull. in Apolog.* Perſas cum matribus miſceri Cteſias refert, & Arnobius lib. 5. de Ioue ſcribit, quod & matri & filię Proſerpinæ ſe commiſcuerit. Hæc non faciunt, quo minus hæ nuptiæ & hi concubitus recte dicantur eſſe contra ius naturæ. Itaq; inepte *Harmenop. lib. 1. tit. 1. §. 16.* Ius gentium apud Perſas ait eſſe miſceri matribus.

Vſque in infinitum.] Hæc ita de iure, nam humanæ vitæ breuitas, inanem facit quæſtionem; & fruſtra hic eſt Accurſ. qui hinc infert ſi Adam reſurgeret, eum non poſſe ducere vxorem. Illud hic annotandum, verbum parentum, hic videri laxius ſumi, ita vt omnes etiam ſupra tritauum comprehendat, quos alias maiores appellari Paulus autor eſt *in l. ICtos 16. §. parentes 7 de gradib. & affin.* quamuis nec illam ſignificationem eſſe impropriam oſtendat *l. 4. §. 2 de in ius voc.*

5 *Nefarias nuptias.*] Quaſi † nefandas, & non nominandas, quod in maledicto eſt, aut quaſi nefaſtas, quod eodem redit, quoniam dies nefaſti erant, per quos non licebat prætori fari ſolemnia verba, vt *Varro ſcribit libr. 5. de Ling. Lat.* quamuis *Aſcon. Pedian. comm. in 3. Verr. quæ eſt de pratura vrbana, poſt princip.* diſtinguat nefandum & nefarium. Nefandum, inquit, eſt non fandum; nefarium, quod ſacra polluit, farre pio ſolita celebrari; ergo nefarij ſacrilegi; adeoque per metaphoram ita hæ nuptiæ dictæ fuerint; cui conſentit *Nonius Marcellus*, qui *cap. 1.* ex Varrone refert, nefariō dictum à farre, quo Romani vtebantur in ſacris, quo ſcelerati vti non debeant, & addit, eos nefariōs dictos; qui indigni ſint, qui viuant.

Inceſtas nuptias.] Adeo Iuſtinian. hic nefa-
rium & inceſtum † pro iiſdem accepit: Ce- 6
teroquin etiam nuptiæ cum ſororibus inceſtæ dicuntur *l. ſororis 39. iunct. l. 8.* Imo & cum ſororis filia *l. etiam 56. de ritu nupt.* & pro regula traditur *in d. l. 39.* inceſtum toties committi, quoties matrimonium non lege ciuili prohibetur, ſed moribus id eſt, iure gentium. Et Paulus tamen in *l. vlt. de ritu nupt.* nuptias in linea aſcendenti tantum inceſtas appellare videtur, ita vt neget etiam eas inceſtas eſſe, ſi quis cognatam ex latere ducat; aut an dicim^9^ non idem eſſe iure gentium prohibitas nuptias, & eo iure inceſtum committi, vt hoc aliquid amplius ſit, quomodo non quæ nuptię iure ciuili prohibitæ, protinus iure ciuili inceſtæ ſunt.

Duplex eſt notatio huius nominis. Altera apud *Iſidorum libr. 5. cap. 26.* Inceſti, inquit, iudicium in virgines ſacratas, ſiue in propinquas ſanguine conſtitutum eſt, qui enim talibus miſcentur, inceſti, id eſt, incaſti habentur.

Verum apud Feſtum à Græco hoc verbum deducitur, inceſtus, inquit à Græco trahitur, nam illi facinus dicunt ἀκεστόν; quod *Suides Heſych. & autor Etymologici magni*, interpretantur ἀνίατον ἀθεράπευτον, à verbo ἀκέω: & erit itaque facinus ἀνίατον ſcelus non expiabile & ita grauiſſimum ſcelus. Et conſequenter errat Weſemb. hic, qui inceſtum deducit à verbo κεστὸς, quaſi a ſit particula priuatiua. Eſſet id alias aptum ad rem noſtram nam vt modo citati autores ſcribunt κεστὸς ſignifi-

gnificat *ἔνδυμα Ἀφροδίτης καὶ ζωστῆρα*, cingulum Veneris, poſt & de aliis fœminis vſurpatum: poſſit ita huc transferri, quod vt *Ant. Hottom. de vet. ritu nupt.* & alii ex Feſto tradunt, noua nupta apud Romanos olim cingulo procingebatur laneo, quod vir in lecto ſoluebat. Vnde *λύειν ζώνην* apud Muſæum de Leandro, pro concubitu. Secundum hoc nuptiæ inceſtæ erunt, à quibus abeſt cingulum & pudor, &c. Sed vt dixi, eſt iſta tantum alluſio, imo abuſio, & ita futura eſſet vox inceſti Hybrida, ex Græco & Latino compoſita, & aliunde id nomen originem traxit: ſiue Feſto credimus, ſiue Iſidoro, haud enim puto ceſtum à ceſto illo deduci.

Quamuis per adoptionem.] Sequitur de cogna-
7 tione † mere ciuili, quod hoc prohibitionem quoque inducat in linea aſcendenti. Hic autem ante omnia præmittendum, quænam & inter quos ſit linea iſta cognationis mere ciuilis. Cognationis verbum vſurpatur dupliciter, & in ſpecie pro coniunctione inter eos qui per fœminas iunguntur, citra alium familiæ nexum §.1. *infr. de legit. agn. tut.* & in genere, vt etiam comprehendat agnationem, quæ eſt inter eos, qui ſunt eiuſdem nominis & familiæ, & iunguntur adeo per virilis ſexus perſonam *d.* §.1. *&* §.1. *inſ. de leg. agnat. ſucceſſ.* Illa cognatio in ſpecie dicta & quæ ex ſanguine æſtimatur, per adoptionem non quæritur, ſed hæc quæ eſt à familiæ & nominis communione, & ſolet ciuilis appellati cognatio: quoniam videlicet Legislator ciuilis, ſpectat dignitatem & conſeruationem familiarum, & maxime Romanus, qui & ſolos ex familia ad ſucceſſionem olim admiſit: ceteroquin, quatenus iſta agnatio ex matrimonio deſcendit, & ipſa recte naturalis dicitur. Sed enim quoniam in hac non tam naturalem illam rationem, quam iura familiæ conſiderant leges noſtræ, hinc fit, vt per adoptionem hæc quoque cognatio quæratur, quia per adoptionem quis familiæ adoptantis inſeritur, & tum agnaſcitur patri & auo paterno perinde ac ſi ex legitima vxore natus eſſet, tum cõſequenter fit agnatus omnibus qui ſunt agnati patri adoptiuo & in eius familia, & porro hic non quidem fit naturali iure cognatus, (hoc enim adoptio tribuere non poteſt) ſed tamen ius cognatorum ſeu cognationis in bonis & ad bona illorum conſequitur, quæ habent alii agnati, qui ſimul iure naturali cognati ſunt: veluti, quod ex tertio ordine, vnde cognati, iure prætorio ſuccedere poteſt *l.* 1. §. *cognationem* 4. *vnde cognati*: idq; eſt quod dicitur in *l qui in* 23. *de adopt.* adoptatum his quibus adnaſcitur, & cognatum fieri, id eſt iura cognationis conſequi: & in *l. ſi qua* §. *vlt. de rit. nupt.* cognationes contrahi in adoptionibus quæ legitimæ eſſent, & agnatorum ius haberent. Et igitur ceteris qui patri adoptiuo non ſunt agnati, filius adoptiuus eſt extraneus, quia deficit vinculum iſtud connexionis, nimirum familiæ. Hinc eſt quod quoniam mater filio agnata non eſt, filio quoque adoptiuo patris adoptiui mater aut auia non ſint vllo modo coniunctæ *d. l.* 23. *de adoption.* Quod autem ibidem nuptiæ interdicuntur, non fit propter vllam cognationis aut agnationis neceſſitudinẽ, ſed propter honeſtatẽ & reuerentiam, quam propter patrem huius quoq; matri filius adoptiuus debet: & fœdum fuerit, eum qui filius eſt, fieri vitricum patris ſui adoptiui. Hinc etiam eſt, quod reſpondetur in *l.* 14. §. *vlt.* auunculum aut materteram, non fieri per adoptionem: quoniam ſcil. mater non fit per adoptionem, & vxor, quæ viri non eſt agnata, nec agnata eſt aut cognata ei, quem maritus adoptauit. Patruus autem & amita fiunt per adoptionem, quoniam fratres & ſorores inuicem ſoli ſunt agnati: Sed porro amitæ filia, agnata non eſt adoptiuo filio, quoniam illa nec patri adoptiuo, quippe ſororis filia, agnata eſt. Vt igitur ſummatim dicam, in linea adoptiua ſunt tantum agnati, vbi quæritur de iure ſucceſſionis, & nuptiis contrahendis, excepto quod vt diximus cum matre aut auia patris adoptiui ſunt prohibitæ nuptiæ propter honeſtatem & reuerentiam.

In tantum vt etiam diſſoluto.] Poſſit videri obſtare, quod emancipatio omne illud tollit, quod colligauit adoptio: & cum igitur ante adoptionem nullum fuerit vinculum nec pro-

hibitio matrimonii, conſequenter per emancipationem quæ rem in priſtinum ſtatum reduxit, videtur ſublata prohibitio, quæ durante vinculo erat. Sed nimirum ita eſſet, ſi conſideraremus ſolum vinculum agnationis: ſed iam diximus, & id alias occurrit quoque, aliquando reuerentiæ cuiuſdam & honeſtatis reſpectum impedimento eſſe nuptiis: quod & hoc caſu contingit: tanta enim eſt nominis paterni reuerentia, vt ad impediendas nuptias, ſufficiat aliquando patrem & filium fuiſſe. Et hac de cauſa in *l. in omn.* 13. *de adopt.* ICtus addidit particulam Fere, quia iſtud veſtigium remanet, quod hoc §. proponitur, & in *l. quin etiam*
8 *55. de ritu nupt.* Neque obſtat, quod in *d. l. 55. §. 1.* permittitur † filio iam emancipato ducere matrem eius qui pater adoptiuus fuit: quoniam in eius familia numquam fuit, & vt prædiximus, auia non fit per adoptionem: ſed hanc durante adoptione prohibetur ducere, *l. 23. in f. de adopt.* propter reuerentiam quam debet patri ſuo adhuc patri: cui quoniam poſt emancipationem extraneus eſt, ceſſat ratio prohibitionis: quæ non ceſſat inter ipſum patrem qui fuit adoptiuus, & eam quæ fuit filia adoptiua. Et inſuper quod eſt in *d. l. 55. §. 1. de ritu nupt.* procedit in ſola matre patris adoptiui quondam, nam eam quæ fuit vxor eius, & filii quaſi nouerca, ducere nec emancipatus poteſt. *l. adoptiuus* 14. *in pr. de ritu nupt.*

TEXTVS.

3. Inter eas quoque perſonas, quæ ex transuerſo gradu cognationis iunguntur, eſt quædam ſimilis obſeruatio, ſed non tanta; ſane enim inter fratrem ſororemque prohibitæ nuptiæ ſunt, ſiue ab eodem patre eademque matre nati fuerint, ſiue ab altero eorum. Sed ſi qua per adoptionem ſoror tibi eſſe ceperit, quandiu quidem conſtat adoptio, ſane inter te & eam nuptiæ conſiſtere non poſſunt: cum vero per emancipationem diſſoluta ſit adoptio, poteris eam vxorem ducere. Sed & ſi tu emancipatus fueris, nihil eſt impedimento nuptiis. Et ideo conſtat, ſi quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam ſuam emancipare, & ſi quis nurum velit adoptare, debere eum ante filium ſuum emancipare.

Commentarivs.

1 *Fœditas coniugij in linea recta.*
2 *De nuptijs fratrum & ſororum.*
3 *Sara an ſoror Abrahami.*

Linea cognationis alia eſt recta, in qua parentes & liberi, de quibus dictum: alia transuerſa: & hæc duplex, inæqualis & æqualis, in qua ſcilicet qui ſunt paribus numero gradibus & æqualiter à ſtipite inuicem diſtãt: cuiuſmodi primo ſunt fratres & ſorores, de quibus hoc §. agitur, & de quorum & ſequentium etiam diſtantia & gradu, & quæ hac in re inter Ius Ciuile & Canonicum ſit differentia, dicemus *infr. lib. 3. de gradib. cognat.*

Gradu cognationis.] Verbum cognationis hic latius ſumitur & in genere, vt etiam agnationem comprehendat.

Sed non tanta.] Id ex ſeqq. gradibus magis apparet. Sed & inter fratres & ſorores non eſt tanta: quoniam diſſoluta quoque adoptione in linea recta prohibitæ ſunt nuptiæ: at non inter fratres & ſorores, quæ per emancipationem tales eſſe deſierunt: nam quod ad fratres & ſorores attinet ex nuptiis natos, nec ſi emãcipatus alteruter vel vterque ſit, nuptiæ inter eos locum habent, quia vinculum naturale ſanguinis durat.

Inter fratrem ſororemque.] Hoc gradu etiam Iure diuino nuptiæ prohibentur: ſed non conuenit inter Theologos, an omnes illæ prohibitiones ſint iuris naturalis: quod negant Pontificii, qui Papæ Romano in quibuſdam ibi prohibitis ius diſpenſandi concedunt: de quo ex profeſſo diſputat *Bellarm. de matrim cap. 27.* Nos hanc diſputationem non ingrediemur. Illud plane certum eſſe debet,

non

Digitized by Google

1 non eſſe eandem † rationem prohibitionis inter parentes & liberos, & inter fratrem & ſororem. Illas nuptias natura ipſa auerſatur, vt ſupra oſtendimus tit. 2. & quam illæ deteſtandæ deſcribit *Oedip. apud Senec. in Thebaid. Scen.* 1.

Aui gener patriq; riualis ſui
Frater ſuorum liberûm, & fratrum parens
Vno auia partu liberos peperit viro
Sibi nepotes, monſtra quis tanta explicet.

Et mox,

——nullum crimen hoc maius poteſt
Natura ferre.——

Et apud eund. in Agamemn. Scen. 1. Thyeſtes loquitur:

——Verſa natura eſt retro
Auo parentem proh nefas, patri virum
Natis nepotes miſcui, nocti diem.

Quæ fœditas & quaſi horror, non eſt in con-
2 cubitu fratrum † & ſororum. Non dicam, quod paulo ſuperius citato loco *libr. 6. præpar. Euang* fas eſſe ait Euſeb. Perſis coniungi cum ſororibus: (nam & de parentibus idem teſtatur) non adeo etiam, quod *Lucian. tom. 3. de ſacrific.* iocans de coniugio Iouis cum ſorore, ait eum id feciſſe, κατὰ τοὺς Περσῶν καὶ Ἀσσυρίων νόμους. Et de Ægyptiis argumentum præbet, quod ſcribit *Dion. Caſſ. li.* 42. Cæſarem (ſcil. tamquam id ſolemne & legitimum eſſet) Cleopatram iunxiſſe fratri ſuo. Itemq; hoc apud Cares licitum fuiſſe apparet ex *Diod. Sic. lib.* 16. vbi ſcribit Artemiſiam Mauſoli, itemq; Adram Hedrici regum vxores & ſorores fuiſſe. Quin imo Athenienſibus connubia fratrum & ſororum LL. permiſſa, ſi fides *Octauio apud Minutium.* Ægyptiis, inquit, & Athenis cum ſororibus legitima connubia: ſed id ſcil. accipiendum eſt de ſororibus non eadem matre, ſed eodem tantum patre natis, quas Romanæ LL. vocant conſanguineas. Ita enim vetus *Scholiaſtes Ariſtoph. in Nebulis Act. 5. ſce.* 2. παρὰ Ἀθηναίοις ἔξεστι γαμεῖν τὰς ὁμοπατρίους ἀδελφάς. Apud Athenienſes licet ducere ſorores ex patre: & autor omni exceptione maior Demoſthen. in *orat. quæ dicitur appellatio aduerſ. Eubuliden.* vbi Reus ita loquitur, ἀδελφὴν ὁ πάππος ὁ μοῦ ἔγημεν, οὐχ ὁμομητρίαν. Sororem auus meus duxit non vterinam. Itaq; Herodianus qui ſcribit *lib.* 1. Ptolomeum duxiſſe ſororem ſuã παρὰ τοὺς Μακεδόνων καὶ Ἑλλήνων νόμους, præter ſiue contra Macedonum & Græcorum LL. aut errat, aut Ptolomei illa ſoror germana vel vterina fuit. Sed enim forte quis hic iudicium Legislatoris Athenienſis deſideret: quod ſiue ex ſententia Ariſtotelis vir ſolus ſemen ad generationem, ſiue etiam iuxta Galeni & medicorum ſententiam aliquid confert vxor, aut non minus, aut imo magis coniuncta eſt fratri ſoror, quæ communem ſaltem habet patrem: & poterit ita etiam cum ſorore conſanguinea, imo etiam cum germana connubium permitti. Sed potius fateamur hic offendiſſe & lapſum Athenienſium Legislatorem: (neque enim puto eo reſpexiſſe, quod mater certa, pater vero incertus habetur) & omnino rectius Legibus Romanis, & iuxta hunc §. prohiberi nuptias cum ſorore, ſiue vtrunque ſiue alterutrum tantum parentum habeant communem, & ſiue pater ſiue mater ſit communis; quod etiam conuenit legi Diuinæ, quæ ſimpliciter nuptias cum ſorore vetat. Neque obſtat, quod de Thamar & Ammone adfertur ex *cap.* 13. *libr.* 2. *Samuelis*: nam quod puella trepida & vt præſentem impetum fratris effugeret, dicit, in argumentum adduci non poteſt. Magis videtur vrgere, quod *Geneſ.* 11. *&* 20. Abraham ipſe profitetur
Saram † vxorem eſſe reuera ſororem ſuam. 3
Refert *Beza Tractat. de diuort.* quorumdam opinionem, quod Sara tantum fuerit priuigna Thare: ſed recte improbat, quoniam Abraham ait eam eſſe patris non matris ſuæ filiam: vt appareat eam non fuiſſe vterinam ſed conſanguineam, ex quo vt obiter dicam, confirmatur, facilius & tolerabilius eſſe, vt vxor ſit ſoror conſanguinea non vterina. Beza admittit fuiſſe vere ſororem, quam duxerit Abraham ante Legem Moſis, necdum vocatus, more aliorum Orientalium populorum: quæ ſententia fuit olim *Hieronymi*, *in quæſtione ſuper Geneſin*

ad cap. 20. vbi etiam ex hoc factum excuſat, quod illæ nuptiæ contractæ fuerint ante legem: quamuis ex iis quæ *eod. tract. ad cap.* 11. ſcribit, colligatur eum exiſtimare quod Sara fuerit fratris prædefuncti filia, quæ ob id, quod ſucceſſit quaſi in locum patris præmortui, non inepte ſoror appellatur: & inſuper in ve uſtioribus (nam in recentiori Antuerp. Mariani Victorini eſt inter γνήσια relatus) editionibus illæ tractatus in volu. 4. inter opera notha relectus eſt. Et ſane idem *Hieron. aduerſus Heluid.* diſerte ſtatuit *cap.* 8. fuiſſe Saram fratris defuncti filiam, quod & *Auguſtin.* cenſet 16 *de ciuit. Dei* 12. *&* 19. vbi hanc explicationem inde confirmat, quod Loth appellatur etiam frater Abrahæ, quem tamen fratris filium fuiſſe conſtat. Sed de hoc nimis forte multa, quæ eo pertinent, vt intelligamus, tum quid variæ gentes hic obſeruarint, tum, non eandē hic parentum & liberorum inter ſe, & fratrum ſororumque eſſe rationem.

Sed ſi qua per adoptionem.] Hoc §. ſicut & præced. poſtquam egit de cognatione naturali, ſubiicit de ciuili, quæ eſt ex adoptione. Docet autem tribus verbis, vel in ſumma, durante adhuc vinculo nuptias fratris & ſororis eſſe prohibitas, ſed eo ſoluto licitas: ſiue ipſe adoptatus, ſiue naturalis filius ſit emancipatus. Vinculum enim & ratio ſola agnationis impedit has nuptias. Itaque fruſtra tamquam dubium proponit Hottoman. an liceat filio adoptiuo ducere ſororem vterinam: quoniam omnino pro confeſſo & certo habendum eſt, licere: ſiquidem omnino iſta nec ſoror eſt, nec magis quam matertera aut auunculus, conſtitui poteſt ſoror vterina per adoptionem: cum nec patris adoptiui ſoror vterina habeatur pro amita, ſed ludem & ipſa licet durante adhuc adoptione duci poſſit *l. ſi qua* 12. *inf. de ritu nupt.* & ceſſant hic rationes, reuerentiæ & honeſtatis, quæ adoptiui patris matrem ducere vetant, contra autem locum habet ratio §. *ſeq. inf.* nam & iſta ſoror nec ratione ciuili, nec naturali coniuncta eſt. Ergo hanc ſororem quæ dicitur vterina, omnimodo ducere poſſum, quia imo ſoror non eſt: ſed eam quæ agnata mihi eſſe cepit, ſoluta rurſus agnatione duco, *h.* §. *& l. per adopt.* 17. *de ritu nupt. iunct. l.* 5. *de grad. & adfin.* quæ iſtos fratres eſſe negat.

Et ideo conſtat.] Quoniam nuptiæ inter fratrem & ſororem quorum vel alter vel vterque adoptiuus etiam eſt, non conſiſtunt, efficitur inde, quod filii qui adhuc in poteſtate eſt vxor, vel filiæ in poteſtate, maritus, non poſſint adoptari: Ita enim frater & ſoror futuri eſſent coniuges. Ex quo ſuadetur, vt eſt in *l. per adopt.* 17. *h. t.* vt ſi quis velit nurum aut generum adoptare, prius emancipet filium vel filiam: idque eum debere facere hoc loco ait Iuſtinian. Sed quid ſi non fecerit, & non emancipato prius filio, adoptauerit nurum? Quæſtio in eo eſt, an ſoluatur matrimonium, quod in eum ſtatum deductum eſt, à quo incipere non poteſt; an vero potius nulla ſit adoptio, vt nuptiæ maneant: quoniam vt vtrumque valeat & conſiſtat ratio iuris non patitur. Et Theophil. probat nuptias diſſolui, quod & Hottoman. ſequitur & Weſemb. Sed haud ſcio an non humaniter poſſit potius reſponderi poſterius, quod adoptio ſit nulla: quandoquidem ipſo puncto quo fit adoptio, nuptiæ conſiſtunt adhuc, quod impedire videtur, ne alteruter coniugum poſſit effici frater. Porro notat hic Accurſ. iſtud ſiue conſilium ſiue præceptum in *h.* §. & in *l.* 17. *h. tit.* de emancipando prius filio, hodie non valere, quoniam emancipatus quoque ſuccedat hodie iure ciuili. *N.* 118. quam gloſſ. Interpp. communiter reprehendunt, nec propter ius ſucceſſionis reliquos emancipationis effectus ſublatos eſſe putant. Res ex eo dependet, an emancipatio hodieque ſit capitis diminutio & tollat agnationem, de quo dicemus *infr. tit.* 12. §. *præterea.* 6. Alium ſcrupulum hic mouet mutatio alia iuris noui: quæ eſt in §. *ſed hodie tit. ſeq.* an quoniam adoptione facta ab extraneo non tranſit filius adoptatus in poteſtatem & familiam, hodie etiam non ſecuta emancipatione poſſint inter fratres & ſorores adoptiuos conſiſtere nuptiæ, cuius rei deciſio ex iis dependet, quæ non ita

multo

multo poſt ad *d. §. ſed hodie infr. tit. ſeq.* dicemus.

TEXTVS.

4. Fratris vero vel ſororis filiam vxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris, vel ſororis quis ducere poteſt, quamuis quarto gradu ſint: cuius enim filiam vxorem ducere non licet, neque eius neptem permittitur. Eius vero mulieris quam pater tuus adoptauit, filiam, non videris impediri vxorem ducere, quia neq; naturali, neque ciuili tibi iure coniungitur.

COMMENTARIVS.

1 *Nuptiæ cum fratris filia vel ſororis.*

HIc de linea cognationis tranſuerſa inæquali. Fratrum vel ſororum liberos ducere non licet, nec porro eorum neptes, quamuis quarto gradu ſint h. §. Ita ex aduerſo nec materteram aut amitam magnam ducere licebit, nec licet, quæ & ipſæ quarto gradu ſunt: qua itidem ratione vtitur ICtus in *l. per adopt.* 17. *§. vlt. h. t.* vt intelligamus alias in quarto gradu licitas nuptias, & videlic. vt ad §. ſeq. dicemus in linea tranſuerſa æquali: quo minus autem in linea iſta inæquali idem admiſſum fuit, facit ratio, quam mox ſubiicit Iuſtinianus, quod cuius filiam ducere non licet, eius liceat nec neptem: nimirum (ita enim ratio iuuanda eſt *ex §. item* 5. *h. t.*) vbi filiam alicuius ideo ducere non poſſum, quod ei parentis quodammodo loco ſim, hac enim ratione vtitur Iuſtin. in *d.* §. 5. quæ facit vt porro nec ex quinto gradu proneptem fratris ducere poſſim *l. ſororis* 39. *h. t.* ceteroquin in linea æquali fallit iſta regula: ſiquidem aui mei filiam ducere non poſſum, quæ eſt patris mei ſoror & tertio gradu coniuncta, ſed aui neptem poſſum, quę mihi eſt conſobrina, in qua reſpectus ille paternis ceſſat. Ait autem in *d.* §. 5. Iuſtin. eſſe parentis loco patruos aut amitas ſiue materteras: perinde vt dixerat in §. 1. vetitas eſſe nuptias inter eos, qui parentum & liberorũ locum obtinent. Et illa comparatio procedit hodierno iure noſtro, quo pariter
nuptiæ † iſtæ prohibitæ ſunt: id eſt, & prohi- 1
betur quis filiæ ſuæ & nepti, & fratris filiæ & nepti coniungi: at ſi contra fiat, minime eadem vtrobique pœna eſt. Et vbi res abſolute & in ſe conſideratur, longe aliud eſt, parentem eſſe, & eſſe loco parentis, quo ſenſu hîc loco patruus vel amita loco parentum eſſe perhibentur: etiam materia extra Romani iuris rationē conſiderata. Equidem lege Moſis etiam hic gradus prohibitus videtur, dum vtique prohibentur nuptiæ cum amita, quæ tertio & ipſa gradu eſt: quamuis quidam propriam rationem eſſe putent cur amita prohibeatur nubere fratris filio, quæ ceſſat in patruo ducente fratris filiam, quoniam amita loco matris eſt, & proinde non recte nubet fratris filio, cui poſtea tamquam vxorem ſubiectam eſſe oportet: & idem ſenſiſſe videtur *Ambroſ. Epiſt. 66.* ad Paternum, vbi admittit nuptias cum ſororis filia lege Dei expreſſim prohibitas non eſſe: & autem proculdubio inter fratris & ſororis filiam differentiam non agnoſcit. Sed quidquid ſit, ratio ipſa loquitur, non ita fœdam eſſe coniunctionem cum fratris filia, ac cum filia vera: nam & vt paulo ſuperius diximus, Abraham fratris filiam habuit vxorem, & ex eiuſmodi quoque coniunctione natus eſt Moyſes, vt ea non videatur lege naturæ interdicta. Nec moror quod hîc de confuſione nominum adducit: quæ ratio ſi nimis extendatur, nec permittendum erit, vt pater & filius duas ſorores, vel matrem & filiam ducant: quod tamen permiſſum eſſe conſtat. Apud Athenienſes ſororis filiam licite ductam oſtendit *oratio Demoſthenis* (ſiue ea alterius eſt) *in Nearam*, in cuius initio profitetur Theomneſtus ſe ſororis filiam in vxorem duxiſſe: quo permiſſo non video cur prohibitæ eſſe potuerint nuptiæ cum fratris filia; cum præſertim ſororem conſan-

guineam ducere liceret, vt ante demonſtrauimus: Apud Romanos olim eas illicitas habitas apparet ex his, quæ de Claudii & facto & edicto, (quod & ipſe fratris filiam duxit, & aliis idem facere permiſit) ſcribunt *Sueton. & Tacit. 12. annal.* poſt id temporis ab aliis vſurpatum non dubitatur, & ipſe Titus optimus princeps, Domitiano fratri filiam ſuam vxorem dedit: *teſte Suet.* & de Antonino idem teſtatur *Capitolin.* Nec alio referri poteſt, quod eſt apud *Vlp. tit. 5. de his qui in pot. ſunt.* ad quartum vſque gradum olim contrahi matrimonia non potuiſſe: nunc autem licere etiam ex tertio gradu vxorem ducere: ſi tamen fratris filia, non etiam filia ſororis, aut amita vel matertera ſit: quamuis eodem gradu iſtæ perſonę omnes ſint. Et nimirum ſignificat Vlpianus, edictum illud Claudii, quia rationi non videbatur ſatis conuenire, fuiſſe ſtricte acceptum, vt tantum locum haberet in fratris filia, non porrigeretur ad alios caſus, vtcunque eadem eſſet in illis ratio: nam quo minus ſororis filiam ducere liceat, vbi cum filia fratris nuptiæ permiſſæ ſunt, vix ſufficiens ratio dari poteſt: nam quod amitam & materteram attinet, illa prohibitionis ſpecialis ratio occurrit, quod cum maritus caput ſit familiæ, cui vxor obſequium & reuerentiam debet, minus conuenit, mihi eam eſſe vxorem, quæ mihi loco parentis eſt, iuxta §. *Item 5. h. t.* Hinc eſſe videtur, quod in reſponſis ICtorum fere tantum ſororis filiæ ſit mentio *l. miles 11. §. 1. l. ſi adult. 38. §. 1. de adulter. l. ſororis 39. §. 1. l. etiam 56. de ritu nupt. l. vlt. de condict. ſine cauſa,* vbi proponitur auunculus, præterquam in *l. quin etiam 15. §. 1. eod. tit.* vbi vetatur adoptiuus filius ducere neptē patris adoptiui ex filio: Neq; enim ferri poteſt quod *Hottom.* reſpondit *de nupt. cap. 5* ita ſtricte acceptum fuiſſe edictum Claudii, vt nec fratris adoptiui filiam ducere liceret. Nimis vtique ridiculum eſſet permittere nuptias cum fratris naturalis filia, & negare cum filia fratris adoptiui: quod præſertim edictum Claudii ſimpliciter ſine alia determinatione de fratris filia locutum eſt: cum alias ratio ſuaderet, facilius permitti nuptias cum ſororis filia, propter agnationem illic cum ſanguine concurrentem. Et ita ſane ſenſit Paternus ille qui conſuluit Ambroſium (vt refertur *Epiſt. 66. libr. 8.*) ſuper nuptiis cum ſororis filia, quas facilius admittendas putabat, quam cum filia fratris. Quod ſi ita eſt, vt tempore Vlpiani etiamnum licitæ fuerint nuptiæ cum fratris filia, oportet vt lex Neruæ quam teſte Xiphilino tulit μὴ ἀδελφιδῆν γαμεῖν, non habuerit vires: & probabile eſt, cum imperio eius, quod breue fuit, & ipſam illam legem finiiſſe.

Eius vero mulieris.] Seruat inſtitutum Tribonianus, vt primo de cognatione naturali, mox de ciuili tractet. Docuit fratris aut ſororis filiam non poſſe duci vxorem. Ita enim omnino obtinuit tempore Iuſtin. & diu ante: Licet enim edictum Claudii etiamnum temporibus Iuriſconſultorum noſtrorum obtinuerit, tamen poſt abrogatum, & imo nuptiæ iſtæ pro inceſtis habitæ *l. nemini 17. C. de nupt. l. vlt. C. de inceſt. nupt.* Ita in fratre & ſorore naturalibus. Sed & adoptiui fratris filiam ducere non licet *l. 55. §. 1. de ritu nupt.* quia agnata eſt: attamen putarim talem congreſſum pro inceſto non habendum, cum non violetur ius ſanguinis: quin cum hodie adoptio nec ius agnationis tribuat, non videntur iſtæ nuptiæ amplius prohibitæ, quod attingemus in §. *ſed hodie infr. de adopt.* ſororis autem adoptiuæ filiam ducere licet h. §. & eadem ratione, adoptatus ſororis filiam iure ducet: quoniam nec ciuili nec ratione naturali hæc perſona, ſc. adoptiuæ ſororis filia eſt coniuncta: non naturali, quia adoptio non tribuit ius ſanguinis: non ciuili, quia licet ſoror ipſa agnata ſit, tamen filia eius cum ipſi matri non ſit agnata, nec mihi agnata eſſe poteſt: quoniam ſicut ius cognationis conſequitur adoptatus tantum cum iis quibus agnaſcitur, ita & qui ipſi agnati non ſunt, non poſſunt pertinere ad familiam patris adoptantis.

TEXTVS.

TEXTVS.

5. Duorum autem fratrum vel ſororum liberi, vel fratris & ſororis coniungi poſſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Nuptiæ conſobrinorum.*
2 *Locus Theophili.*

HIc §. debet coniungi cum §. *Inter eas*, nam itidem tractat de linea transuerſa æquali. In illo §. de fratribus & ſororibus, hic
1 de † his, qui porro ab illis hinc inde deſcendunt: de quorum appellatione agitur *infr. libr. 3. de gradib. cognat.* Non dubium eſt recte ſe habere huius §. lectionem affirmatiuã, ſiquidem pluribus aliis locis iuris noſtri, quod Iuſtin. colligi fecit, nuptiarum harum permiſſarum non veſtigia, ſed expreſſa exſtant teſtimonia, in *l. 3. de ritu nupt. l. celebrandis 19. C. eod.* & caſus eſt in *l. Lucius 78. §. filiam 8. ad SC. Trebell. l. vter. 23. cum l. ſeq. de condit. inſt. l. 2. C. de inſtit. & ſubſtit.* Itaque quod à Caio contra ſcriptum eſt *libr. 1. inſtit. tit. 4. de matrimon.* vel interpolatum eſt ab Amano, qui notas & ſummas ſcripſit ad Codic. Theod. Cancellarius Theodorici Gothorum Regis: aut non iſte vetus, ſed nouus & recentior Caius eſt, vt ſupra quoq; notatum. Eadem reſponſio eſt ad Theophilum, apud quem legitur negatiue, οὐ δύνανται πρὸς γάμον συνάπτεσθαι: nõ enim iſtum Theophilum fuiſſe ſocium Triboniani in componẽdo iure noſtro, ſed alium quendam recentiorem, cuius temporibus iam iſtæ nuptiæ vetitæ fuerint, putant, *Curt. 2.* εἰκαστῶν *vlt. Baro ad tit. inſ. quib. mod. ius pat. pot. ſolu. Alberi. Gentil. 5. de nupt. 11.* quamuis cum iſte paraphraſtes, quicunq; tantũ ſit, perpetuo veſtigia & pene verba Iuſtiniani preſſerit & ſecutus ſit, vix ſit probabile, eum hic mutaſſe ſententiam textus noſtri. Obiter hic noto fœde corruptum eſſe
2 locum iſtius Theophili † in §. præc. vbi de fratris & ſororis liberis tractatur. Cum dixiſſet Theoph. fratris quoq; neptem non licere ducere, quamuis quarto gradu ſint, ſubiicit hæc verba, vti quidem in editione Curtii de anno 80. & Gothofredi de anno 608. habentur. ἐξ οὗ βαθμοῦ οὐ δύναμαι λαμβάνειν πρὸς γάμον, οἷον τὴν θετὴν θυγατέρα τοῦ θείου ἢ τῆς θείας. Quæ verba vel leuiter Græce doctus intelligit hoc ſignificare, ex quo gradu nõ poſſum ducere vxorem veluti adoptiuã filiã patrui, aut amitæ, vbi quidem cogor mirari oſcitantiam editorum & interpretum iſtorum, qui omiſſa particula negatiua οὐ & particula θετὴν, & de ſuo adiecta particula *tamen*, contrariam effecerunt ſententiam: quod ex quarto gradu liceat ducere patrui & amitæ filiam: nec inſuper animaduerterunt hoc pugnare, quod ſtatim ſequitur apud Theophilum, duorũ fratrũ vel ſororum liberos coniungi non poſſe: nam patrui mei & amitæ aut materteræ meæ liberi mihi ſunt patrueles & conſobrini: & inſuper affirmatiua lectio iſtorum egregiorum Interpretum, qui tamen negationem in Græco reliquerunt, pugnat cum eo, quod mox Theoph. eam regulã ſubiicit, quod cuius filia duci non poteſt, eius nec liceat ducere neptem: Ceterum non videtur vllo modo mens Theophili in §. iſto tractare voluiſſe de conſobrinis qui æquali gradu ſunt, de quibus demum agitur in §. ſeq. tum illud perſpicue falſum eſt, quod amitæ filiam adoptiuam non liceat vxorem ducere: & inſuper inepte dicitur, quod fœmina habeat liberos adoptiuos, niſi in caſu ſingulari, de quo in §. 10. *tit. ſeq.* Nec mihi vlla ratio ſanandi illius loci occurrit, niſi vt verba iſta, οἷον τὴν θετὴν θυγατέρα τοῦ θείου ἢ τῆς θείας, prorſus expũgamus. Hæc pro illis, qui Theophilum iſtum legunt, autorem ſane non contemnendum. Iam aliquid adhuc de conſobrinis addamus. Lege Dei iſte gradus prohibitus non eſt, licet contra ſcribat *Ambroſ. Epiſt. 66. ad* Paternum: non quod expreſſe vetitum putet, ſed per conſequentiam: nam & ibid. nuptias cum ſororis filia omnino damnat, tamquam Legi naturæ & Dei contrarias, quas tamen expreſſe non putat prohibitas. Et tamen diuerſa ratio eſt: nam cum connubium cum amita prohibitum ſit, quæ eſt tertio gradu,

eadem

eadem ratione cum ſororis vel fratris filia prohibitum exiſtimatur. Atquin cōſobrini quarto gradu ſunt, nec vllo modo inuicem parentum & liberorum locum obtinent. Rectius *Auguſtin. 15. de ciuit. Dei cap. 16.* iure diuino permiſſas eſſe agnoſcit, ſed raro vſurpatas. Raro inquit, per mores fiebat, quod fieri per leges licebat: quia id nec diuina prohibuit, & nec dum prohibuerat lex humana: quam intelligo Theodoſii, de quo Aurel. Vict. quod conſobrinarum nuptias vetuerit, tanquam ſororum quod idem ſimpliciter atteſtatur *Ambroſ. lib. 8. Epiſt. 66. ad Paternum*: & vtiq; vetuiſſe oportet, quas non niſi ex ſpecialibus cauſis petitas, reſcripto indulſit, vt docet *l. vn. C. Theod. ſi nupt. ex reſcr. pet.* iuxta formulam quæ eſt apud *Caſſiod. libr. 7. var.* ex qua apparet etiam ſub regno Gothorum in Italia id obſeruatum fuiſſe. Sed poſt reditum ad ius vetus, & ipſi Theodoſii liberi ſanctionem patris ſui antiquarunt, ſi vera eſt inſcriptio *l. cælebs. 19. C. de nuptiis,* (quoniam Arcadius & Honorius Theodoſii liberi fuerunt) quod negat *Cont. 1. ſucciſiu. lect. 9. (iunct 2. lect. 1.)* vbi putat iniuriam iis factam à Tribon. per *d. l. vn. C. Th. ſi nupt. ex reſcr. l. 3. C. Th. de inceſt. nupt.* vbi iidem Impp. nuptias cum conſobrina inter inceſtas referunt. Aut dicendum erit, eos poſtea ſententiam mutaſſe; quod rationi temporum congruit: ſiquidem conſtitutio *d. l. 3. C. Theo. de inceſt. nupt.* ſubſcriptos habet conſules, Arcadium 4. & Honorium 3. qui conſulatus incidit in annum Chriſti 400. atqui *d. l. 19. C. de nupt.* ſubſcriptionem habet anni 405. Cuique hic liberum iudicium eſto. Autoritas plane Ambroſii (qui vt modo dixi ſimpliciter prouocat ad conſtitutionem Theodoſii) & Auguſtini pro Contio facit, qui circa illa tempora & poſt annum Chriſti 400. floruit: & quod ipſe teſtatur *libr. 2. Retract.* libris de ciuitate Dei ſcribendis occaſionem dediſſe blaſphemia Ethnicorum, qui religioni Chriſtianæ imputabant cladem quam Roma capta ab Alarico Gothorum rege paſſa eſt, quæ incidit in annum Chriſti 414. vt proinde, ſi quæ fuit talis Lex Arcadii & Honorii qualis refertur in *l. 19. C. de nupt.* de anno 405. eam communi conſenſu damnatam & numquam receptam fuiſſe oporteat: ſed probatam vſu Legem Theodoſii quæ vetuit nuptias conſobrinorū: & ita *Auguſtinus d. lib. 15. de ciuit. Dei cap. 16.* Quis dubitet honeſtius hoc tempore prohibita conſobrinarum eſſe coniugia: quoniam, vt paulo ante ibid. ſcribit, quod fiebat cum conſobrina, pene cum ſorore fieri videbatur. Et ſeqq. porro temporibus iſta coniunctio illegitima habita: quin & neſcio quæ reuerentia ſanguinis & pene ſuperſtitio vlterius rem prouexit, ita vt *Nicetas Chon in Manuele lib. 3.* appellet συνουσίαν ἀθέμιτον coniunctionem Andronici cum patruelis filia Eudocia, quæ tamen quinto gradu eſt: & imo Pontifices veteres Romani vſque ad ſeptimam generationem, (in qua vtrimque qui ſunt de quorum nuptiis quæritur, iure ciuili 14. gradu coniuncti ſunt) & quouſque parentela cognoſci poteſt, nuptias interdixerunt *cap. progeniem 16. & can. ſeq. 35. quæſt. 3.* quos tamen Cann. autoritate Concilii ſuſtulit *Innocent. c. non debeo 8. de conſanguin.* & prohibitionem intra quartum gradum & generationem incluſiue limitauit: ita vt qui in linea tranſuerſa æquali inuicem ex computatione Can. quarto, ex ciuili octauo gradu ſunt, coniungi non poſſint. Et ſane iam olim in Oriente nuptias vetitas non tantum conſobrinorum; ſed etiam qui porro ex his nati ſunt, ſexto gradu & δισεξάδελφοι appellantur, apparet ex *Harmenop. qui lib. 4. tit. 6. §. 11.* ſcribit, τρισεξαδέλφους demū poſſe copulari qui ſūt gradu octauo: idq; euidentius apparet ex eiuſdem *lib. 6. tit. 4. §. 2.*

TEXTVS.

6\. Item amitam licet adoptiuam vxorem ducere non licet: item materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum eſt, magnam quoque amitam & materteram magnam prohiberi vxorem ducere.

COMMENTARIVS.

1 *L. 55. §. 1. de ritu nupt.*

2 *An quis auunculus per adoptionem.*

Quæ

QVæ ad explicationem huius loci pertinent, iam dicta ſunt ad §. *fratris vero* 3. *ſup. h. t.* Illud ſaltem Primo notandum, verba, *licet adoptiuam*, recte adiecta ad verbum *Amita*, & ſtudio omiſſa de matertera; quoniam amita quæ fratri ſuo agnata eſt, eadem quoque agnata eſt ei quem frater adoptat. Matertera autem nulla fit per adoptionem, quia nec mater fit; nec quis prohibetur ducere ſororem eius quæ patris adoptiui vxor eſt. Secundo verba eadem *licet adoptiuam*, repetenda quoque eſſe in *verſ. qua ratione.* ad amitam magnam, quoniam & hæc agnata eſt; idque expreſſum eſt in *l. per adoptionem* 17. *in fin. de ritu nupt.* durante ſcilicet adoptione; ea enim ſoluta vtique licitæ erunt nuptiæ, quæ tum etiam cum ea quæ ſoror fuit, licitæ ſunt; §. *Inter. ſupra h.t.*

Ei autem, quod diximus, nullam eſſe materteram adoptiuam, nec vetitas eſſe nuptias cum ſorore vxoris patris adoptiui quantumuis durante adoptione, non obſtat, quod ſcri-
1 ptum eſt in † *l. quinetiam* 55. §. 1. *de ritu nupt* non licitum eſſe ducere vxorem, eam quæ patris adoptiui matertera eſt.

Etenim ſupra diximus, duplicem eſſe rationem quæ hic inhibet nuptias, alteram ab agnatione quam inducit adoptio; alteram à reuerentia, quæ facit vt nec poſt emancipationem liceat eam ducere quæ adoptiua filia aut neptis fuit; eademq; facit, vt durante adoptione non liceat ducere patris adoptiui matrem, licet nulla auia fiat per adoptionem; quia turpe ſit, quem ducta matre ei fieri loco patris cui filius eſt.

Eadem ratio & conſideratio facit, ne liceat filio adoptiuo ducere materteram patris adoptiui, quoniam hæc patri adoptiuo loco matris eſt, h. §. quod non animaduerſum errorē & tenebras obiecit Hottom. hoc loco, vbi in *d. l.* 55. pro *materteram* cenſet reponendum, *amitam.*

2 Dixi materteram non fieri per † adoptionem; eadem enim prorſus ratio eſt materteræ & auunculi; quē Iuriſconſultus negat fieri per adoptionem *l. ſi qua* 12. §. *vlt. de ritu nupt.* Atquin, ſi auus meus matern⁹ adoptet aliquem in filium vel filiam; hi cum matri meæ fiant ſoror & frater, an non mihi erunt matertera & auunculus? Vtique nomine tenus eſſe videntur: Sed re ipſa & effectu non ſunt; quoniam cum nec mater nec auus maternus mihi agnati ſint; nec tales perſonæ ab auo materno adoptatæ mihi agnatæ erunt, & per cōſequēs nec cognatæ, ex ratione *l.* 23 *de adopt.* & inter me, & iſtas perſonas, nulla ſucceſſio nec vlla prohibitio eſt nuptiarum. Fruſtra autem obiiciunt Accurſ. & veteres Interpp. textum in *l. per adopt.* 17. §. *vltim. in fin. de ritu nupt.*

Quod enim in vetuſtioribus vulgatis exemplaribus ita legitur: *Vtique autem materteram & amitam magnam prohibemur vxorem ducere, etſi per adoptionem nobis coniunctæ ſint*, Vitium eſt lectionis, quod iam olim emendauit Haloander, & pro *materteram* repoſuit *amitam*, & conueniunt exemplaria Florentina. Fruſtra enim in matertera magna hoc admoneret ICtus, quod multo magis in amita haberet locum, de *qua in pr. §. vlt. egerat.* ſed enim cum in pr. eo indiſtincte egiſſet de matertera & amita, declarationis loco in f. ſubiecit, prohibitionem habere locum in amita, licet ſit adoptiua; vt innueret, quod in princ. dixerat de matertera ad adoptiuam non pertinere. Itaq; fruſtra laborant Accurſ. Porc. & prolixe Angel. & alij in caſu ſingulari inueſtigando materteræ adoptiuæ, cum qua nuptiæ ſint interdictæ.

TEXTVS.

7. Adfinitatis quoque veneratione à quarundam nuptijs abſtinere neceſſe eſt: vt ecce priuignam aut nurum vxorem ducere non licet, quia vtræque filiæ loco ſunt. Quod ita ſcilicet accipi debet, ſi fuit nurus, aut priuigna tua: nam ſi adhuc nurus tua

eſt, id eſt, ſi adhuc nupta eſt filio tuo,
alia ratione vxorem ducere non po-
teris, quia eadem duobus nuptā eſſe
nō poteſt. Item ſi adhuc priuigna tua
eſt, id eſt, ſi mater eius tibi nupta eſt,
ideo eam vxorem ducere non pote-
ris, quia duas vxores eodem tempore
habere non licet.

Commentarivs.

1 *Quid adfinitas.*
2 *Species adfinium.*
3 *Eorundem gradus.*
5 *Et porro genera.*
4 *Polygamia.*

DIximus *ſupr. ad §. 1. h. t.* coniunctionem
perſonarum, quæ prohibet eas copula-
ri matrimonio, eſſe vel cognationem vel ad-
finitatem; hactenus de cognatione; ſequi-
tur de adfinitate. Vbi initio conſtituendum
1 eſt, quid adfinitas, † & qui veri ſint adfi-
nes. Vt quam breuiſſime dicam, naſcitur af-
finitas ex vnione viri & vxoris. Vxor quam
arctiſſime viro, & hic viciſſim illi iungitur
& quaſi vnitur. Ex quo fit, vt v. c. vxor,
ad hunc modum vnita viro, neceſſario in-
cipiat eſſe aliquomodo iuncta ijs, qui viro
coniuncti ſunt, & ſcilicet agnati vel cognati;
quæ eadem ratio vice verſa eſt in viro, Hæc
coniunctio quæ per hanc vnionem eſt inter
vxorem & qui viro coniuncti ſunt, & vice
verſa; dicitur adfinitas. Ex quo efficitur verio-
rem eſſe ſententiam eorum, quæ & commu-
nis eſt, qui putant affinitatem contrahi inter
vxorem & viri cognatos, & viciſſim, inter vi-
rum & vxoris cognatos; non autem inuicem
adfines eſſe cognatos vxoris & mariti; quæ
communiſſima *gl. & Interpp. Ioh. de Plat. Ang.
Fabri & Port. in h. §.* ſententia eſt; quamuis con-
tra ſed male putet *Duar. cap. 3. de nup:*. Qui com-
munem hodiernum vſum ſecutus videtur. Et
illa opinio confirmatur ex enumeratione af-
finium in *l. 4. §. 3. de gradib.* Porro cum cognati
mariti fiant affines vxori, & vero minime o-
mnes æqualiter & eodem gradu ei cognati
ſint, ſequitur neceſſario, quod nec omnes
æqualiter ſint adfines vxori. Obſeruandum
autem hic agi de prohibitione nuptiarum, i-
taque tantum eos affines recenſeri, cum
† quib. vetitæ ſunt nuptiæ; qui omnino duo- 2
rum ſunt generum; alij enim ſunt loco paren
tum & liberorum, veluti; Socer ſocrus, nur*
gener, alij loco fratrum, quos hoc tit. Iuſtin.
omiſit; Sed vtique affinis vxori eſt viri frater,
& viro vxoris ſoror, cum quibus ſolutis nu-
ptiis interdictum eſt matrimonium, non ob
aliam cauſam quam quia fratrum & ſororum
loco inuicem eſſe ceperunt, quod velim ad-
ditum eſſe *in d. l. 4. §. hos itaque 7. de gradib. & adf.*
nam ex præcedd. in quibus etiam iam dd. per-
ſonæ referuntur, apparet, non tantum ob re-
ſpectum parentum & liberorum ex cauſa ad-
finitatis, nuptias prohibitas eſſe. Hæ nimi-
rum perſonæ tantum in hac materia refe-
runtur; quoniam vltra eas adfinitas non ha-
bet prohibitionem; Ceteroquin etiam a-
lias perſonas in remotiori gradu iunctas ma-
rito quominus affines dicantur vxoris, quid
obſtare poſſit non video; nec adeo porro,
quominus gradus † etiam in adfinitate ad- 3
mittamus, non quidem eo ſenſu, quo in co-
gnatione per generationem gradus conſti-
tuuntur, quo reſpectu negantur gradus ad-
finitatis *l. 4. § gradus 5. de gradib.* Sed in relatio-
ne ad conſanguinitatem, vt quo gradu quis
eſt cognatus marito, eodem gradu dicatur eſ-
ſe adfinis vxori; quomodo *Couarr.* ſcribit *de
matrim. part. 2. cap. 6. §. 7. n. 6.* gradus peculiares
adfinitatem non habere, præter eos qui in
conſanguinitate conſiderantur. Quæ conſi-
deratio tractantibus hanc rem ex iure Cano-
nico, neceſſaria eſt, quo ſicut in terminis co-
gnationis, ita & adfinitatis prohibitio nu-
ptiarum longius porrecta eſt, vt nimirum,
quam perſonam ex linea cognationis mari-
tus ducere non poteſt, eam defuncto marito
vxor propter affinitatem ducere non poſſit,
& talem perſonam ex cognatione vxoris ea
defuncta ducere non poſſit, cuiuſmodi pro-
hibitionem iure noſtro adfinitas non habet;

& di-

& diſcimus ex *Cicer. libr. 1. de diuin.* (vbi de Cæcilia) defuncta vxore fas fuiſſe marito ducere ſororis defunctæ vxoris filiam, quod à diſpoſitione iuris Canon. longe abhorret. Ita de gradibus adfinitatis. Statuunt &
4 veteres canones adfinitatis † genera, qui ſicut longiſſime porrexerunt prohibitionem propter cognationem, & vſque ad ſeptimam generationem; ita & introduxerunt tria genera affinitatis, in quibus nuptias vetuerunt. Primum genus eſt verorum adfinium, de quibus hoc loco. Secundum genus dicitur, cum vere adfini & ſcil. in primo genere, alia perſona per nuptias coniungitur. Verbi cauſa vxoris ſoror mihi eſt in primo genere adfinitatis iūcta, & cū vxoris cognatis illicitæ nuptiæ; ſi ſoror iſta nubat, eius maritus mihi eſt in ſecundo genere adfinitatis, & adeo cum huius quoque cognatis mihi interdictæ erunt nuptiæ; & ita porro in tertio genere, velut iſta explicant *Couarr. d. part. 2. cap. 6. §. 7 numer. 6. Canoniſtæ & præſertim gl. in c. non debet 8. de conſanguin. & adfin* Sed hanc prohibitionem in ſecundo & tertio genere adfinitatis, nimis late ſe fundentem recte in *d. cap. non debet.* ſuſtulit Innocentius. Videtur tamen exemplum & ſpecies ſecundi generis adfinitatis ex iure noſtro dari poſſe, nimirum vidua priuigni. Nam iuxta deſcriptionem iā propoſitam, vxoris ex alio marito filius marito eſt primo genere adfinitatis coniunctus; & adeo ſi priuignus ducat vxorem, hoc erit vitrico adfinis in ſecundo genere; neque alia quā adfinitatis ratio videtur prohibere, quominus liceat vitrico ducere viduam defuncti priuigni *l. vxorem 15. de ritu nupt.* Sed enim ſicut non ſemel diximus, reſpectum & reuerentiam perſonarum & honeſtatem, citra vinculum agnationis impedire matrimonium, id hic quoq; locū inuenit, & facit, vt eius qui ſemel filius fuit, propter matrem quæ vxor fuit vxorem, in matrimonio habere non liceat.

Ex his nullo negotio textus propoſitus intelligitur; nimirum vnde deſcendat adfinitatis veneratio, & quod hæc in ſpecie veneratio dicatur, quæ eſt in perſonis hic & §. ſeq. relatis, quæ habent inter ſe reſpectum parentum & liberorum.

Si fuit nurus] Ergo diſſoluta demum adfinitate locus eſt prohibitioni, ex cauſa adfinitatis; ꝙ & expreſſius dicitur *in §. ſeq. ver quod & ipſum.* Et an igitur ſimile eſt, ei ꝙ dicitur in *§. 1. ſup. h. t.* diſſoluta quoq; adoptione eſſe prohibitionē nuptiarum inter eos qui fuerunt parētes & liberi? Non puto, nā vinculum illud quod fuit inter filiū & vxorem, & vnio illa corporum & cōfuſio ſanguinis, lōnge magis operantur in prohibitione nuptiarū, quam ciuile cōmentum adoptionis; tum ēt nurus non eſt vera filia, ſed filiæ loco; atquin cum patruus quoq; ſit parentis loco, attamē nō dubito quin hic filiā fratris adoptiuā vbi emancipata eſt, ducere, & amita fratris filio adoptiuo emancipato nubere poſſit. Nimirū per nuptias cōtrahitur adfinitas, itaq; & nuptijs ſolutis videtur diſſolui; ſed ſane omnimodo diſſolui dici nō poteſt, cū cauſa affinitatis ex vnione illa & confuſione ſanguinis nō tollatur. Itaq; hactenus ſuo modo quodam durare videtur adhuc; licet alibi ſecus, vt in *l. 3. §. 1. de poſt* Et huc pertinet, quod ait *Pontif. in c. 1. cauſ. 35. qu. 1.* vno defuncto in ſuperſtite affinitatem non deleri.

Eadem duobus nupta eſſe non poteſt.] Dixi ſupra ad *§. 1. tit. præc.* nullam vmquam gentem probaſſe, vt vna fœmina duob. nupta ſit; quamuis ſane (quod non longe abit,) fuiſſe dicantur gentes, apud quas in communi vſu mulieres; quale quid de populis Arabiæ Felicis narrat *Strabo lib. 16.* de Maſſagetis *Herodot. lib. 1. in fi.* de Scythis γαλακτοφάγοις *Nicol. Stob. ſerm. 3.* de Garamantibus *Plin. 5. hiſt. nat. cap. 8.* Quin *Plato lib. 5.* in ea quam ſibi finxit Repub. vxores quodāmodo facit communes. Fabulam eſſe puto quam ex *Gellio 1. noct. 23.* refert *Macrob. 1. Saturn. 6.* mulieres Romanas publice petijſſe, vt vna fœmina eſſet potius nupta duobus, quam duæ vni.

Duas vxores eodem † tempore habere non licet.] 5
Notauimus id quoq; ſupra *ad d. §. 1. tit. præc.* ex numero ſingulari, quo ibi vtitur Iuſtin. *Viri & mulieris.* Diſputatur tamen an hæc prohibitio ſit iuris gentium. Et cum ius gentium

Digitized by Google

tium æſtimetur ex vſu gentium, vt ſæpe ſup. Iuſtin. ius gentium deſcripſit, deprehendere ſane licet, pleriſque gentibus polygamiam receptam fuiſſe; ſtrictim id oſtendemus, allegatis ſaltem autoribus (neque enim eſt huius loci) qui de polygamia plurimarum gentium atteſtantur. De Ægyptijs *Diod. Sicul. lib.* 1. & 2. Naſamonibus *libr.* 4. *Herodotus.* Parthis *Euſeb. lib. 6. præpar. Euangel.* Iuſtin. *libr.* 14. Perſis *Amm. Marcell. libr.* 23. Numidis, *Saluſt. bell. Iugurth.* Mauruſijs *Procop. libr.* 4. *de bell. Vand.* Gerbianis in Africa *Thuan. lib.* 18. *hiſt.* & hodie Turcis, *Busbeq. Epiſt. 3. de reb. Turc.* Nec omnino abſtinuiſſe Germanos, intelligas ex *Cæſare libr.* 1. *de bell. Gall. Cornel. Tac. de moribus Germ.*

Et ne tantum barbaras gentes quis aduocari dicat, ipſe Deus populo ſuo polygamiam permiſit, & exſtant Patriarcharum, Regum aliorumque ſanctorum virorum exempla; & ſpeciem quandam polygamiæ Lycurgum LL. ſuis Spartæ probaſſe & ſanxiſſe *Xenophon* teſtatur *in repub. Lacedæmon.* & Athenis quoque id licitum oſtendit exemplum Socratis, qui duas ſimul habuit vxores. Quin apud *Nicetan. lib. 3. de Imperio Alexij*, legimus de Chriſtiano principe, duas vxores habente, & iam ante Valentinianus ſenior Imp. Orthodoxus, vxori viuenti ſuperduxit alteram, lata etiam publice Lege, vt id cuiuis liceret, vt refertur *tripart. hiſt. lib. 8. cap.* 11. Idque exſtat apud *Socrat. libr. 4. Eccleſ. hiſt. c.* 31. Quamuis eam hiſtoriam falſitatis & erroris arguere conetur Cæſar Baronius in annalib. tom. 4. anno Chriſti 370. n. 124. & ſeqq. Iſta ὡς ἐν παρέργῳ.

TEXTVS.

8. Socrum quoque & nouercam prohibitum eſt vxorem ducere, quia matris loco ſunt. Quod & ipſum demum diſſoluta adfinitate procedit: alioquin ſi adhuc nouerca eſt, id eſt, ſi adhuc patri tuo nupta eſt, communi iure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta eſſe non poteſt. Item ſi adhuc ſocrus eſt, id eſt, ſi adhuc filia eius tibi nupta eſt, ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas vxores habere non potes.

COMMENTARIVS.

Nihil hic noui, & prorſus eadem huius loci ſententia quæ §. prioris. Diximus ibi principalem cauſam prohibitionis ex affinitate naſcentem, eſſe eam, quæ efficiat, vt ſint inuicem loco liberorum & parentum; diximus etiam quomodo accipiendum, quod nuptijs ſolutis affinitas diſſolui dicatur.

TEXTVS.

9. Mariti tamen filius ex alia vxore, & vxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem ſororemue ex matrimonio poſtea contracto natos.

COMMENTARIVS.

Hi ſunt qui dicuntur compriuigni, ꝙ neutrum parentem communem habent, Germ. Zwey zugebrachte Kinder. Ex quo, & quia iſti recte contrahunt matrimoniũ, argumentum colligi ſolet pro opinione quam probauimus ad §. *adfinitatis*, non eſſe affines viri & vxoris vtrimq; cognatos: Licet enim nõ omnis affinitas ſit impedimento nuptiis, attamen ſi iſti affines eſſent, fratrum & ſororum loco inuicem eſſent, quæ conſideratio regulariter facit, vt nuptiæ ſint illicitæ. Fit hoc modo idem vitricus & ſocer, eadem nouerca & ſocrus; vt vel hinc non ſemper à confuſione nominum liceat inferre impedimentum matrimonij, extra quam vbi ſimul eſt confuſio rerum ipſarum & ſan-

Digitized by Google

ſanguinis. Et non dubito licitum eſſe, vt pater & filius, ducant duas fœminas matrẽ & filiam; vt nec obſtare videatur quidquam, quo minus filius eam quæ mater eſt, & pater filiam ducat, quomodo ſane nomina non leuiter confunduntur. Sed hæc extra rem, quibus dicendis cauſam præbuit Hottom. hic quamuis ſane nõ diſſimili ratione licitæ ſint nuptiæ duorum fratrum cum duabus ſororibus, & patris filiique cum matre & filia, quod & hic notat Weſenb. Ad hunc §. ſcrupulum mouet, quod iſta coniunctio compriuignorum improbata videtur iure diuino & Lege Moyſis; quem ſcrupulum mouit Anth. Matthæus, ita quidem vt hoc quod ſtatuitur hoc §. *ex l. generali 34. §. 2. de ritu nupt. l. Titia 134. in pr. de verb. oblig.* vt contrarium iuri diuino inter næuos Iuris Ciuilis referre non dubitauerit. Locus quem citat Matthæus eſt *Leuit.* 18. *verſ.* 11. Ego qui de veritate Hebraica iudicium ferre non poſſum, Interpretationes varias & ipſiſſima verba Interpretum variorum ſubiiciam, vt inde de ſententia & iudicio Matthæi iudicium ferre omnes poſſint. Accepi à peritis Hebrææ linguæ, Chaldæum Paraphraſten ita eum locum reddidiſſe, Turpitudinem filiæ patris tui, quæ nata ex patre tuo eſt ne retegito. Vulgata verſio habet; Turpitudinem filiæ vxoris patris tui, quam peperit patri tuo. Sanctes Pagninus ita; Turpitudinem filiæ vxoris patris tui, prolis patris tui, quomodo & Vatablus edidit. Græca Interpretatio, ſiue ea LXXII. Interpretum ſiue alia eſt ita; *ἀσχημοσύνην θυγατρὸς, γυναικὸς πατρός σου, οὐκ ἀποκαλύψεις, ὁμοπατρία ἀδελφή σου ἐστιν.* Et ita quoque Interpretatio Germanica Lutheri, itemque Italica Diodati & Gallica habent. Quæ interpretationes omnes oſtendunt, videri temerarie feciſſe Ant. Matthæum, qui eum locum acceperit de compriuignis, de quibus nullus iam dd. Interpretum eum explicauit. Idque ſolum ſufficere debet & poteſt ad eum refutandum. Neque illum excuſare poteſt, quod vnus Iunius explicauit illum textum de fœmina & filia quæ ex patre nata non eſſet: maxime cum ipſe Iunius in analytica explicatione ad eum locum ſententiam mutauerit: & vtique in editione Londinenſi anno 93. & editione Hanouienſi anni 96. ita reddidit: *Nuditatem filiæ natæ ex nouerca tua, cognatæ patris tui*: & nota quam ibi adiicit ad illius ſententiæ explicationem penitus deſtruit opinionem Matthæi, qui rectius feciſſet, ſi in hoc & aliis capp. ab iuris noſtri reprehenſione abſtinuiſſet. Videtur quidem ita reperi idem *in verſ.* 11. quod ante propoſitum erat *in verſ.* 9. ſiquidem *d. verſ.* 11. intelligitur de ſorore, quæ communem patrem habet. Verum & quæ ad iſtud remouendum dici poſſunt & ſolent, attuli ad *Tr. de nupt. lib. 3. lit. B.* & conſenſus tot interpretum ad refutationem nouæ & temerariæ explicationis ſufficere debet.

Licet habeant.] Ratio hæc dubia eſt in hoc caſu, quod per fratrem communem ex eodem matrimonio genitum, videatur coniunctio inter compriuignos quodammodo arctior fieri.

TEXTVS.

10. Si vxor tua poſt diuortium ex alio filiam procreauerit, hæc non eſt quidem priuigna tua: ſed Iulianus ab huiuſmodi nuptiis abſtineri debere ait. Nam conſtat, nec ſponſam filii nurum eſſe, nec patris ſponſam, nouercam eſſe, rectius tamen & iure facturos eos, qui ab huiuſmodi nuptiis abſtinuerint.

COMMENTARIVS.

1 *Affinitas perfecta & imperfecta.*
2 *An adfinitas ex coitu illicito.*

PRiuignum inde dictum ait Feſtus, quod prius genitus quam vxor ſecundo nuberet, cui conuenienter Græcis (ita n. Theoph. habet) *πρόγονος* dicitur. Hinc putat Hottom. hoc loco Iuſtinianum argumentari, non eſſe priuignam, quæ ſit poſt genita, prorſus quomodo

modo Theoph. Φημὶ μὲν εἶναι αὐτὴν προγόνην, προγόνη γάρ ἐστιν, ἡ ἀπὸ τῶν ἐμῶν τελειῶσα γάμων. Sed tamen ego non puto ad iſtam notationem reſpexiſſe aut Iuſtinianum aut ICtum in *l. ſi qua* 12. §. 3. *de ritu nupt.* ſed magis (cum & alias ab Etymologia infirma plane ducantur argumenta, præſertim vbi non ſatis certa eſt) ipſam rem. Nimirum priuigna eſt loco filiæ, vt eſt in *praecedd.* §§. Hæc autem quæ nata eſt poſtquam à me diuertit vxor, mihi filiæ loco eſſe non poteſt, quoniam tantum mihi loco filiæ ob hãc cauſam, eſt, quia mater eius vxor mea eſt, & vtique tum filiæ loco fuit. Nam vt hoc obiter addam ad affinitatẽ veram & per-
1 fectam † requiritur, vt interueniat vnio corporum quæ faciat confuſionem ſanguinis; tum vt illa vnio ſit legitima & ſcil. matrimonialis, & denique vt perſonæ quæ debent affines fieri, ipſo illo vnionis tẽpore, ſint alterutri coniugum coniunctæ. Hoc poſterius requiſitum deficit hoc caſu, quo iſta de qua quæritur poſt diuortium nata eſt. Et tamen quoniam ille de cuius coniunctione quæritur, per copulam vnum corpus cum matre factus eſt, merito à nuptiis filiæ quandocunque natæ abſtinere debet, & poteſt illa appellari ſpecies impfectæ affinitatis, quæ inducit honeſtatis prohibitionem. Eadem aut non abſimilis ratio militat in eo quod ſequitur in verbis.

Nam conſtat nec ſponſam.] Nam hic deficit requiſitum primum iſtud amoris corporalis, ob cuius defectum non poteſt induci plena & perfecta affinitas, ſed imperfecta, quoniam ſponſalia inducunt tantum ſpem nuptiarum. Magis accedit iſtud ad veram affinitatem, ſi ſecuta fuerit deductio in domum; & ſicut hodie dicimus, ſi interceſſerint ſponſalia de præſenti; & maxime deductio in Eccleſiam; quod Iure Canonico & moribus noſtris habetur pro vero matrimonio. Vbi tamen copula ſecuta needum eſt, non poteſt eſſe plena affinitas. Hottom. ait eſſe argumentum in his verbis, à minori. Si non licet ducere ſponſam filii, multo minus licebit ducere filiam eius quæ fuit vxor. Et ſane in terminis ſponſalium verorum, quæ appellantur de futuro, bona iſta conſequentia eſt: ſed haud ſuo an eo reſpexerit Iuſtinianus. Magis puto illi propoſitum fuiſſe, illuſtrare caſum propoſitum de quaſi priuigna, cum duobus caſibus, quaſi nurus & quaſi nouercæ, de quibus egerat *in* §. 6. & 7. Sunt igitur iſtæ duæ imperfectæ affinitatis ſpecies, inter quaſi priuignam quæ poſt diuortium nata eſt: & inter eam quæ tantum ſponſa fuit. Eſt & tertia ſpecies † propter quali- 2
tatem copulæ & vnionis corporalis, ſi ſit non matrimonialis. Et tamen ſicut vnio & mixtio corporum principalis cauſa eſt prohibitionis inter perſonas coniunctas, ita hæc affinitatis quamuis imperfectæ ſpecies potentior eſt ad impediendas nuptias. Hinc enim nullo modo licebit ducere concubinæ ſororem, vel ex alio genitam filiam; non etiam licebit patris ſui concubinam *l. liberi* 4. C. *h. t.* & nimis abſurdi ſunt, qui hanc prohibitionem putant eſſe meræ honeſtatis. Et quod iſta pene ſit perfecta affinitatis ſpecies, vtique quoad effectum impediendi nuptias, inde apparet, quod etiam ſeruorum (inter quos iuſtum connubium non eſt,) affinitates dicuntur *l. adoptiuus* 14. §. *Idem* 3. *de ritu nupt.* & impudenter fecit *A Fab.* qui in Iuriſprud. (quam eadem modeſtia inſcripſit Papinianeam) *ad hunc tit. princ.* 6. *illat.* 1. præciſe negat affinitatem ſeruilem, & *d. ctum* §. 3. à Triboniano corruptum eſſe ſtatuit. Ita enim ne quidem ex concubinatu, aut alio coitu extra matrimonium poſſet naſci affinitas; quod perſpicue falſum eſt, & contradicit *d. l.* 4. C. *de nupt. iunct. l.* 1. §. 3. *de concubin.* neque enim alia quam affinitatis ratione inter iſtas perſonas & quarum mentio eſt in *d. l.* 14. § 3. nuptiæ prohibitæ ſunt; cum etiam inter ſeruos ratione formæ eſſentialis ſit matrimonium. Nec obſtat *l.* 4. §. *pen. de gradib.* quæ de omnino perfecta adfinitate loquitur, ceteroquin dicendum eſſet, ex coniunctione extra matrimonium nec vllam naſci cognationem, quod aperte falſum eſt.

Digitized by Google

Nec ſponſam filii nurum eſſe.] Sponſalia dicuntur *mentio & repromiſſio*, ſiue vt alii volunt, *mutua repromiſſio* futurarum nuptiarum. *l. 1. de ſponſalib.* fiebant enim apud veteres mutuæ ſponſiones: & v. c. ducturus alicuius filiam ſtipulabatur à patre, daturum in vxorem: ſocer futurus viciſſim ſtipulabatur, filiam ductum iri, vt ex locis Comicorum & inprimis *Gellio 4. noſt. Att. 4.* apparet, & *l. 2. de ſponſalib.* poſtea receptũ, vt nudo conſenſu & inter abſentes etiam conſtituerentur ſponſalia *l. 4. & vlt. eod. tit.* Et igitur cum tantum ſpes eſſet nuptiarum, *l. ſi vxor 13. §. diui. 3. de adulter.* non poterat vera affinitas eſſe ex ſponſalibus, nec proinde nurus erat, quam adhuc ſaltem ſpes erat vxorem filii futuram: quæ etiam in ſponſa patris ratio eſt; itemque vice verſa in ſocero aut genero vel ſocru. At obſtat, quod generi & nurus appellatione ſponſus quoque & ſponſa contineri dicuntur *leg. 6. de gradibus.* & hæ appellationes etiam ex ſponſalibus adquiri *l. 8. eod. tit.* quod firmatur ex *l. 3. & 4. ad l. Pomp. de parric.* Reſpondeo dupliciter 1. vt paulo ante dixi, affinitatem aliam perfectam eſſe aliam imperfectam, propter quam hæc nomina iſtis quoque perſonis accommodantur. 2. Intereſſe an abrupta ſit ſpes nuptiarum, an adhuc duret, propediem futuris nuptiis. Ad hunc caſum pertinent *d. l. 6. & 8. de gradib. & d. l. 4. de parric. id.* itemque quod eſt in *d. l. ſi vxor. 13. §. diui 3. ad L. Iul. de adult.* cum ſponſa videri committi adulterium, & eam poſſe accuſari iure viri. Ad illum videtur pertinere, quod hoc §. dicitur; nam nimis improbum ſit dubitare; an pater ſuperſtite adhuc filio & durantibus ſponſalibus, filio ſuo deſponſam ducere poſſit, ſed quæritur iſtud, vbi per mortem filii, aut repudio ſponſalia ſunt diſſoluta.

TEXTVS.

11. Illud certum eſt, ſeruiles quoque cognationes impedimento nuptiis eſſe ſi forte pater & filia, aut frater & ſoror manumiſſi fuerint.

COMMENTARIVS.

Diximus ſupra etiam ex illegitimo concubitu naſci cognationem quæ eſt impedimento nuptiis *l. nuptiis 53. cum l. ſeq. de ritu nupt.* Ergo etiam ex coniunctione ſeruorum naſcetur talis cognatio, *h. §. & l. 14. §. 2. h. t.* nam cum natura omnes homines æquales ſint *l. quod attinet 32. de Reg. Iur.* in contrahendis matrimoniis naturale Ius & pudor inſpiciendus eſt *l. adoptiuus 14. §. 2. in fin. de ritu nupt.* Ex quo iudicium ferre licet, de eo quod mox hoc §. quaſi per limitationem ſubiicitur.

Si pater & filia &c.] Reſtringit prohibitionem ad manumiſſos, vt qui naturaliter ſibi coniuncti eſſe ceperunt, cum ſerui eſſent (cognatorum enim nominibus in ſeruis quoque non parcimus *l. vlt. §. non parcimus. 5. de grad.*) manumiſſi nõ poſſunt matrimonio iungi. Et an igitur dum adhuc ſerui ſunt, pater cum filia, cum matre filius, ſoror cum fratre recte conſueſcunt? Equidem Paulus *in d. l. vlt. d. § 5.* diſerte ſcribit ſeruiles cognationes non pertinere ad Leges, & inter ſeruos nuptiæ non ſunt, de quibus h. t. agitur. Sed ſane cum natura omnes æquales ſint, ius naturæ etiam ſeruos tenebit, & quod recte monent Baro. & Hottom. impie & contra naturæ ius faciet ſeruus, ſi ſe his perſonis miſceat; impie faciet dominus, ſi hanc coniunctionem iubeat aut permittat. Et vtique eſſentia ſua matrimonium, quod iuris naturæ eſt, inter ſeruos quoque contrahitur, ſi adſit affectio maritalis, & ſerui quoque coniuges dicuntur in *l. pen. C. comm. vtr. iud.* Adeo licet illa coniunctio iure noſtro ciuili, quo ſerui pro nullis habentur, contubernium dicatur, tamen eſſentialiter eſt matrimonium. Itaque vtcunque aliud putent Hottom. & Baro, amplius ego putarim, ſeruum ſi ſe miſceat matri, publice & criminaliter crimine inceſtus accuſari poſſe; quin dixerim forte poſſe quaſi adulterii accuſari, qui eam quæ in contubernio ſerui eſt, pro vxore, violauerit,

Digitized by Google

rit, licet forte mitius puniri debeat; & meminì me legiſſe de Imp. quodam qui militem capitali ſupplicio affecit, eo quod ſerui vxorem ſtupraſſet. Et Vopiſcus in Aureliano in fin. Ancillam ſuam, quæ adulterium cum ſeruo ſuo fecerat, capite puniuit. Et nec excuſabitur hic ſeruus ſi iuſſu domini tale quid fecerit, quod iuris eſt in omnibus atrocioribus & quæ naturæ Lex damnauit. *l. ad ea* 157. *de Reg. Iur.* & dicemus *infr. ad* §. *Illud* 7. *Mandati.* Et iſta expedite procedunt de Iure Canonico, quo etiam vera habentur & iuſta coniugia ſeruorum *vt ext. de coniug. ſeruor.* Circa quod quæri poſſit, an per iſtam ſanctionem Iuris Can. aliquid detrahatur iuri dominorum. Et illud primo docet *ca.* 2. *&* 4. *eo tit.* coniugium eſſe nullum, ſi quis cum ſerua ignarus conditionis eius contraxerit nuptias, niſi poſt cognitam conditionem cum ea conſueuerit; quæ eadem Capp. oſtendunt, eſſe coniugium, ſi quis ſciens ducat ancillam. In quibus terminis quæritur de iure domini. Et enim in *ca.* 1. *de coniug. ſeru.* ait Pontifex, nihilominus conſueta ſeruitia eſſe dominis præſtanda. Et porro ſiquidem ius domini integrum manet, ſequetur liberos ex hoc coniugio natos, eſſe ſeruos, ceteroquin iniqua conditio inferretur domino, qui ſi iunxiſſet eam ſeruo, ſeruos ea peperiſſet. Et hoc ita eſſe tradit *Hoſtienſ. in ſumm. de coniug. ſeru. n.* 3. *& in ſum. tit. ſeq.* Atque adeo hic caſus ſingularis eſt, quo natus ex matrimonio legitimo ſequitur, conditionem matris non patris. Addo pro eo quod inter ſeruos quoque quadantenus ſint nuptiæ, locum Plauti *in Prologo Caſinæ.*

Sunt hic quos credo nunc inter ſe dicere:
Quæſo hercle quid iſthæc eſt, ſeruiles nuptiæ?
Seruine vxorem ducent aut poſcent ſibi?
At ego aio hoc fieri in Græcia & Carthagine.
Et hic in noſtra terra in Apulia.
Maioreque opera ibi ſeruiles nuptiæ
Quam liberales etiam curari ſolent.

Quamuis *Tiraq. ad Alex. ab Al. lib.* 2. *cap.* 5. Scenica magis id licentia confictum, quam verum eſſe putet.

TEXTVS.

12. Sunt & aliæ perſonæ, quæ propter diuerſas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digeſtorum ſeu Pandectarum ex iure vetere collectarum enumerare promiſimus.

COMMENTARIVS.

Nimirum non hic propoſitum eſt Iuſtin. tractare plene materiam nuptiarum, ſed præcipue, quatenus eſt cauſa patriæ poteſtatis; itaque remittit hic nos ad libros Pandectarum, ex quibus petantur aliæ prohibitionum cauſæ; & plane generales cauſas, ab ætate, ſtatu, cognatione, affinitate hoc tit. propoſitas eſſe ſufficere debet. Sunt plures & aliæ ſpeciales, & verbi cauſa ob dignitatem, ob quam Senator non poteſt ducere libertinam, de qua in *l. oratione* 16. *l. ſciendum* 32. *cum l. ſeq. l. ſemper* 42. §. 1. *cum LL. ſeqq. de ritu nupt.* quæ tamen hodie ſublata eſt. Alia eſt ob poteſtatem, ne præſes prouinciæ ducat prouincialem. *l. ſi quis* 38. *de ritu nupt. l. vn. C. ſi quac. præd. pot.* Alia ob tutelam & curam *l. tutor* 36. *cum l. ſeq. l. ſi quis* 60. *l. non eſt* 66. *de ritu nupt. l.* 1. *& t. t. C. de interdict. matrim.* de quibus plenius agere hic nec libet nec licet, cum ipſe Imp. nos ad Pandectas remittat.

TEXTVS.

13. Si aduerſus ea quæ diximus, aliqui coierint, nec vir nec vxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu naſcuntur, in poteſtate patris non ſunt, ſed tales ſunt, quantum ad patriam poteſtatem pertinet, quales ſunt ii quos mater vulgo concepit, nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum & iis pater incertus ſit: vnde ſolent ſpurii appellari, vel à Græca voce quaſi σποράδην concepti, vel quaſi ſine patre filii. Sequitur ergo vt diſſoluto tali coitu, nec

tu, nec dotis nec donationis exactioni locus ſit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ ſacris conſtitutionibus continentur.

Commentarivs.

1 *Pœna iniuſtarum nuptiarum.*
2 *Copula non ſuſtinet coniunctionem, vt iuſta fiat.*
3 L. 1. §. vlt. de exhib. lib.
4 *Spurii vnde dicti.*
5 *An dos fiat caduca.*

1 NVptiarum quæ contra præcepta LL. contractæ ſunt, duplex eſt pœna, † verbo in genere ſumpto. Nimirum annullatio actus, & caſtigatio aliqua, modo grauior, modo leuior perſonarum contrahentium. Neque enim, quod omnino notandum eſt, in diuerſiſſimis prohibitionum cauſis, idem vbique delictum & eadem peccati qualitas aut quantitas eſſe poteſt. Et hactenus tamen recte in genere hoc affirmatur, quod actus ſit nullus, & quod aliqua ſit pœna: ſiquidem iſtud generale eſt, vt actus contra legem factus, & quidem contra Legem prohibẽtem ſit nullus; hoc enim in quauis Repub. Lex ciuilis poteſt, licet forte in alia Repub. aut etiam ſimplici iure gentium actus non ſit nullus: veluti nuptiæ tutoris cum pupilla, aut prouincialis magiſtratus cum ſubdita, ex ratione iuris gentium non ſunt nullæ, quia nec Iure Canon. quod magis obſeruandum putat *Angel. ad §. illud ſup. h. t. n. 2.* Et ex ſupradd. apparet longe grauius peccari contra prohibitionem in linea recta quam tranſuerſa: grauius rurſus ſi ducatur propinqua cognata, quam ſi affinis, nam & Patriarcha Iacob duas ſorores ſimul habuit, & Abrahamo filia fratris nupta fuit. Ex aduerſo ſicut quædam prohibita iure noſtro, alio iure licita eſſe poſſunt; ita poſſunt eſſe illicita, quæ ius noſtrum permittit, quomodo nuptiæ conſobrinorum hodie & Iure Canonico habentur pro inceſtis.

Porro ad illud quod de nullitate matrimonii dicitur h. loco, inſignis limitatio eſt quam tradunt Interpp. hic ex Iure Canonico, (nam Iure Ciuili ſecus eſſe docet *l. 3. C. ſolut. matrim.*) ſi vterque contrahentium, imo etiam alteruter cõtrahentium vitium ignorauerit, & iuxta ritus & mores Eccleſiæ conueniunt, matrimonium valere, per *cap. 2. & cap. ex tenore 14. Qui filii ſint legitim.* & tamen vt apparet ex textibus iſtis, nõ tam reuera in ſe validum eſt, cum vitio interno laboret, ſed hactenus ex quo ad vnicum iſtum effectum pro valido habetur, vt filii nati propter iuſtum illum errorẽ cenſeantur legitimi, & parentibus etiam iſtis ſuccedant; cuiuſmodi quid extat in N. 12. cap. 3. vt liberi etiam ex inceſtuoſis parentibus, ante conſtitutionem illam editi, illis ſuccedant; cum tamen matrimonium reuera ſit nullum & omnino diſſoluendum, quod procul dubio & Iuri Canonico conuenit; & eſt textus ſingularis in *l. qui in 57. §. 1. de rit. nupt.*

Illud hic tractandum, quod huc remiſimus cum ad pr. huius tit. de conſenſu parentum tractaremus. Requiritur ibi omnino conſenſus † patris, & iſtud vel maxime ad præcepta 2 LL. & quaſi formam matrimonii pertinet. Itaque dubitari non poteſt, quin nuptiæ ſine conſenſu patris cõtractæ, hoc quoq; §. & verbis eius primis, *ſi aduerſus ea* comprehendantur & damnẽtur; idque aperte confirmat *L. Paulus 11. de ſtat. hom.* liberos ex tali coniunctione, vbi nuptiis filię non acceſſit conſenſus patris, natos iniuſtos eſſe, licet ſint nati poſt mortẽ aui materni: vt non poſſim non mirari iudicium illorum, qui licet non acceſſerit cõſenſus patrum, tamen ſi ſecuta ſit copula, matrimonium ſuſtineri aiunt. Ecquid enim liberi naſcentur ſine copula? At liberi nati iuxta *d. l. 11.* iniuſti ſunt; ergo non poteſt copula facere, vt ſubſiſtat matrimonium; & qui fieri poſſit, vt cum conſenſus coniugalis ſine conſenſu patris ſit nullus, ille legitimetur & fiat validus per copulam? & ſupra ad pr. tit. probauimus, ſi conſenſus patris qui initio defuit poſt accedat, ex eo tempore demum nuptias legitimas haberi: quod falſum eſſet ſi copu-

la ſu-

Digitized by Google

la ſuſtineret matrimonium. Et quam ridiculum eſt effectum iſtum poteſtatis patriæ, & iura tam expreſſa quæ omnino neceſſarium faciunt conſenſum parentum, per actum facilimum eludi, imo per actum illegitimum, neque enim dubium eſt, cum conſenſus iſte liberorum ſolorum ſine patre ſit illegitimus, talem etiam & illegitimum & magis eſſe actũ copulæ & concubitum; & hac ratione daretur euaſio peccandi liberis, ſi ſcirent non poſſe retractari, imo pro nullo haberi coniugium ob copulam ſecutam; & in copula eſt conſummatio matrimonii, neque quod ipſo iure nullum eſt, iure conſummari poteſt. Et rideo eos, qui ad tam abſurdam ſenten-
3 tiam confirmandam adducunt *l. 1. §. vlt.* † *de lib. exhib.* & magis rideo Hottom. qui ad *§. vlt. tit. prae.* & ad *ſi. pr. huius tit.* ſcribit doctiſſimis viris obiectum eſſe errorem per *d. l. 1. §. vlt.* quod non animaduerterint Vlp. eo loco locutum de nuptiis ſine conſenſu parentum contractis; qua explicatione Hottom. & aliorum nihil abſurdius eſt: nec enim iſtud matrimonium concordans & liberis ſubnixum appellarit Vlp. quod contra LL. contractum eſſe liquidiſſimum eſt; & liberos inde natos iniuſtos eſſe docet *d. l. 11. de ſtat. hom.* Enimuero animaduertere debebat Hottom. hoc fuiſſe ſummum ius poteſtatis patriæ, vt nuptiæ licet conſenſu eius contractæ eſſent, tamen pater offenſus forte à genero filiam rurſus abducere poſſet; quo iure eam abuti non debere ibidem Vlp. monet. Et hoc ius poteſtatis fuiſſe in his ipſis terminis quos tractamus, (ne adducam hic autoritatem Plauti in Sticho, vbi pater vult abducere filias, quia mariti paulo diutius domo aberãt) confirmatur ex *l. filiæ 4. C. de repud.* vbi cum negetur filiæ diuortium eſſe in poteſtate matris, tacite innuitur, eſſe in poteſtate patris genero repudium mittere, vtcumque nuptiæ initio rite ſint contractæ, & aperte *l. 5. C. eod. tit.* vbi initio diſerte proponitur pater conſenſiſſe, & hoc tribuitur reſcripto Marci, vt pater ſolus nuptias diſſoluere non poſſit, ſi alias matrimonium ſit concordans; quod *in l. cum hic 32. §. ſi ſocer. de don. int. vir. & vx.* tribuitur Seuero & Antonino; cui plane genuinum eſt, quod in *d. l. 1. §. vlt. de lib. exhib.* Vlpianus ſcribit: vt inde perſpicuum ſit ius poteſtatis patriæ hactenus ab Impp. temperatum & moderatum fuiſſe, vt ne bene concordantia matrimonia patres turbarent & temere abrumperent; totum autem ius hoc ipſis ademptum non eſt; vt tantum deſinant nugari & ſapere diſcant qui hactenus *d. l. 1. §. vlt.* de nuptiis ſine cõſenſu patris contractis abſurde explicarunt: ſiquidem hoc caſu ius abducendæ filiæ tum per ſupradicta, tum per *d. l. 5. C. de repud.* omnino patri integrum eſt. Contra ius adeo certum nihil poteſt locus ex Paulo citatus *2. ſent. 19.* quos libros non vno in loco interpolatos, multi notarunt; & notat in hac quæſtione *Cont. 1. ſubſec. lect. 4.* vbi etiam meminit aliquorum; qui Paulum ibi accipiunt de patre qui initio conſentit, ſed non perſeuerauit. Plane autoritas Pauli in Pandectas relati in *d. l. 11.* pluris eſſe debet quam ex *2. ſent. 19.* nec ille ſecum ipſe pugnauit.

Nec nuptiæ, nec matrimonium.] Simplicius forte ſit, vt hæc pro ſynonymis accipiamus. Hottom. per nuptias putat ſignificari feſtiuitatem nuptiarum, quæ fiebant & perficiebantur non vno die. Scio notari ab eius rei peritis *Ant. Hottom. de vet. ritu nupt.* tres olim apud veteres Rom. fuiſſe ſolemnes dies nuptiarum, προαύλια, ἀπαύλια, ἐπαύλια. Verum hac in re cuiuſque gentis aut etiam ciuitatis mores variant.

In poteſtate patris non ſunt.] Huius effectus nominatim meminit, quoniam vt ſupra monuimus, hoc libro & loco de nuptiis tractat, quatenus ſunt cauſa patriæ poteſtatis.

Tales ſunt quantum ad patriã poteſtatem.] Rurſus eadem de cauſa meminit patriæ poteſtatis, ſed & alias iſta limitatio neceſſaria eſt; quod alias mala iſta eſſet comparatio liberorum natorum ex illegitimo licet coniugio, matre tamen ea quæ cum vno conſueuit, cum iis qui ſunt nati ex ſcorto, & ea muliere quæ corpus vulgat, & quoſuis admittit: qui demum reuera dicuntur habere patrem incertum,

certum,

Digitized by Google

certum, & populum patrem, vt poſt *gl. notat Ioh. de Plat.* quo pertinet illud Ariſtippi, qui ſcorto dicenti ſe ex ipſo grauidam, reſpondit, non magis eam hoc affirmare poſſe, quam poſſet ſi per ſenticetum tranſiuiſſet, deſignare certam ſpinam quę ipſam pupugiſſet; itemque facetum illud Diogenis Cynici, quendam qui ex ſcorto natus dicebatur, cum in circumſtantes lapidem mittere vellet, monentis, videret, ne forte patrem feriret. Verum quid eſt, quod ſubiicit Iuſtin. nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum & iis pater incertus ſit. Videtur licet aliter id explicet Theoph. non obſcure ſignificare hos ipſos de quibus hoc §. agit, eos vid. qui ex illicita coniunctione nati ſunt, licet ex certa fœmina, quæ cum vna tantum rem habuit. Atquin hi vtique ob hoc ipſum non poſſunt videri & dici habere patrem incertum: Angelus id obſeruauit hoc loco, & ait rei veritate habere quidem patrem certum, ſed iuris diſpoſitione eum pro incerto haberi: etenim eſt pro non patre, nec ſe ex eo prognatum affirmare audet filius, nec quidquam iuris in bonis eius ſibi arrogare: idque confirmat Hottom. ex *l. vulgo 23. de ſtat. hom.* vbi videntur duæ ſpecies conſtitui eorum qui vulgo quæſiti dicuntur, qui patrem demonſtrare non poſſunt, & qui eum demonſtrare poſſunt quem habere non licet, & adeo effectu iuris aliquo perindé habentur, ac ſi patrem demonſtrare non poſſent; quamuis ego eum locum explicari malim in ſecunda parte, de eo qui quidem natus eſt ex ſcorto, ſed quod forte aliquamdiu ſaltem cum vno conſueuit, vt poſſit conſtare de patre, quod videtur firmari *ex l. adoptiuus 14. §. 2. verſ. vnde de ritu nupt.* vbi hoc ſenſu videtur dici pater naturalis, & prohiberi ducere filiam vulgo quæſitam; cum abſurdum videatur, in ſeruitute ſuſceptam ex ea, quæ corpus non vulgauit, dici vulgo quæſitam; Et tamen liberos huiuſmodi qui extra matrimonium nati ſunt ex ea quæ tantum cum vno rem habuit, ſpurios & ex incerto patre natos dici, oſtendit *l. 3. C. ſolut. matrim.* Et plane hic locus probat, etiam eos qui non ex meretrice, ſed alias ex interdicta coniunctione nati ſunt, haberi pro vulgo quæſitis, ſed nimirum ſecundum quid, & præcipue quo ad patriam poteſtatem, vt ipſe limitat Iuſtin. Eſt enim coniuncta oratio, & quod ait eos non intelligi habere patrem, & eſſe iis incertum patrem ſicut natis ex ſcorto, itidem intelligendum eſt, quo ad patriam poteſtatem.

Vnde ſolent ſpurii † appellari.] Modeſtin. *in l.* 4
vulgo 23. de ſtat. hom. ait dici παρὰ τὴν σποράν. At enim liberi nulli gignuntur ἄνευ σπορᾶς. An forte σπορὰ proprie magis dicitur de ſeminatione vel conſitione agrorum, in qua ſemina multa ſparſim iactantur. [illegible] magis exprimit, quod Iuſtin. ait hoc loco, ita eos dici quaſi cõceptos σποράδην, quod ſignificat ſparſim & paſſim. Plutarchus in quæſt. Rom. quæſt. 103. duas notationes refert: alteram appellat ἀπατόριον, ita per cõtumeliam dici ſpurios, à parte ea qua mulieres ſunt mulieres, quæ Sabinis dicatur Σπόριον. Alteram affert, quod Spurius pronomen familiæ Romanorum duabus prioribus literis S P. itemque vulgo concepti itidem duabus his literis S. P. interiecto puncto, tanquam *Sine Patre* deſignarentur; inde ex notarum errore factum, vt qui ſine patre appellabantur, ſpurii dicerentur: & eo intelligendus eſt alluſiſſe quaſi Tribonianus, hoc loco, dum ait, ſpurios appellatos, quaſi ſine patre filios; ceteroquin iſtud *ſine patre* nullam affinitatem cum nomine *ſpurii* habet: idque fecit, vt Hottom. quem & VVeſemb. ſequitur, ſuppleuerit textum, & ita legerit, *vel quaſi S. P. id eſt ſine patre filii.* Ait ſe ita locum emendaſſe duorum librorum adiumento; at enim *Contius 2. ſubſec. lect. XI.* qui alteram lectionem, quam expreſſimus, tuetur, ad manuſcriptos codices prouocat; & iſta corrigendi vel deprauandi temeritas vitanda eſt. Tribuitur Tito Probo fragmentum, in quo ſcribitur, *Spurii patre incerto geniti quaſi Epo tæ:* quod quale ſit ego non capio; nec extricat *Contius 2. lect. 11.* quaſi, inqt, intelligantur, omniũ ſpectaculo cõceptos. Nimis iſtud pinguiter dicitur;

& nullam tamen id verbi *Epopta* cum verbo *ſpurius* habet cognationem: & ἐπόπτης ſignificat ſpectatorem; & apud veteres Chriſtianos, qui iam initiati ad myſteria admiſſi erant, Epoptæ dicebantur. Iſidor. *lib.* 20. *cap.* 3. Spurium vinum dici ait, quod offerre non licet, aut cui aqua admixta, velut ſpurcum, hoc eſt immundũ. Ita & ſpurii liberi erũt quaſi immundi, ac non puri: Adſcribam locum ex eodem *Iſidoro libro nono, capite quinto.* Nothus, inquit, dicitur, qui de patre nobili & matre ignobili gignitur, ſicut ex concubina. Huic contrarius eſt ſpurius, qui de matre nobili & patre ignobili naſcitur, (oportet autem hanc ſignificationem propriam illius ſeculi fuiſſe, nulla enim autoritate firmatur) Item ſpurius, patre incerto matre vidua (neſcio cur appellet viduam, niſi intelligat omnem non nuptam) genitus, velut tantum *ſpurii* filius, quia muliebrem naturam veteres ſpurium vocabant. Eoſdem & Fauonios appellabant, quia quædam animalia Fauonio hauſto ſpiritu concipere exiſtimantur. Latine autem ſpurii quaſi extra puritatem (hodierno Italico Idiomate litera S. ſæpe eſt priuatiua) id eſt quaſi immundi. Hactenus Iſidorus. Pergamus.

Diſſolute tali coitu.] Quamuis non ſit matrimonium, tamen recte dicitur ſolui & diſſolui coitus; quoniam abrumpi debet conſuetudo illa, quæ inter eos fuit & corporum ſimul & animorum quodammodo, quia affectu quodam & affectione mutua inuicem ſibi iuncti fuerunt.

Nec dotis nec donationis.] Neſcio qua ratione motus expungat Hottom. verba *nec donationis.* Nec mihi ſufficit, quod ea apud Theophilum non extant: & ipſa particula NEC efficit, vt de duobus videatur locut⁹ Iuſtinianus. Et cum perpetuo Iuſtin. alibi iſta coniungat dotem & donationem propter nuptias, quam conſtituit vir, adeo vt N. 97. iſta æqualia eſſe velit, æqualia quoque vtrimque pacta, probabile prorſus eſt à Iuſtin. hoc quoque loco & dotis, & donationis propter nuptias factam eſſe mentionem. Et vbi matrimonium legitimum fuit, eo propriis modis diſtracto vtique non tantum de dote repetenda, retinenda, aut lucranda tractari poteſt, & vero ſæpiſſime tractatur, ſed etiam de donatione propter nuptias. Et cum certiſſimum ſit in caſu nuptiarum interdictarum interuenire dotem, vel pecuniam pro dote, (vera enim dos non eſt) vtique etiam poterit conſtitui donatio propter nuptias; & imo iuxta N. 97. conſtituenda eſt: ponimus enim inuicem tamquam coniuges aliquos conueniſſe licet contra LL. Et poterit itaque etiam quæri de donatione propter nuptias, vbi hic coitus fuit diſſolut⁹: Ceteroquin nec de dote quæri poſſet: Vt proinde iſta mutatio & temeratio Hottom. omni ratione deſtituatur.

Dotis exactioni non † ſit locus.] An igitur re- 5
tinebit eam putatiuus maritus? Minime, ſed vendicabit fiſcus iuxta *l. 4. C. de inceſt. nupt. arg. l. cum hic 32. § vlt. de donat. inter vir. & vxor.* Sed hoc tñ limitatione & cautione opus habet. Et in ſumma aut quæritur de perſona nocente, quæ ſcilicet ſciens prudens contra LL. contraxit, & quidquid hæc dedit, id totum fiſco vindicatur: aut de perſona innocente; qualis vt plurimum præſumitur eſſe fœmina, in qua etiam error iuris (ſcil. non naturalis) toleratur & excuſatur. Huic equidem lucrum non conceditur, ex quo ſi quid ei donatum fuerit à viro, fiſco vindicatur, ſed à damno liberatur: & cõſequenter dotem quam dedit, ipſa repetet; itaque in his terminis fallit, quod hic dicitur, non eſſe locum exactioni dotis ſeu pecuniæ eius quæ pro dote data fuit. Idque probatur diſerte ex *d. l. 4. C. de inceſt. nupt.* vbi quæ vtrinque data ſunt vendicantur fiſco exceptis & fœminis & qui errore acerrimo (quod propter viros præcipue dicitur) non affectato, neque ex leui cauſa decepti ſunt, aut ætatis lubrico lapſi. Atque ita accipienda eſt *l. 1. Cod. de condict. ob cauſ.* vbi quod pro dote datum eſt condicitur: & in *l. vlt. de condict. ſine cauſa*, vbi mulier repetit dotem, quam auunculo nuptura, ſcil. errore iuris, in dotum dederat, & huc pertinet *l. ſi voluntate 7. C. de donat. inter vir. & vx.* qua vxori, ſcil. 5
inno-

innocenti & quæ excuſatur, datur etiam condictio eius quod marito putatiuo donauit; quod alias & ipſum fiſco vindicatur, vbi quis donauit ſciens matrimonium eſſe illegitimum; de quo caſu ſcientiæ præter hunc locum etiam accipiendi ſunt textus in *l. inquit, 38. §. 1. & l. dot e 61. de ritu nupt.* Quibus locis dos dicitur fieri caduca, id eſt, iuxta perpetuum vſum iuris, fiſco vindicari. Ceteroquin vbi præſertim prohibitio eſt mere iuris poſitiui, & fœmina in errorem inducta & perſuaſa fuit, tantum abeſt, vt dos fiat caduca *l. vn. C. de interd. matrimon.* vt etiam quod à maritis putatiuis huiuſmodi vxoribus relictum eſt, ipſis non auferatur, ſed imo illæ iure id petere poſſint; vt docent *l. præfectus 63. in fin. de ritu nupt. l. 2. §. 2. de his quæ vt ind.* Itaque aut ſecus erit in hæreditate quam in legato, aut *l. vn. in pr. vnde vir & vx.* itidem vt alij textus ad caſum ſcientis mulieris erit referenda. Hinc repetit dotem quæ nupſit ſeruo quem liberum putabat *l. 3. C. ſolut. matrim.* Sed ſane facilius, quoniam iſte eſt error facti, ſicut & in *l. cum qui 18. C. de adult.* verum omnino hactenus vt ne amittat dotem mulier, idem eſt in errore iuris poſitiui, & eiuſmodi qui non directo eſt contra naturam & rationem, nam ignorantia facti hic procul dubio ſemper excuſabit & maſculum & fœminam. Veluti ſi quis cognatam ſuam & affinem eſſe ignoret; modo ſit aliqua cauſa iuſta ignorantiæ, & vt eſt in *d. l. 4. C. de inceſt. nupt.* non ſit ignorantia affectata & diſſimulata; Ceteroquin procedet quod eſt in *l. inceſto 52. h. t.*

Et alias pœnas patiuntur.] In magna diuerſitate delicti, vt notauimus ad pr. huius §. oportet & diuerſas eſſe pœnas. Et diuerſitas vna pendet à qualitate iuris prohibentis, an ſit naturæ vel gentium, an mere poſitiuum; veluti inter tutorem & pupillã, vel illius filium; inter præſidem prouinciæ & ſubditam; Alia, an res perfecta & matrimonium conſummatum ſit necne; Alia diuerſitas eſt à ſcientia vel ignorantia; & hæc rurſus iuris vel facti; vnde naſcitur diuerſitas inter marem & fœminam; itemque inter maiorem & minorem de quibus (nec enim iſta prolixius explicare huius eſt loci) videantur textus in *l. qui contra 4. & 6. C. de inceſt. nupt. cum auth. ſeq. N. 12. l. vn. in pr. C. ſi quac. præd. pot.* vbi irrogatur mulcta pecuniaria *l. pen. C. de* [illegible]*erd. matrim.* vbi eſt pœna infamiæ *l. cum qui 18. C. de adult.* vbi eſt infamiæ & inſuper ſtupri pœna *l. ſi adulterium 38. in pr. §. 1. cum ſeqq. D. eod. & ibi Bart. & alij Dd. Item gl. & Interpp. præcipue Ang. hic n. 3.*

TEXTVS.

14. Aliquando autem euenit, vt liberi, qui ſtatim vt nati ſunt, in poteſtate parentum non ſunt, poſtea redigantur in poteſtatem patris: qualis eſt is, qui dum naturalis fuerat, poſtea curiæ datus, poteſtati patris ſubiicitur, nec non is, qui à muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime interdictum legibus fuerat, ſed ad quam pater habuerat cõſuetudinem, poſtea ex noſtra conſtitutione, inſtrumentis dotalibus compoſitis in poteſtate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio poſtea fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio præbuit.

COMMENTARIVS.

1 *Naturales liberi qui ſint.*
2 *Turpes errores Fabri.*
3 *An naturales, ſint ciues.*
4 *Oblatio curiæ.*
5 *Decuriones.*
6 *De fictione retrotractionis.*
7 *An dotalia inſtrumenta neceſſaria.*
8 *Inſubtilis Tribonianus.*
9 *Legitimatio per adoptionem.*

HActenus primus modus patriæ poteſtatis; Nuptiæ. Sequitur alter qui dicitur

 Legi-

Digitized by Google

Legitimatio, quæ facit vt liberi eo tempore quo naſcuntur, illegitimi, poſt efficiantur legitimi, & in poteſtatem patris redigantur; q Iuſtin. tertium hoc loco repetit; quoniam vt non ſemel monuimus, agit hic de cauſis patriæ poteſtatis.

Quidam naturalis fuerat.] Quoniam liberi 1 † naturales ſunt proprium obiectum legitimationis, ante omnia videndum eſt, quinam in hac materia dicantur Naturales. Vtique non ſumitur hic eo ſenſu id verbum, quo in princ. tit. ſeq. Vbi naturales opponuntur adoptiuis & ſignificant ex iuſto matrimonio natos. Exiſtimo naturales liberos (dum intelligimus extra nuptias natos) appellari & conſiderari & ratione patris & ratione matris; hac conſideratione omnes etiam ex ſcorto, et ex inceſtu nati ſunt naturales liberi, quandoquidem etiam vulgo quæſiti liberi matri ſuccedunt, de quo dicemus *inf. li. 3.* Intuitu patris puto naturales dici duorum generum liberos alteros qui ſunt ſuſcepti in ſeruitute, alteros qui nati ſunt ex concubina. Illi vt recte ita dicãtur, hæc ratio facit, quoniã per ſeruos non ſtat, ſed per ipſorum ſtatum, quominꝰ legitimũ contrahant matrimonium; & de his ſunt textus in *l. Lucius* 88. §. *Dama* 12. *de legat.* 2. *l. ex fact.* 17. §. *ſi quis* 4. *ad SC. Trebell. l. omnis* 17. §. 1. *quæ in fraud. cred. l.* 4. *C. de interd. matrim.* Hos quoq; & ex concubina ſcil. ſuſceptos recte naturales patri liberos dici, iſta ſolida ratio facit, quod concubinatus coniunctio fuit LL. permiſſa, & quæ per LL. nomẽ aſſumpſit, vt erit ICtus in *l.* 3. §. 1. *de concubin.* & cum in *d. l.* 17. §. 4. *ad Trebell.* ICtus dicat, voluntatis eſſe quæſtionem de qualibus liberis naturalibus ſenſerit teſtator, elicitur, plures eſſe ſpecies liberorum naturalium relatorum ad patrem; quod enim *Faber. in Iuriſpruden. ſua ad hunc tit. de nupt. princ.* 2. *illat.* 1. ea verba Triboniano adſcribit, ſolens ſuo more, id eſt inepte, & impudenter facit. His ego duas ſpecies facio liberorum qui patri naturales dicuntur; nam ceteri qui ex illegitimo coitu, ſtupro vel etiam ſub velamento matrimonij, ſed legibus interdicti nati ſunt, ex propria ratione patri naturales liberi non dicuntur; quoniam lex improbat talem coniunctionem: itaq; hactenus habentur illis ſimiles, qui ex ſcorto nati ſunt, & patrem non habent, vt notauimus paulo ante *ad §. preced.* Id ita ex diſpoſitione iuris & intuitu effectuum, de quibus ante diximus; Ceteroquin dum rei veritatem conſideramus, quod vtiq; ex iſto patre nati ſunt, non inepte aut abſurde dici poteſt ille pater naturalis, quomodo etiam dicitur in *l. adoptiuus* 14. §. 2. *in fi. de ritu nuptiar.* quem locum rurſus *A. Fab. iam d. tract.* impudenter imperito interpreti adſcribit. Hos autem liberos qui matri tantum naturales ſunt, conſtat, nõ eſſe obiectũ legitimationis. Conſtat & hoc eos eſſe obiectum legitimationis, qui ſunt nati ex concubina non autem qui ex ſcorto, vt male Theoph. hic, quin contra *Dd. in l. pen. de concub. poſt gl. ibid.* quam refert & probat *Chriſtoph. in princ. inf. de adopt.* requirunt, vt fœmina ſit habita in domo in figura matrimonij; Ceteroquin ſi quis ex fœmina extra domum, vel etiam in domo ex famula ſuſceperit liberos, negant legitimationi eſſe locum; cuius tamen contrarium obſeruat vſus. Sed an etiam obiectum legitimationis ſunt ſuſcepti in ſeruitute? Nuſquam horum mentionem fieri videas omnibus illis locis, qui tractant de legitimatione, vt *t. t. C. de natur. liber. Nou.* 12. *Nou.* 74. *& Nou.* 89 Et ſi modo affectus coniugis fuerit in ſeruis, melior eorum conditio videtur fuiſſe quam natorum ex concubina, cum ijs Iuſtinian. etiam ius ſuccedendi, & quidem cum legitimis liberis concedat, *infr. libr.* 3. *de Seruil. cognat.* Vbi dicemus. Cauſam autem conſtitutionibus nouis (nam iure Digeſt. nihil de legitimatione legimus) de legitimandis liberis ex concubina natis illud dedit, quod & concubinatus LL. permiſſus, & conſequenter pater certus erat. Qua in re & rideo & miror ſtolidum iudicium Fabri, † qui omnium liberorum 2 extra coniugium natorum eandem fecit conditionem; & eo inſaniæ prouehitur *ad hunc tit. in Iuriſprud. ſua, prin.* 2. *illat.* 1. vt ſcribat liberos etiam ex concubina natos, eſſe ſine patre,

tre, & proinde monſtra & vix homines, & (quod identidem repetit) qui iure pro hominib. non habeantur. Facetus homo; quaſi nō certo quodam reſpectu dicantur eſſe ſine patre, qua ratione ipſe ſtolide vtitur, & quid ſcil. homines eſſe non poſſent, qui carent patre, nimirum forte ex vento quodam concepti, vt de equarum quodam genere fabulatores tradunt. Et n. falſiſſimum eſt inſuper, quod ex concubina nati iure noſtro vſq; dicantur eſſe
3 ſine patre. Et porro ſtolide negat † eos eſſe ciues, abuſus verbis Iuſtin in *N. 89. in pr.* quib. intelligit ante Conſtantinum nihil diſpoſitū fuiſſe de his liberis, circa ius capiendi aliquid ex bonis patris. Et cum toties Faber arguat & accuſet imperitiam & errores Triboniani, hic ipſe tantum tribuit verbis obiter prolatis, vt ea ſcribat, quæ omnem ſuperant ſtultitiam, quib. fatuitatib. non confutandis, ſed exſibilandis proprium deſtinaui locum. Iam conſtituto obiecto legitimationis pergamus in textu noſtro.

Poſtea curia datur. [Hic eſt primus modus le-
4 gitimationis. Oblatio † & datio curiæ. Lapſus eſt Accurſus, qui ignoratione veteris Rei publ. & antiquitatum, intelligit aulam principis. Decuriones in colonijs & municipijs erant conſilium publicum & ſenatus. Inde ita dictos refert *Sigon. lib. 2. de antiq. iur. Ital. cap. 4.* quod ex ijs qui in coloniam deducebātur,
5 † decima pars in conſilium publicum allegebatur. Is ordo equidem oneroſus, ſed nihilominus & honorificus erat, & eum *Cicero in orat. pro Cælio.* videtur appellare ampliſſimum. ſcil. non ex ſe & abſolute, ſed in municipio vel in colonia; quamuis non ſupremus fuerit honor, nec in illis ciuitatibus quidem, quippe cum priores eſſent duumuiri, qui quaſi conſules repræſentabant. Ne longius hinc abeamus; Cauſam huius modi legitimandi recte Hottom. notat fuiſſe inopiam Decurionum, &, quod principale eſt onera ſatis grauia quæ incumbebant decurionibus; qua gratia illi omnibus modis liberari ea functione ſatagebant, ſed contra machinationes illorum plurimæ conſtitutiones Impp. factæ ſunt & in *C. Iuſt. n. l. 10.* & plures adhuc in *Cod. Th. lib. 12. tit.* vt vid. & ipſi, & liberi eorū (niſi certis modis eximantur) conditione iſti maneant obnoxij & ad eandem ſi eam defugere tentauerint, omnibus modis retrahantur. Hac de cauſa cōſtitutum fuit, vt filius naturalis legitimus eſſet, ſi à patre curiæ offerretur, & ita muneribus municipalibus manciparetur, quæ nimirum grauia ſatis ordini decurionum incumbebant *l. 3. C. de nat. lib. & l. 4. eod.* vbi verba, *municipalibus muneribus aggregare velit*, ſignificant, velle filium facere decurionem; idque apertiſſimum eſt ex eo quod mox *donare patriæ principalem*: decuriones enim hoc nomine denotantur; quod non intellexit Faber. & ſæpe iam citato loco indocte inde cōcludit, naturales liberos ex concubina nec in municipijs eſſe ciues; quaſi *muneribus municipalibus aggregare* ſignificaret, *facere municipem*: de quo modo legitimandi latius agit Iuſtinian. *Nou. 89. cap. 2. & ſeqq.* Illud adnotandum in filiabus quoq; naturalibus eſſe locum huic legitimationi, ſi eæ curiali elocentur iuxta *d. Nou. 89. & d. l. 3. in f. C. de natur. lib.*

Nec non is qui à muliere libera procreatur.] Hic eſt ſecundus & optimus legitimationis modus per ſubſequens matrimonium cum concubina, ex quo ipſo neceſſario efficitur, quod hic requirit Iuſtinian. vt concubina ſit talis perſona, cuius matrimonium legibus non ſit interdictum; Ceteroquin non poſſet illa in vxorem duci, nec adeo iſti legitimationis modo eſſet locus. Id hodie ſublatis prohibitionibus ob dignitatem liquido procedit; nam olim proculdubio poterat libertina eſſe in cōcubinatu ſenatoris, quæ tamen ei nupta eſſe non poterat. Addendum & hoc; ſatis eſſe vt fœmina poſſit eſſe vxor, licet propter aliq temporale impedimentum non poſſit, quo tamē etiam durante poſſit eſſe in concubinatu, veluti fœmina prouincialis iuxta *l. vlt. de concubinis.* Videri poſſit hanc ſpeciē legitimationis & hanc cauſam patriæ poteſtatis eſſe eandem cum prima, quæ per Nuptias conſtituitur. Sed nimirum hic effectus nuptiis accedit extrinſecus, nec hoc nuptiæ ex-
ſe ha-

ſe habent, vt efficiant legitimos qui ante nati ſunt, ſed habent beneficio Legis, quæ hoc dedit nuptijs. Alij liberi ſunt legitimi & in poteſtate, qui ex nuptijs nati ſunt; hi per nuptias legitimi facti ſunt. Et quod aliqui affe-
6 runt, hunc eſſe effectum † legitimationis, vt liberi ante nati ita ſint legitimi, ac ſi nũquam fuiſſent illegitimi, ſed cenſeantur eſſe legitime nati, ita nimirum vt tempus nuptiarũ retrotrahatur ad tempus quo nati fuerũt, quod inquam, ita aſſertur, non eſt veritatis, ſed fictionis, & inſuper non eſt fictio iure recepta & prodita, ſed fictio cerebri illorum eſt; & verius, ſola poteſtate Legis cenſeri legitimos illos liberos, & hoc vel ex argumẽto, quod iuxta *N. 89. c. 11.* legitimatio tantum operatur volentibus & conſentientibus liberis; quod omnino repugnat fictioni retrotractionis, qua admiſſa, perinde ac ſi liberi eo matrimonio nati eſſent, fieri non poſſet, vt non omnimodo liberi eſſent in poteſtate.

Dotalibus inſtrumentis compoſitis.] De iure Ca-
7 nonico conſtat iſtud ad eſſentiam † legitimationis neceſſarium non eſſe. De iure ciuili requiri neceſſario communior eſt opinio, à qua pauci receſſerunt, quos ego ad *Treutl. part. 1. diſp. 2.* incaute & imprudenter ſecutus ſum, quam meam ſententiam retracto, & improbo. Cum alijs, vſus ſum duobus argumentis, quibus videtur confirmari, dotalia inſtrumẽta neceſſaria non eſſe. 1. Quia vtique matrimonium perfectum ſit ſolo conſenſu, citra dotem & citra inſtrumenta; poſito autẽ matrimonio, quod eſt legitimationis cauſa, difficile videtur, negare effectum. 2. Quod alias ſequeretur natos ex concubina paupere quæ dotem dare non poteſt, hoc modo non poſſe legitimari. Illud prius argumentum ſane ſpecioſum eſt, &c. Habet colorem; ſed poſterioris me pœnitet pudetque, & vt ab hoc incipiam, eſt id planiſſime ineptum; ſiquidem dotalia ſolent dici inſtrumenta, quoniam frequentiſſimum eſt, in nuptijs contrahendis interuenire & dari dotem; itaque hac appellatione vſus eſt Iuſtin. qui caſum aliquem ſingularem concubinæ extreme pauperis, quæ nec à ſe nec aliunde dotem conficere poſſit, non cogitauit. Ceteroquin in genere dicentur inſtrumenta nuptialia; quomodo etiam confuſim Iuſtin. nuptialia & dotalia inſtrumenta appellat, in *l. cum quis 10. Cod. de natur. lib.* Et tantum nuptialia *in §. 2. infr. de hered. ab int. N. 74. in pr.* Et nimirũm Iuſtinian. voluit interuenire inſtrumenta; Idque (vt hinc refutem prius argumentum) pluribus in locis, quam vt id bona fide negari, aut citra cauillationem argumẽtum iſtud remoueri poſſit; nimirum & hoc §. (in quo & ceteris locis fere vtitur duobus abſolutis ablatiuis, qui inducunt neceſſitatem) & pariter requiruntur inſtrumenta dotalia, ſiue nuptialia in *§. ſui autem 2. verſ. nec non eos infr. de hered. ab int. in Nou. 12. cap. vlt. Nou. 18. cap. vlt. Nou. 74. in princ. N. 89. cap. 8. l. cum quis 10. & 11. Cod. de natur. liber.* Et quod ſolidum argumentum præbet, nullo loco de hac legitimatione tractat Iuſtin. vt non meminerit inſtrumentorum dotalium; Et proinde vitioſe reſpondetur, non requiri inſtrumenta dotalia de neceſſitate, ſed ſaltem ſi quis tutius contrahere velit, vt tanto magis de matrimonio conſtare poſſit. Quæ reſponſio & alio ſolido argumento conuellitur. Quod quæ ratio eſt aliorum caſuum, quibus dotalia inſtrumenta requirit Iuſtinianus, eadem eſt ratio huius caſus quem tractamus. Atqui alijs quibuſdam caſibus ita requiruntur Inſtrumenta; vt omnino ſint de neceſſitate. Ergo, &c. propoſitio maior hinc confirmatur, quod nulla poteſt dari diuerſitatis ratio inter iſtos caſus, cum vbique pariter & eodem modo inſtrumenta dotalia requirantur. Minor confirmatur ex *l. Imperialis 23. §. 1. in fin. C. de nupt.* vbi in nuptijs cum ſcenica requirit Iuſtin. vt omnimodo dotalia inſtrumenta conficiantur, id eſt, vt modo explicatum, nuptialia; neque enim paupertas eiuſmodi fœminæ, quæ dotem dare nequeat, impedimento erit nuptijs. Et in *§. 5. d. l. 23. inf.* de filiabus mulieris ſcenicæ, *vt tamen omnimodo dotalia inſtrumenta conficiantur.* Et in *auth. maximis C. eod. tit.* de nuptiis illuſtrium, qui non niſi cum dotalibus inſtru-

Digitized by Google

inſtrumentis conficiant nuptias ex *N.117.cap.4.& eadem N.cap.6.* diſerte opponuntur hi duo modi, contrahere nuptias cum talibus inſtrumentis, & ſolo conſenſu & affectu ſine inſtrumentis. Nec mouere poteſt, quod dotalia ſiue nuptialia inſtrumenta tantum pertinere ad probationem videntur, vt & docet *d. l. 23. §.3. C. de nupt.* & proinde non videantur eſſe de ſubſtantia actus: Etenim tum negatur, quod ad ſolam probationem exigatur, tum & hoc reſpondetur, quod quædam quæ natura ſua tantum ad probandum directa ſunt, poſſint per legem fieri eſſentialia actus: veluti cum placuit vt in ſcriptis contrahatur *l. contractus 17. C. de fid. inſtrum.* nec poteſt negari, quin teſtes quinque in codicillis, imo & in teſtamentis ſeptem teſtes, vtcunq; etiam ſint ſolemnitatis, pertineant ad probationem: nec enim alia cauſa tot teſtes requiruntur, quam vt omnis ſuſpicio fraudis & doli excludatur, & de voluntate defuncti liquido conſtare poſſit: Et tamen ille numerus teſtium eſt de eſſentia vltimæ diſpoſitionis. Et hæc eſt poteſtas legis vt aliquid addere poſſit actui, quod ad eius eſſentiam alias non pertinet. Et hic non agitur de ſimplici matrimonio contrahendo, ſed effectu ſpeciali legitimationis, quem matrimonium non ex ſe ſed autoritate legis operatur, quæ hãc ſolemnitatem inſtrumentorum voluit accedere. Addo deniq; hanc cauſam, ob quam requirantur inſtrumenta, quoniam niſi ex iis ſatis certo & liquido & perpetuo conſtare vix poteſt, an & qui liberi ſint legitimati, ſiquidem per *N.89.cap.11.* ſoli qui volunt legitimantur: id quod inſtrumento omnino inſeri oportet: Et per hæc puto ſatis confirmatam communem opinionem, quæ ſtatuit, iure ciuili ad legitimationem requiri dotalia inſtrumenta.

Quod & aliis liberis.] Ait, conſtitutione ſua præbitum hoc quoq; eſſe vt legitimi ſint, qui
8 ex † eodem matrimonio poſt fuerunt procreati. Quidquid etiam hic defendere velit iſtam lectionem & ſententiam *Alber. Gent. dial. 6. de Interpp. Iuris*, attamen nimis quam craſſa fuerit hæc dubitatio, an liberi poſt nuptias tam ſolemniter contractas, & haud dubie iuſtas nati, ſint legitimi, cum vtiq; ex iuſto matrimonio ſint nati. Neque vſquam reperitur hoc vlla conſtitutione, ad quam hic prouocat Iuſtin. propoſitum aut definitum: cuiuſmodi etiam ſanctio ſuperuacua & inepta eſſet, ſi quæ diſponeret, vt liberi ex legitimo & iuſto matrimonio nati ſint iuſti & legitimi. Itaque ſane non ineptum eſt, quod Hottomannus ita cenſet legendum, *Quod etſi nulli alii liberi ex eo matrimonio nati fuerint &c.* De hoc dubitatum nimirum fuit, an legitimatio obtineret effectum ſuum, ſi ex nuptiis contractis poſt nulli naſcerentur liberi initio legitimi, vel nati morerentur: vt expreſſe ſcribit Iuſtinianus, & hanc controuerſiam decidit in *l. nuper 11. C. de natur. liber.* quod nihilominus liberi naturales ſint legitimi & maneant. Ex quo obiter noto confutari eorum opinionem, cuius paulo ſuperius meminimus, quod legitimatio hæc fiat per fictionem retrotractionis, ita vt liberi naturales ab initio ſemper liberi & tamquam ex legitimis nuptiis nati reputentur. Hac enim fictione nuſquam iſti dubitationi fieri potuiſſet locus: nec Iuſtinianus in *d. l. 11.* in hac fictione deciſionem fundat, ſed ſimpliciter diſponit: hoc addito colore, quod liberi naturales cauſam dederint nuptiis, vt poſteriores etiam legitimi fierent. *iunct. l. 11.* vbi ita diſputat, quaſi potiorem faciat liberorum legitimatorum conditionem, quam eorum qui poſt nuptias nati ſunt: ex quo forte vulgata lectio capere poſſet colorem, ſed non excuſari ab inſulſitate, qua ipſa in *d. l. 10.* Iuſtiniani diſputatio laborat: & iſtam lectionem vulgatam diſerte etiam expreſſit Theoph. hic. Eſt autem retenta lectione vulgatiſſima, alia quoque explicatio huius loci, admiſſa leuiſſima mutatione. Nimirum *Muretus lib. ſing. obſ. iur. cap. 11.* pro, *quod & aliis liberis* putat legendum, *quod Ei aliis liberis* vt per Græciſmum (qui modus loquendi frequentiſſimus eſt Triboniano peritiori linguæ Græcæ quam Latinæ) hoc dicere voluerit Iuſtinianus, quod liberi ante nati, per ſequens matrimonium ita fiant legitimi, vt ii qui ex iuſto matrimonio ſuſcepti ſunt. Et ſimiliter

liter aliis, Græci, ὁμοίως τοῖς ἄλλοις. Iſta ad hunc §.

Breuiter annoto eſſe & tertium modum legitimandi per reſcriptum principis, ſed illum ſubſidiarium tantum, vbi ex certis cauſis & impedimentis legitimari per ſubſequens matrimonium liberi non poſſunt, de quo late *Iuſtinianus in N. 74. cap. 2. & N. 89. cap. 9. & 10.* de quo pluribus agere non libet, quod huiuſmodi nulla ſit in §. noſtro mentio: hoc ſaltem addo, legitimationes quæ dicuntur liberorum hodiernas, quæ etiam mortuis parentibus naturalibus impetrantur, & ſæpe etiam veris ſpuriis indulgentur, non tam legitimationes proprie dictas, ſi hæc res ad rationem iuris noſtri exigatur, quam diſpenſationes & conceſſiones pure gratioſas eſſe.

Denique & illud attingendum, quod olim
9 legitimatio † contingebat per adoptionem, vt apparet ex *l. legem 7. C. de natur. lib.* vbi Iuſt. Imperat. eum modum tollit: cuius conſtitutionem etiam probat *Iuſtin. in N. 74. cap. 3. & N. 89. cap. 11. §. 2.* Cur autem eum modum caſtitati aduerſari dicat, ego non intelligo: cum ipſe & per ſubſequens matrimonium & per reſcriptum principis legitimari permiſerit. Nam Iuſtin. ideo hunc modum ſuſtulit, vt ſubditos omnes ab illicitis coniunctionibus abſtraheret: Ita enim ait, In poſterum ſciant omnes, legitimis matrimoniis legitimam ſibi poſteritatē quærendam: quibus verbis omnē quaſi ſpem legitimationis præcidit. At vero, vt iam diximus, Iuſtin. facultatem legitimandi ampliauit; nec proinde erat, cur tantopere modum illum legitimandi per adoptionem improbaret.

Vt vnum ex altero occurrit: putat Cuiacius in N. 117. alium per *d. N. cap. 2.* à Iuſtin. introductum eſſe legitimandi modum: ſi quis aliquem ex concubina natum in Inſtrumento appellauerit filium ſuum. Sed non obſcure fallitur Cuiacius: quoniam ille locus pertinet ad caſum, quo non conſtat, eſſe concubinam: cum illo tempore pleraque matrimonia priuatim ſolo affectu contraherentur. In dubio itaque ex iſtiuſmodi nominatione præſumimus matrimonium fuiſſe contractum, cum pro hoc præſumendum eſſe in dubio, ratio ſuadeat: idque ex eo euidens eſt, quod iuxta *d. N. 117. cap. 2.* ſi quis ita vnicum tantum filium nominauerit, cum plures ex ea coniunctione haberet, omnes legitimi habentur, ſcil. tamquam ex matrimonio nato.

AD TITVLVM XI.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE ADOPTIONIBVS.

TEXTVS.

1. Non ſolum autem naturales liberi ſecundū ea quæ diximus, in noſtra ſunt poteſtate, verum etiam ii quos adoptamus.

COMMENTARIVS.

1 *Adrogationis modus & n. 3.*
2 *Vnde dicta.*
3 *Adoptionis modus.*
4 *Lege agere quid ſit.*
5 *An apud magiſtratus municipales.*
6 *An apud delegatum.*
7 *Obiectum adoptionis.*
8 *Effectus.*

POteſtas patria duplicem habet cauſam, naturam & legem. Lex ſola operatur, non nuda ſui poteſtate, (vt alias dicimus ipſo iure quid fieri) ſed per certos modos, veluti per adoptionē, in ſpecie dictam & arrogationem. Poteſt autem homonyme dici: Legem ſolam operari, & non vno modo. Nam legitimatio per reſcriptum, & curiæ oblationem etiam ſunt ſolius legis, ſed eatenus concurrit natura, quod hæc tantum habeat locum, in liberis quos quis ex cōcubina ſuſcepit: ceterum adoptio eſt eorum qui nullo modo nobis liberi ſunt. Sed ſane quod illi liberi ſunt, non propterea facit vt in poteſtate ſint patris, de qua hic

Digitized by Google

hic agitur: itaque hic effectus totus eſt à poteſtate legis. At vero cum matrimonium iuris gentium ſit, & ipſa poteſtas patria, recte hactenus dicimus liberos ex vxore natos quodammodo natura eſſe in noſtra poteſtate: licet aliter forte dicendum ſit iuxta §. 2. *ſup. de pat. pot.* & attenta illa poteſtatis Romanæ conditione, quæ mere eſt à iure ciuili. Ita & hic poteſtas patria fuerit à lege, ſed mediante actu qui vtique in ſe iuris gentium eſt, & nimirum, matrimonio. Sed hæc leuia sũt: Dicimus porro adoptionem ex lege eſſe: non vt propterea Romanis omnino proprium faciamus adoptionem. Nam & Moyſen à filia Pharaonis adoptatum traditur *arg. cap. 2. Exod.* & Theſeum ab Ægeo (cuius tamen naturalis filius erat) adoptatum ſcribit Plut. παῖδα ἂν τοῦ θεμένου τοῦ Αἰγέως.

Naturales liberi.] Ad finem *tit. praeced.* monuimus, intelligi hic natos ex matrimonio: *l. 2. §. liberi C. ad SC. Tertyll.* quomodo & legitimi naturaq; parẽtes dicuntur dũ opponuntur adoptiuis *l. adoptiuum D. de in ius voc. §. admonendi 13. cum §. ſeq. infr. de hered. ab int.*

TEXTVS.

2. Adoptio autem duobus modis fit: aut principali reſcripto, aut imperio magiſtratus. Imperatoris autoritate quis adoptare poteſt, qui quæue ſui iuris ſunt: quæ ſpecies adoptionis dicitur adrogatio; Imperio magiſtratus adoptamus eos eaſue, qui quæue in poteſtate parentum ſunt: ſiue obtineant primum gradum liberorum, qualis eſt filius, filia: ſiue inferiorem: qualis eſt nepos neptis, pronepos proneptis.

COMMENTARIVS.

PRæmittenda erat definitio adoptionis, quæ nihil aliud eſt, quam legitima alicuius in filium adſumptio. Valde abuſiue & improprie deſcribit *Caius 1. Inſt. 5.* eſſe ſimilitudinem naturæ, vt aliquis filium habere poſſit, quem non generauit. Rectius Theophilus πρᾶξιν νενομισμένην μιμουμένην τὴν φύσιν, πρὸς παίδων παραμυθίαν ἐπινενοημένην. Quibus verbis poſteriorib. eleganter innuitur cauſa finalis adoptionis, vt per legem habere poſſint liberos, quibus cauſa quæ liberos inuidit: veluti ſi vxor ſterilis, liberi mortui degeneres. Hoc §. proponitur diuiſio. Iſtud vulgatum eſt, plures eſſe res, quam nomina rerum *l. natura 4. de praeſcr. verb.* itaque ſæpe vnum idemque verbum plures res ſignificare: quod cum variis modis, tum hoc etiam accidit, vt vnum verbum fungatur vice generis & ſpeciei: quale nomen eſt culpa, quod in genere acceptum etiam comprehendit dolum, à quo alias tamquã diuerſa ſpecies diſtinguitur: tale nomen eſt cognatio, vt dicemus *infr. hoc lib. tit. 15.* Ita notant Dd. nomen pacti modo in genere, vt comprehendat omnem conuentionem, modo in ſpecie, vt tantum nudum pactum, vſurpari: Idem notant de verbo iuriſdictionis, quæ cum in ſpecie ad ciuiles cauſas pertineat, in genere tamen ſumpta, & imperium merum contineat. Tale nomen eſt adoptio, quod diuiditur in adrogationem, quæ & hic & plurimis locis adoptio dicitur, & in adoptionem in ſpecie dictam: Et de vtriuſque ſpeciei natura diſtincte agendum eſt: quæ explicatur h. t. expoſitis iis, in quibus vtraque aut conuenit aut diſcrepat.

Prima differentia eſt à cauſa efficiente iuxta hunc §. vbi primo omnium notandum cauſam veterem adrogandi mutatã eſſe, quod olim autoritate populi, poſt principis adrogatio facta eſt, vt mox pluribus. Adoptio in ſpecie vt olim, ita hodie fit imperio & autoritate magiſtratus ſcilic. inferioris: ceteroquin & princeps magiſtratus eſt: ſed quia in principe ſunt iura maieſtatis, & magiſtratus fere iuris dicundi cauſa apud Romanos conſtitutus fuit, fit, vt princeps recte magiſtratui opponatur. Ceteroquin licet adoptio hodie hactenus habeat eandẽ cauſam efficientẽ: tamẽ ratione formæ & modi hodie longe differt adoptio à veteri, vt mox dicemus: Et primũ dicamus de adrogatione. Cur in ea nõ ſuffecerit autoritas nec olim nec hodie ſimplicis magiſtratus, hęc

Digitized by Google

ratio eſt, quia homo ſui iuris ſe dabat in poteſtatem alienam, & quaſi in ſeruitutem, ſi cōſideramus veterem in liberos poteſtatem: nec videbatur ius eſſe ciui ſui iuris, ſtatuendi de capite quaſi ſuo iniuſſu populi, adoptio autem fiebat iure poteſtatis patris, qui ſuo iure filium ſuum interueniente autoritate v. c. prætoris in poteſtatem alterius transferebat. Et quod ad veterem adrogationem, illa olim fiebat rogatione ad populum & quidem curiatis comitiis. Creatio magiſtratuum fere omnium iuxta inſtitutum Seruii Regis fiebat comitiis centuriatis: pleræq; LL. ferebantur ad populum comitiis tributis, pauciſſima erant quæ fiebant comitiis curiatis, quæ Romulus populo in Curias diuiſo inſtituerat. Inter ea erat delatio militaris Imperii: & ſcil. Conſules & alii magiſtratus in prouincias & omnino ad bellum exituri legem de Imperio ſuo ad populum ferebant, curiatis comitiis, quod innumeris locis Liuii probatur: ſuper adrogatione quoque lex curiata ferebatur: Cur iſta fere tantum relicta fuerint comitiis curiatis mihi non liquet. Id ita ſe in adrogatione habuiſſe probatur ex *Gellio 5. cap. 19.* & perſpicue ex *Cicer. in orat. pro domo*, vbi exagitat adrogationem Claudii: Sueton. in Auguſto c. 65. Nepotem, inquit, Agrippam & priuignum Tiberium adoptauit in foro lege Curiata. Et illis locis nominatim exſtat formula rogationis ad populum, *Velitis, iubeatis, Quirites, ita eum eſſe filium, ac ſi ex ipſo* (ſc. adrogatore) *& matrefam. eius natus eſſet*: & nominatim hoc adiectum, vt in eum ſc. arrogatum eſſet ius vitæ & necis, iam d. oratio Ciceronis oſtendit. Et quoniam ita homo ſui iuris in poteſtatem alienam tranſibat, neceſſum erat, vt ipſe adrogatus in hanc rem auctor fieret, vt rurſus Cicero ſcribit, & *Gell. d. loco*, qui hinc eſſe teſtatur, quod impubes quem inueſtem dicebant, nō poſſet arrogari, ſed tantū veſticeps, pubes: quoniam ille cum ſub tutoribus eſſet, autor in hanc rem propter ætatem fieri non poterat, nec hoc ius erat tutoribus, vt caput liberum (ita appellat Gellius) in alienam traderent poteſtatem. Itaq; neceſſum erat adrogandum publice in comitiis interrogatum, autorem fieri & annuere: nec minus & eum qui filium ſibi adrogaturus erat, oportebat publice hoc conteſtari: idque eſt, quod ſcribit *Caius in l. 2. §. 1. h. t.* & eum qui adoptat rogari, an velit eum ſibi filium eſſe, & eum, qui adoptatus, an hoc fieri patiatur: vbi etiam ſcribit, ex hoc adrogationem appellatam eſſe: quod & ſiue idem, ſiue alter Caius ſcribit *h. t. lib. 1. § 1.* Eamq; notationē ita explicat Hottom. hic, dictam fuiſſe adrogationem, quod præter rogationem ad populum latam, inſuper pater & filius futuri rogabantur: quemodo verbum adrogare, pro adiicere vſurpari videtur in *l. 4. de pæn.* Verum id † mihi nō ſatis conuenire videtur, quod poſt rogationem ad populum latam demum adoptaturus & adoptandus fuerint rogati: ita enim futurum erat, vt populi approbatio ſecundum rogationem ſecuta, inutilis eſſet, ſi hi quorum conſenſus omnino neceſſarius eſt, poſt non fierent autores: itaq; veriſimile eſt horum rogationem & reſponſionem præceſſiſſe: inde rogationem ad populum latam fuiſſe. Hæc omnino pro Etymologia huius verbi coniungenda: nec audiendus *Alciat. 9. parerg. 5.* dum improbat notationem *Caii in d. l. 2.* & eam omnino dictam vult, à rogatione ad populum lata: Hoc enim ſenſu omnes leges ad populum latæ adrogationes dicendæ fuerint, vt recte hic notat Hottom. 2

Atq; in hunc † modum fiebat adrogatio olim per populum, cuius iure tranſlato in principē, hic adeundus & eius reſcriptum deſuper impetrandum erat. Ab hoc factum eſt, vt fæminę quoq; poſſent arrogari per reſcriptum L. nam & 21. *h. t.* quæ aute non poterant, vt eſt apud *Vlpian. tit. 8. de adopt. § 4.* quia ius comitiorum non habebant. Hoc autem, vt per reſcriptum fieret adrogatio fœminarum antiquum eſſe docet exemplum, quod mox ſubiicio ex *Plin. 8. Epiſt. 18.* Hottom. tamen, vt adrogatio per reſcriptum fieret, primum ſub Diocletiano cœptum putat, ſed leuiſſimo argumento ex *l. 2. C. de adopt.* neque enim tum primum hoc ius principis factum vllo modo inde colligi poteſt: & prorſus improbabile eſt, quod 300. annis quibus Rom. Reſp. ſub

Impp.

Digitized by Google

Impp. fuit, populus illud ius retinuerit: cum imo conſtet Tiberium ſuffragia populo ademiſſe: Niſi quis exiſtimet relictum hoc populo, in quo nulla pars adminiſtrandæ reipub. conſiſtebat, & ſane *Vlpianus in fragm. tit. Inſt.* 8. *de adopt.* ſæpius repetit, arrogationem fieri per populum, & Romæ tantum: & ſimpliciter arrogari apud populum ſolitum ſcribit *Gell.* 5. *cap.* 19. qui poſt diu occupatam à Cæſaribus Rempub. vixit. Sed contradicit, quod *Plin.* 8. *Epiſt.* 18. meminit puellæ ſui iuris adoptatæ, id eſt, adrogatæ. Et hoc factũ reſcripſit princeps, quia vt iam diximus, in comitiis non poterat. Item contradicit, quod *Gaius in l.* 2. §. 1. *h. t.* pariter adrogationem fieri dicit principis autoritate. An Vlpianus loquitur iuxta veterem morẽ? An præcedebat principis autoritas, ſequebatur populi rogatio? An vtroque modo per principem & per populum fieri poterat? aut an ſiue Vlpiani locus, ſiue *Caii in l.* 2. *h. t.* corruptus vel interpolatus eſt: Ego in medium relinquo. At numquid etiam adrogatio teſtamento fieri potuit? Sueto. *in Cæſ. cap.* 83. (vbi de teſtamento Cæſaris) Caium Octauium in familiam nomenq; adoptauit: & iam ante *Cicer. in Bruto*, ſiue *de clariſſ. orat.* Quid Craſſum, inquam, illũ cenſes, iſtius Liciniæ filium Craſſi teſtamento qui fuit adoptatus? Apparet intelligi adrogationem eorum qui erant ſui iuris: at enim in mortuo nullus amplius effectus poteſtatis patriæ. Sed tamen effectus fuit nominis & familiæ: ſed vt puto, vt iſta eſſet magis deſignatio, & quæ lege curiata comitiis eſſet confirmanda. Ita enim *Dio.* cum *lib.* 44. ſcripſiſſet, teſtamento Cæſaris adoptatũ Octauium: *& li.* 45. quod nomen Cæſaris aſſumpſerit, demum *libr.* 46. ſcribit in hæc verba: ἐς τὸ τοῦ Καίσαρος γένος κατὰ τὰ νομιζόμενα ἐσεποιήθη, καὶ διὰ τοῦτο καὶ τὴν ἐπίκλησιν μετέθετο. Et addit eum quidem & ante vſurpaſſe nomen Cæſaris, ſed non conſtanter, nec vtiq; πρὶν δὴ καὶ ἐκ τῶν πατρίων τότε ἐβεβαιώσατο. Intelligit procul dubio Lege Curiata confirmatam adoptionem: Ita & *Appian.* 3. *bell. ciu.* de Octauio ἐσεποιεῖτο τῷ πατρὶ κατὰ νόμον Κυρήτων, malim Κυριάτιν, quia ſignificat Legem Curiatam.

Videamus iã de adoptione in ſpecie dicta. Ea fiebat autoritate patris qui in poteſtate habebat, itaq; cuiuſq; ætatis, etiam infans poterat adoptari. *l. etiam* 42. *h. t.* Sufficit enim non expreſſe contradici *l.* 5. *eod.* & pater autor fiebat. Hinc nec olim lege curiata, nec poſt adito principe opus, ſed ſufficiebat autoritas magiſtratus infra principem. De hac ita ſcribit *Gellius d. cap.* 19. *lib.* 5. Adoptantur, inquit, cum à parente in cuius poteſtate ſunt, tertia mancipatione in iure ceduntur, atq; ab eo qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio eſt, vindicantur. Quæ verba ſunt explicanda. Diximus *ſup. ad tit.* 9. §. 2. ex Lege Romuli patrem ius habuiſſe, ter vendendi filium, ita vt filius etiam ſemel iterumq; venditus, in poteſtatem patris rediret, & demum tertia venditione ex eius poteſtate exiret: quod poſtea in imaginarias venditiones mutatum, & ob id in emancipatione filii tres venditiones & totidem manumiſſiones neceſſariæ fuerunt, vt dicemus *ad tit. ſeq.* §. *præterea.* In adoptionibus autem non agebatur hoc, vt filius ſui iuris fieret, ſed vt ex poteſtate patris exiret in alienam. Itaq; vt illud fieret, opus erat tribus venditionib. & emancipationibus, ceteroquin in poteſtatem patris naturalis filius reuerſus fuiſſet: ſed non interueniebant tres manumiſſiones: ceteroquin filius emancipatus prorſus & ſui iuris fuiſſet. Et igitur interueniebant tres mancipationes & duæ manumiſſiones, quod & diſerte ſcriptũ eſt in *Iuſt. C. de adoption.* Et vbi de emancipando filio agebatur, filius tertio venditus, tertio quoque manumittebatur. Sed vbi adoptandus dabatur filius, tertium ita vendebatur & mancipabatur filius ei qui illum adoptabat, vt ipſi in iure cederetur, & hic filium tamquam ſuum ſibi aſſereret & vindicaret, vt eſt apud Gellium *d. loco*, iure enim Quiritium ius vindicandi filium pater habebat *l.* 1. §. 2. *de rei vindic.* ad inſtar quodammodo ſerui, ſiquidem per venditionem vt dixi, filius ita in adoptiuum patrem transferebatur: Facit ad illuſtrandum, quod *Sueton.* ſcribit *in Auguſt. cap.* 64. Caium & Liuium adoptauit (Auguſtus) domi per aſſem & libram,

emptos à patre Agrippa. Domi, non in foro vt paulo ante retulimus, ex eodem Sueton. *cap.* 65. factum circa Tiberium, quia illi erant in poteſtate patris: domi quoque apud ſe, cum ipſe eſſet ſupremus magiſtratus, nec opus haberet adito prætore: ſiquidem huiuſmodi actus voluntariæ iuriſdictionis & alius magiſtratus apud ſe expedire poteſt *l. 3. h. t. l. 1. & 2. de offic. præt. l. vn. de offic. conſul.* Et iſte erat ex iure Quiritium modus optimo iure adquirendi per ceſſionem in iure, vt docet *Vlpian. titul.* 19. *de dominiis* §. 1. & §. *in iure* 8. & §. *ſeq.* vbi (quod omnino ad illuſtrandum Gellii locum facit,) In iure, inquit, cedit dominus, vindicat is, cui ceditur, addicit prætor: ex quo vt obiter dicam, firmatur quod *ſup. d. titul.* 9. §. 2. diximus, ius poteſtatis patriæ in filium, perquam iuri dominico ſimile fuiſſe. Cum itaque omnis ceſſio in iure fieret apud magiſtratum, & mancipatio tertia in iure fieret, ſequitur exinde, apud magiſtratum faciendam quoque fuiſſe adoptionem, ſub id tempus, quo effectum, liberato filio à prioris patris poteſtate ſumebat. At dixerit quis, cum ipſa mancipatio eſſet modus transferendi rem Quiritium iure, vt *d. titul.* 19. ſcribit Vlpianus, cui bono tandem, & cur fuerit neceſſe, inſuper accedere alium dominii transferendi modum ceſſionem in iure, cum ſufficere poſſet mancipatio tertia, quæ alias ſola ſufficit ad transferendum dominium iure Quiritium. Fortaſſis ob inſignes effectus patriæ poteſtatis, & iura quæ in familia noua conſequebatur adoptatus, viſum fuit accedere debere autoritatem magiſtratus, vt apud eum finaliter res transfigeretur: aut fortaſſe poſtrema & tertia mancipatio facta fuit citra nexum, ita vt eam ſtatim ceſſio in iure & ab altera parte vindicatio conſequeretur.

Additur apud Gellium ceſſionem in iure
4 factam † eſſe apud magiſtratum, apud quem eſt legis actio. Hoc quoque eget explicatione. Exſtat in *l. 2. §. deinde 6. de orig. iur.* compoſitas fuiſſe legis actiones, nimirum certas quaſdam & ſolemnes formulas, quibus ſuper quaque re ciues apud magiſtratum experirentur, & neceſſaria quæque peragerent. Hinc dicimus apud magiſtratum lege agi, & apud magiſtratum eſſe legis actionem, vt apud *Gell. d. loco l. 4. h. t. l. 3. de offic. proconſ.* eodemque ſenſu dicitur data eſſe alicui legis actio *l. 1. de offic. iurid.* quod vid. hoc ei conceſſum ſit, vt apud eum ſolemniter & ex lege agi poſſit: & ſimul hoc vt poſſit iubere lege agere: ſiquidem non tantum partes litigantes, ſed etiam lictores & executores, adeo ipſe carnifex lege agere dicebatur: vt in notiſſimo illo apud Liuium: Lictor viro forti adde virgas, & in eum primum lege age: adeo latius patet lege agere, quam vſurpatur in *d. l. 2. §. 6. de orig. iur.* vbi legis actiones dicuntur, quibus populus inter ſe diſceptaret. Et amplius ibi præcipue videntur intelligi actiones legis, quæ pertinent ad Iuriſdictionem contentioſam, id eſt, quæ exercetur in inuitum, cum Reus citatur, & comparere cogitur, (aut in contumacem legitimis proceditur remediis) & damnatur: cuiuſmodi nihil accidit in actibus adoptionis, emancipationis, manumiſſionis, qui ob id dicuntur voluntariæ Iuriſdictionis, quia nulla interuenit hic contradictio, ſed ii inter quos res agitur, conſentiunt. Et reſpectu huius duplicis iuriſdictionis exiſtimo dici plenam legis actionem in *l. 1. C. h. t.* vbi dicitur, apud eum poſſe adoptari, apud quem eſt plena legis actio: niſi quis intelligere velit, cognitionem omnium cauſarum ciuilium, quam qui habeat, apud hunc conſequenter etiam adoptari, & alia quæ dicuntur voluntariæ iuriſdictionis, expediri poſſe.
Ex quo intelligimus † errare Accurſium, qui 5
in *l. 4. D. h. t.* ſcribit etiam apud magiſtratus municipales & defenſores ciuitatum potuiſſe fieri adoptionem: neque id vllo modo probatur ex *N. 15. cap. 2. & cap. 6.* §. 1. neque ex *l. 2. C. de magiſtr. municip.* neque enim apud hos magiſtratus erat plena legis actio. Animaduerto Dd. hac ratione moueri, quod iure

nouo

Digitized by Google

nouo per *l. vlt. Cod. de adopt.* ſufficit apud magiſtratum actis interuenientibus hoc conteſtari: magiſtratus autem minores quoque habent Acta *d. l. 2. C. de magiſtr. muni.* ſed vitioſa conſequentia eſt: forma enim mutata tantum eſt, cetera manent in diſpoſitione iuris veteris: & oportet adoptionem apud eius magiſtratus acta fieri, qualis iure veteri deſiderabatur.

6 Alia quæſtio † eſt an iſtud poſſit delegari, vt apud mandatarium iuriſdictionis fiat adoptio. Et video Interpp. communiſſime: *gl. Ioh. Plat. Ang. Fabr. Porc. Myns.* in affirmantem ſententiam conuenire, motos hac ratione, quod vtique hodie non ſit amplius opus decreto poſt *d. l. vlt. C. de adopt.* Sed primo, cum iure veteri decreto opus fuerit, hactenus in eo quod expreſſe mutatum non fuit, ſequemur ius vetus. Tum ſecundo nimis aperta ignoratione iuris labuntur, dum putant non poſſe ea mandari quæ per decretum expediuntur: ſiquidem per *l. quæcunque 105. de R. I. iunct. l. 9. §. 1. de offic. proc.* non mandatarius, ſed iudex pedaneus excluditur, de quo alibi tractatur. Itaque vt maxime decretum hodieque neceſſarium eſſet, non ob id ſequeretur, mandari non poſſe. Et ego ſtatuo tamen in iſtis actibus voluntariæ iuriſdictionis mandato non fuiſſe locum, ex ſpeciali cauſa quam exponam *titul. ſeq. ad §. præterea*: adeo cum nihil hic mutatum ſit, idem ius hodie locum habebit. Adde tamen ad prius illud, apud quoſdam magiſtratus municipales potuiſſe exerceri actus voluntariæ iuriſdictionis: quod de emancipatione & manumiſſione diſerte ſcribit Paulus *2. ſent. 25.* ſi nimirum illis data eſſet legis actio (in ſpecie ita dicta.) Et ergo non omnes id habuerunt: *add. l. 1. C. de emancipat.* Ex his ſatis intelligimus quæ fuerit forma veteris adoptionis: eam autem mutauit Iuſtinianus, & illas mancipationes, venditiones, manumiſſiones, & ceſſiones in iure ſuſtulit, & conſtituit, vt ſine iſtis ſolemnibus, ſimplici cõteſtatione adoptiones apud competentem magiſtratum peragerentur *d. l. vlt. C. de adoptionib.* Et ſequetur tamen in terminis habilibus, iuxta ea quę mox dicemus ad §. ſeq. effectus veteris ſolemnis adoptionis: & erit adoptio ſicut & adrogatio hodieque legitima extranei in filium fam. aſſumptio. Extraneus hic ſignificat eum qui eſt extra familiam, vt *Hottoman. ad pr. huius titul.* explicat, eum qui non eſt agnatus, licet cognatus, imo licet filius ſit, ſed emancipatus, hic enim rurſus hoc modo in poteſtatem redigi poteſt: *l. qui liberatus 12. h. t.* nec dubito etiam eum qui in adoptionem à patre datus fuit, rurſus ab adoptiuo patre, in poteſtatem patris naturalis dari poſſe per adoptionem in ſpecie dictam. In eo autem errare puto Hottoman. quod ab obiecto adoptionis ſiue arrogationis omnino excludit agnatos: nihil enim obſtare puto, quo minus v. c. fratris filius arrogari poſſit. Licet enim hic iam ſit in familia, tamen non habet ius filiifamilias, quod conſequitur quis per adrogationem. Dicitur aſſumptio in filiumfam. vt intelligamus v. c. in fratrem neminem adoptari poſſe *l. nec apud 7. Cod. de hered. inſtit.* Adoptio enim naturam imitatur: & natura nobis liberos quærimus, non fratres. Cum autem adoptati conſequantur ius filii, perinde ac ſi ex iuſto matrimonio nati eſſent, vltro apparet, eos iura familiæ, hereditatis, & ſacrorum nanciſci. Illud autem ſingulare quod Hottomannus notat, adoptatos non ſolum nomen, quod erat gentis, nec etiam ſolum cognomen, quod erat familiæ (de quo alibi dicemus) adſumpſiſſe, ſed etiam prænomen, veluti ſi adoptans Caius, adoptatus Lucius ante appellatus fuiſſet, eum poſt adoptionem non amplius Lucium, ſed Caium, appellatum fuiſſe: id ideo ſingulare eſt quoniam nec filius naturalis idem prænomen cum patre neceſſario gerebat. Huc facit locus *Dion. libr. 46.* vbi de adrogatione Octauii νενόμισται, inquit, ἄν τις εἰσποιηθῇ (ſi quis adoptetur) τὴν μὲν ἄλλην αὐτὸν πρόσρησιν ἀπὸ τοῦ εἰσποιησαμένου, (ab adoptante) λαμβάνειν: ἓν δέ τι τῶν προτέρων ὀνομάτων σχηματισθὲν πως τηρεῖν. Vnum ex prioribus nominibus, aliter paulo formatum retinere,

retinere. Ita. n. poſt dictus fuit Octauius, C. Iul. Cæſar Octauianus. Ita filius Æmilii adoptatus à Scipione, dictus Scipio Æmilianus. Hęc pro fundamento ad intelligendam totam materiam, præmittenda & dicenda fuerunt. Conſiſtunt in his duæ principales differentiæ adrogationis, & adoptionis in ſpecie appellatæ 1. ab obiecto, quod adrogabatur pubes ſui iuris, qui ipſe fieri auctor poterat: adoptabatur qui erat ſubiectus poteſtati patris, huius autoritate & etiam infans. 2. à cauſa efficiente ſiue etiam à forma: quod olim adrogatio comitiis curiatis apud populum, ſed poſt autoritate principis fiebat: adoptio autem in ſpecie dicta, in iure, apud magiſtratum inferiorem, per ceſſionem in iure, præcedentibus mancipationibus & manumiſſionibus: hodie ſimplicius per *l. vlt. C. de adopt.*

TEXTVS.

Sed hodie ex noſtra conſtitutione cum filiusfam. à patre naturali extraneæ perſonæ in adoptionem datur, iura patris naturalis minime diſſoluuntur, nec quidquam ad patrem adoptiuum tranſit, nec in poteſtate eius eſt, licet ab inteſtato iura ſucceſſionis ei à nobis tributa ſint. Si vero pater naturalis non extraneo, ſed auo filii ſui materno, vel ſi ipſe pater naturalis emancipatus fuerit, etiam auo paterno: vel proauo ſimili modo materno vel paterno filium ſuum dederit in adoptionem: in hoc caſu, quia concurrunt in vnam perſonam & naturalia & adoptionis iura, manet ſtabile ius patris adoptiui, & naturali vinculo copulatum & legitimo adoptionis nodo conſtrictum, vt & in familia & in poteſtate huiuſmodi patris adoptiui ſit.

COMMENTARIVS.

1 *Extraneus h c quis dicatur.*

2 *Cauſa mutati iuris veteris.*

ANte non minus per adoptionem in ſpecie dictam tranſibat ius poteſtatis plenum, quam per adrogationem. Id mutauit Iuſtinianus, vt hodie adoptione facta ab extranea perſona non diſſoluantur iura patris naturalis, adeo non exeat ex eius poteſtate & familia. Extranei verbum †. cum raro vſurpe- 1
tur & non vno modo pro ſubiecta materia, hic ſignificat omnem eum qui non eſt ex aſcendentibus, etiamſi & alias ſit de agnatione vel familia, veluti patruus. Et omnino hodie ſoli liberi ſecundi vel vlterioris gradus, nati ex filio vel filia ſunt obiectum adoptionis veræ. Hi omnimodo, adoptandi ſcil. ab auo materno vel proauo: illi, ſi prius antequam naſcerentur, quin & conciperentur, ipſi liberi, filius fuerit emancipatus, vt hoc §. exponitur. Extra hunc caſum adoptio facta ab extraneo magis eſt nominalis quam realis, præterquam quod filius adoptatus ab inteſtato ſuccedit: qui tamen non poteſt dici effectus paternæ poteſtatis, cum multis aliis præter patrem ab inteſtato ſuccedatur: quamuis procul dubio tamen filius hic primo gradu vt filius ſucceder, ita vt excludat agnatos aut cognatos, & cum aliis veris liberis concurrat, qui ſane effectus magni momenti eſt, de quo dicemus *infr. lib. 3. tit. 1. §. ſed ea 14.* Cur Iuſtinianus hic ius
vetus † mutauerit, hanc rationem reddit 2
Hottoman. quod ex iure veteri duo non leuia conſecuta fuerint incommoda: tum ſi adoptator fortunis euerteretur, tum ſi emanciparet adoptatum: vtroque enim caſu factum, vt vtriuſq; patris fraudaretur patrimonio filius. Sed prius incommodum inepte adducitur, quoniam poſſet etiam & potius naturalis patris patrimonium euerti, nec ob incertum iſtum euentum poteſt damnum aut incommodum allegari, poſterius incommodum citare ſolet Iuſtin. vbi de hac mutatione agit, vt *in §. ſed ea omnia 14. verſ. inuenimus infr. de hered. ab inteſt. l. pen. poſt princ. C. de adopt.* Et in *d. §. 14.* ait Iuſtin. ſe inueniſſe nonnullos caſus, quibus adoptatus filius, & naturalis & patris adoptiui ſucceſſionem amittebat. Verum enim vero non

non apparet niſi vnus caſus, quo filius poſt mortem patris naturalis emancipatus fuit, iuxta §. *at hi* 10. *infr. de hæred. ab int.* ceteroquin ante emancipati non minus iure prætorio ſuccedunt, quam ſi nunquam in aliena familia fuiſſent *d.* §. 10. Neque tanti erat, propter vnicum illum caſum tantam plagam inferre iuri veteri, maxime cum haberet filius quod ſibi imputaret, quoniam liberi inuiti non emancipantur. *N.* 89. *cap. XI.* quod tamen an olim ita fuerit, dicemus *ad* §. *præterea tit. ſeq.* Sed ita placuit Iuſtiniano vel Triboniano, hoc vnum præcipue agenti, vt totum ius vetus conturbaret. Miror autem hic iudicium, an ſtupiditatem eorum qui hodieque putant etiam poſt conſtitutionem Iuſtiniani in *d. l. pen. C. de adopt.* adoptatum ab extraneo in eius poteſtatem & familiam tranſire; in quam ſententiam abutuntur verbis Iuſtiniani in *d. l. pen. in pr.* & *in d.* §. 14. *infr. de hered. ab int.* quibus ait integra ſeruari iura filio perinde ac ſi in patris naturalis poteſtate permanſiſſet, *d.* §. 14. *&* *d. l. pen.* ita filium permanere ac ſi in alienam familiam non fuiſſet translatus. Nimirum potior eſt ratio habenda rerum quam verborum; & vtique implicaret manifeſtam contradictionem, omnia perinde haberi ac ſi adoptio nō fuiſſet ſubſecuta, & omnia iura manere filio integra quo ad patrem naturalem, & huius iura minime diſſolui; & tamen filium tranſire in poteſtatem patris adoptantis. Et recte ait Accurſius ad §. *ſed ea omnia* 14. Imp. ita loqui referendo ſe ad factum; quod ſcilicet tale factum interuenit, ex quo filius ea ratione iuris in poteſtatem patris alterius tranſire debebat, quale ſc. per adoptionem olim transferebatur; ceteroquin verba huius §. apertiſſima ſunt, quod in adoptantis extranei nec familiam nec poteſtatem tranſeat filius: idque amplius perſpicuum eſt ex oppoſitione caſus alterius, quo adoptio fit ab aſcendente, & quo, ius vetus integrum manet, & vt eſt in *fi. huius* §. filius eſt in familia & poteſtate parentis iſtius naturalis ſimul & adoptiui. Neq; fieri poteſt, vt quis in duorum ſimul familia ſit & poteſtate. Et à negatis & poſitis effectibus, negatur aut ponitur cauſa; adeo cum filius adoptatus à patre adoptiuo, extraneo impune præteriri aut exheredari poſſit, nec contra tale teſtamentum vllum remedium filio concedatur; hæc autem omnia iura integra habeat in bonis & contra teſtamentum patris naturalis, ſequitur neceſſario filium in huius omnino & familia & poteſtate manſiſſe, in illius autem non tranſiuiſſe.

Hæc cum ita ſint, & ex huiuſmodi adoptione non conferatur ius familiæ, quæritur an ſit locus prohibitioni, quæ extat in §. *Inter eas* 2. *&* §. *Item amitam.* 5. *tit. præc.* vt videlicet non liceat ducere ſororem adoptiuam, aut nubere fratri adoptiuo. Item vt non liceat ducere patris adoptiui ſororem: vel, quod eandem habet rationem, fratris adoptiui filiam. Et cum iſtæ prohibitiones nullā aliam habeant cauſam, quam agnationem & cognationem ciuilem, vt ad dd. §§. diximus, nuptiæ iſtæ hodie licitæ erunt, cum nulla hic occurrat ratio reuerentiæ, aut honeſtatis naturalis: quamuis hoc controuerſum eſſe teſtetur *Ioh. Plat. in* §. *Inter eas. tit. præced. n.* 14. vbi ipſe tamen nihil concludit.

Licet ab inteſtato iura ſucceßionis.] Hoc ſpeciali beneficio Iuſtiniani; ſed an præferetur parentibus, iuxta *N.* 118. *cap* 2. an concurrit cum fratribus vtrinque cōiunctis, an tantum cum iis qui ex vno latere ſunt? dicemus aliquid *inf. de hered. ab int. in* §. *ſed ea omnia* 14.

Auo filii ſui materno.] Hic auus non habet in poteſtate nepotes ex filia: itaque hi poſſunt ipſi à genero ſuo dari in plenam adoptionem. Et hic integra vetera iura conſeruat Iuſtin. Atquin an non hic idem eſt incommodum, quod ante notauimus, vt hic adoptatus careat vtriuſque patris ſucceſſione, ſi emancipetur poſt mortem patris naturalis. Reſpondent: cum nepotes ex filia natura ſint liberi, non præſumi auum maternum, natura nepoti, & iam Lege filio, male conſulturum. Sed nimirum Iuſtinianus nepotibus quoque ex filia iam *in* §. *vlt. infr. de hered. ab int.* ius ſuccedendi auo materno dedit; itaque hoc incommodum ceſſat.

Si pater naturalis fuerit emancipatus.] Nati ex filio in poteſtate ſunt in poteſtate aui paterni *§. vlt. ſup. de pat. poteſt.* Itaque non poſſunt illi in adoptionem dari. Et oportet igitur, vt adoptioni nepotum ſit locus, filium eſſe emancipatum. Amplius oportet eum emancipatum eſſe antequam nepotes nati, imo & concepti eſſent; ceteroquin quamuis emancipato filio, manent & naſcuntur in poteſtate aui, *§. admonendi 7. & §. illud 9. tit. ſeq.*

Etiam auo paterno.] Vbi ſcil. vt iam dixi filius emancipatus fuit. Et hæc verba omnino ſunt hic inſerenda, poſt quæ ſequitur, *vel proauo, ſimili modo materno vel paterno.* Docet enim Iuſtin. omnino auo materno recte dari in adoptionem nepotes ex filia, paterno tum demum ſi ſint nati ex filio iam emancipato: mox ſubiicit idem procedere ſimili modo in proauo materno vel paterno; in illo omnimodo, in hoc ſi emancipatio anteceſſerit. Et iam dicta verba, *etiam auo paterno*, præterquam quod ſumma ratio defendit, etiam diſerte habentur in *l. pen. C. de adopt.* vnde hic locus deſcriptus eſt; agnoſcit ea etiam Theoph. & editio Pariſina; licet vitioſe abſint ab editionibus vulgatis & Gothofredi.

Concurrunt naturalia &c.] Hinc notant Dd. duo vincula fortius ligare quam vnum. Sed non inde petenda eſt ratio, ſed à ceſſante incommodo illo, quo motus fuit Iuſtin. vt ius vetus emendaret, vt paulo ſuperius diximus; atque ita iſta ratio Iuſtin. accipienda eſt, quod concurſus vinculi naturalis iſtud incommodum tollat.

TEXTVS.

3. Cum autem impubes per principale reſcriptum adrogatur; cauſa cognita adrogatio fieri permittitur: & exquiritur cauſa adrogationis, an honeſta ſit expediatque pupillo. Et cum quibuſdam conditionibus adrogatio fit: id eſt, vt caueat adrogator perſonæ publicæ, ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtituturum ſe bona illis, qui ſi adoptio facta non eſſet, ad ſucceſſionem eius venturi eſſent.

COMMENTARIVS.

1 *Cauſa cognitio.*
2 *Requiſita in adrogatione impuberis.*
3 *Tabularii.*
4 *Fœdus error A. Fabri.*

Diximus ad princ. tit. in adrogatione neceſſum fuiſſe, vt ipſe adrogandus autor fieret, & ob id pupillum adrogari non potuiſſe; idque etiam tradit *Vlp. tit. 8. de adopt. §. 4.* pupillos ante non potuiſſe adrogari, & adiicit, *nunc poſſe* ex conſtitutione Antonini: Antonini ſc. Pii, ad quem hoc refertur *in l. vlt. ſi quid in fraud. patr.* vnde quarta de qua *in §. ſeq.* dicitur Quarta D. Pii *l. Papin. 8. §. ſi quis 15. de inoff. teſt.* de qua quarta §. ſeq. dicemus.

Cauſa cognita † permittitur.] Etiam vbi pubes olim arrogabatur, cauſæ cognitio adhibebatur, & quidē ea tū erat apud Collegium Pōtificū, vt expreſſe ſcribit *Cic. in orat. pro domo ſua.* ſed ſc. accuratior cauſæ cognitio adhibita fuit in adrogatione impuberum. Et tamen ſingula fere membra & capita cauſæ cognitionis, quę enumerat ICtus *in l. nec ei. 17. §. 1. & ſeq. h. t.* vbi de adrogatione impuberis tractatur, omnino credibile eſt etiam excuſſa fuiſſe à Pontificibus, vbi pubes adrogādus erat; populus enim curiatis comitiis nō cognoſcebat cauſam, ſed Legem ſciſcebat. An forte in quātitate, vt ita dicam, cognitionis differentia fuit? & tamen credibile non eſt, Pontifices non ſatis plene cognouiſſe; maxime vbi de adrogādo eo agebatur, qui nec dū maior 25. annis, & forte 15. aut 16. annorum erat. Et 1. *in d. l. 17.* proponitur excutiendū, quæ ſint facultates pupilli, quib° forte adoptaturus inhiet: Idem erit in pubere nā & huius omnia bona pariter adrogator adquirit. 2. quæ ſit vita adrogatoris futuri. *d. l. 17. §. 2.* ne videlicet vitioſis patris morib. corrumpatur: eoque ptinet q̄ *in fi. pr. d. l. 17.* dicitur, ne forte turpis ſubſit cauſa, quo loco etiam id vt generale proponitur, & haud dubie in puberibus præſertim adhuc non longe pubertatē egreſſis locum habet. Et intelligit procul dubio

Digitized by Google

dubio ICtus verbis in *d. l. 17. in fin. pr.* fœdum amorem erga adrogandum, quo infami παι-δεραστίας crimine laboraſſe Romanos, vel Iuuenalis & inprimis paſſim Lucianus, teſtes eſſe poſſunt, pleni ſunt libri alii, nec locis in hãc rem adductis, quæ abunde alias ſuppeterent, chartas conſpurcare libet. 3. in *d. l. 17. §. 2.* æſtimanda dicitur ætas adrogaturi, vt potius det operam quærendis liberis naturalibus, nec permittatur adrogatio, ſi iam liberos habeat, ſed nec pmittatur facile plures arrogare *l. 15. §. vlt. h. t.* quę non minus in adrogatione puberis ſunt exquirenda. Elegans in hanc rem eſt locus *Cicer. orat. pro dom.* Quod, inquit, eſt ius adoptionis, Pontifices? nempe vt is adoptet, qui nec iam procreare liberos poſſit, & cum poſſet, ſit expert⁹; tum ne qua calumnia fraus aut dolus adhibeatur. Quæ ſcilicet ad reliqua capp. pertinent. Videntur autem Impp. poſt fuiſſe paulo faciliores in adrogationibus permittendis, quam ante Pontifices, qui cauſam cognoſcebant, & poſt cognita cauſa, rogationem deſuper ad populum curiatis comitiis ferebãt. Vbi illud et adnoto, quia adoptiones in ſpecie dictæ fiebant poteſtate patria, huiuſmodi cognitionẽ cauſæ neceſſariã non fuiſſe, nec illud quoque inquiſitum an liberos alios haberet; vt vel apparet ex eo quod in *§. inter eas in fi. tit. praeced.* dicitur de eo qui nurum vel generum cupit adoptare. Illud non dubito, adhibitum fuiſſe in adrogatione pupilli conſenſum maxime propinquorum, ſed & tutorum. Iſti quidem autoritate ſua pupillum in adoptionem dare non poterant, vt ſupra diximus ex *Gell. lib. 5. cap. 19.* Sed vbi res ad principem referenda fuit, procul dubio in conſilium adhibiti etiam fuerunt tutores; quandoquidem vbi pubes adrogandus erat, curatoris autoritas fuit adhibita *l. quod ne 8. h. t.* vbi quod dicitur ſub Claudio id demum ita conſtitutum, eo refero, quod apud populum in comitiis, vel etiam apud Collegium Pontificum, curatorem interuenire, neceſſarium nõ erat, qui nullum ius habebat in perſonam puberis, qui ipſe ſibi autor fiebat. Et id de autoritate tutorum ſuper adrogatione pupilli expreſſum eſt in *l. vlt. in fin. C. de autor. præſt.* Vbi paulo abuſiue loquitur Imp. dum proponit pupillum ſe deſiderantem dare in adoptionem: neque enim eius ætatis & iudicii eſt, vt hoc recte de ipſo dicatur. Non tamen hic interuenit tutoris autoritas, vt in aliis actibus, vel contractibus, quibus hoc facit tutoris autoritas, vt actus valeat; neque vero ad firmandam adrogationem, quam præcedente cauſæ cognitione confirmat princeps, pertinet autoritas tutoris; ſed eorum ſaltem eſt, informare principem, vt tanto rectius cognoſcatur cauſa; tum etiam ad eorum iniuriam pertineret, ſi iis inconſultis tutela per hunc modum finiretur.

Diximus olim cognouiſſe ſuper cauſis adrogationis, Collegium Pontificum. Hoc antiquato, an hodie Imp. ipſe cauſam cognoſcet? Quid hic obſeruatum fuerit docet *l. 2. C. de adopt.* vt quod olim Pontifices erant & populus, id hodie ſint vel potius eorum vice fungantur magiſtratus & princeps; vt nimirum arrogaturus apud magiſtratum cauſas probet, adhibitis propinquis &c. & cauſis cognitis probatiſq; magiſtratus rem ad principem referat, cuius reſcripto confirmetur adrogatio.

Et cum quibuſdam conditionibus.] Hoc ſin-
gulare eſt in adrogatione † impuberis. Quo- 2
niam hæc adrogatio fit propter rationem
iuris veteris, ideo voluit Antoninus eam
fieri ſaluo iure eorum, qui pupillo alias ſuc-
ceſſiſſent.

Et ſucceditur pupillo vel ex teſtamento (ꝙ ei nimirum pater fecit per ſubſtitutionem, de quo *infra libro ſecundo, tit. 16.*) vel ab inteſtato. Ergo & ſubſtituti pupillaris & proximorum cognatorum (vbi ſubſtitutus non eſt) ius conſeruandum eſt integrum. Hoc fit per remedium cautionis. Nam cum filiusfam. iure noſtro hæredem ab inteſtato habere nõ poſſit, & pater omnia eius bona iure peculii occupet *l. 2. & 9. de caſtr. pec. de quo infr. libro ſecundo, titulo duodecimo, in princip.* & extra caſtrenſia vel quaſi (cuiuſmodi bona pupillus non habet) nec ex teſtamẽto filiofam. ſuccedi

poſſit, per adrogationem ipſo iure & ſubſtituti, & proximorũ cognatorum ius extinguitur; cum alias quoque conſtet, teſtamentum quod pubes ipſe fecit, ſi ſe adrogandum dederit, infirmari, de quo *inf. lib. 2. tit. 17. §. alio 4.* Et licet hodie filiusfam. poſſit habere heredem ab inteſtato N.118. *cap.* 1. tamen proxima cauſa eſt liberorum, quos pupillus non habet; ſecunda parentum, atque ita etiam hoc iure præferretur adrogator cognatis, niſi iis per cautionem ſuccurreretur. Et quid igitur ſi emancipatus qui adhuc habet patrem, forte & liberos, det ſe adrogandum? Tractat *id Iob. Faber hic.* Sed quidquid ille putet, veritas eſt, quod liberi quidem præferantur patri hodie per *d. N.118.* (quod olim ſecus erat) ſed his non exiſtentibus pater adrogator parentibus naturalibus præferatur; quippe cum adrogatio vel autoritate populi vel principis fiat. Illud ineptum eſt, quod poſt alios Porc. hic mouet circa verbum *conditionibus*, quod actus legitimi qualis eſt adrogatio, non recipiant diem vel conditionem *l. actus 77. de R. I.* Etenim non intelligitur hic conditio, quæ differat & ſuſpendat actum, ſed modus, & ſicut mox ſequitur:

Vt adrogator caueat.] Cautio in hoc conſiſtit, vt ſtipulato promittat ſe his, quos iam dixi bona reſtituturum; & inſuper ſe id ita facturum, det fideiuſſores; non enim nuda repromiſſio ſufficit, quippe per quam his quorum intereſt, non ſatis eſſet conſultum. Et hoc docet *l. nec ei. 17. §. vlt. cum 3. ll. ſeqq. h. t.* ſatiſdationis autem verbum regulariter ſignificat cautionem fideiuſſoriam *l. 1. qui ſatisd. cogant.*

Perſonæ publicæ.] Regulariter alteri per alterum
3 † actio non quæritur. *l. ſtipulat. 38. §. alteri 17. de verb. oblig. §. ſi quis 4. & §. alteri 18. Inſt. de inutil. ſtip.* Inter alias exceptiones hæc quoque vna eſt, dum ſtipulatur ille qui publicum officium gerit; & videlicet tabularius, qui, vt docet *Cuiac. ad rub. C. de tabular. lib. 10. tit. 69.* erat ſcriba magiſtratuum municipalium, & præerat actis ciuitatis, & agebat chartas publicas, vt eſt in *l. 3. C. d. t.* Eos olim ſeruos fuiſſe indicio eſt *l. vlt. C. de ſeru. reip. manum.* (vbi dubitabatur an hoc libertati præiudicaret, quod quis adminiſtraſſet tabulariam) & *l. 13 C. de tabul.* verbo *deinceps*: & *l. non aliter 8. h. t.* vbi dicitur ſeruus publicus; ſicut & in *l. 2. rem pup. ſalu. fore*, & falluntur Dd. qui ideo ſeruos publicos putant dici, quod publice operam præſtent & inſeruiant: decepti *d. l. 3. C. de tabular.* ex qua putant hoc perpetuum, & olim quoque neceſſario tabularios liberos fuiſſe, quod tamen demum *d. l. 3.* ſancitum porro ita obtinuerit, qua de cauſa Iuſtin. non dicit hic, *ſeruo publico*, ſed *perſona publica*. Atqui cur cauetur perſonæ publicę & tabulario, & non illis ipſis quorum intereſt? quoniam huiuſmodi ſtipulatio tantum in ſubſidium interponitur, vbi neceſſitas eo decurrere cogit; quomodo in *d. l. 2. rem pup. ſalu. fore*, ſtipulatur ſeruus publicus, ſi pupillus abſit, vel fari non poſſit. Et nimirum ipſa hæc ratio hic militat, quoniam ratio ſubtilis hoc facit, ne ipſe ſubſtitutus vel proximi cognati pupilli, recte ſtipulentur, aut iis adrogator recte promittat. Et quo ad cognatos; quoniam illorum qui tempore adrogationis proximi ſunt, incerta ſpes eſt, & incertum ius ſucceſſionis; quippe præmori poſſunt; & quis proximus ſit tum demum ſpectatur, vbi moritur de cuius ſucceſſione quæritur *§. proximus 6. inf. de legit. agn. ſucceſſ.* Quod ad ſubſtitutum; quoniam pariter eius ius certum non eſt, cum & eo præmoriente exſpiret ſubſtitutio. Accedit vtrobique, quod alias adrogator nimis in multas perſonas diſtraheretur, nam & illis qui legata aut libertates tabulis pupillaribus acceperunt, conſulendum eſt *l. his verbis 19. h. t.* Itaque placuit vna ſtipulatione in perſonam ſerui publici nomine alieno conceptam, totum hoc abſolui.

Reſtituturum bona illis qui ſi adoptio facta non eſſet.] Videtur hæc quaſi formula fuiſſe ſtipulationis. Hi autem ad quos bona peruentura fuiſſent, ſunt, vt prædixi, cognati proximi, & ſubſtituti pupillares. Qua in re obiter noto fœdiſſimum † errorem & ſtolidam plane ſententiam 4
Ant. Fabri, qui in *Iuriſprud. ſua, quam ad ſeriem lib. 1. Inſtit.* ſcripſit, *ad hunc tit. princ. 1. illat.*

Digitized by Google

lat.11. adſerit, facta adrogatione; ſubſtitutionem omnino penitus corruere, ita vt pupillo mortuo ante pubertatem, bona non ad ſubſtitutum quem pater dedit, ſed ad agnatos proximos pertineant. Quo nihil abſurdius & falſius vnquam ſcriptum fuit; Cum & in *l.18.h.t.& in h.§.* expreſſum ſit, caueri de reſtituendo bona iis, qui ſi arrogatio facta non fuiſſet, ſucceſſiſſent pupillo. Atquin non facta arrogatione ſucceſſiſſet omnino & primo loco ſubſtitutus. Ergo, &c. & quam ſtolidum eſt, facere potiorem conditionem cognatorum; cum potior ex ratione iuris ſit conditio ſubſtituti, vtpote hæredis teſtamentarij qui ſemper præfertur. Et vero ſi beneficio cautionis conſulitur libertatibus & legatis quæ fuerunt datæ ſecundis tabulis *l.29.h.t.* fieri non poteſt, vt ſubſtitutio extincta ſit omnino, & non ſit etiam conſultum ſubſtituto, quoniam corruente penitus teſtamento & inſtitutione hæredis, neceſſaria (niſi in caſibus nominatim exceptis) ſubſiſtere nõ poſſunt. Omnino cautio facit effectu perinde rem haberi, ac ſi adrogatio facta non eſſet; & nimirum vt bona iure & vigore cautionis & ex ſtipulatione conſequantur (pupillo mortuo) cognati aut ſubſtituti, quæ ali..s ex ratione iuris propter patris adrogatoris ius conſequi & obtinere non potuiſſent.

Ad ſucceſſionem eius venturi eſſent.] Certo & omnimodo, & ita cũ ab ea ſucceſſione ſola adrogatio eos excluderet. Hinc eſt, quod cautio vltra pubertatem non porrigitur, ſed eius aduentu finitur; eoque adrogato iam pubere mortuo nihil cognati conſequuntur, quippe finita cautione *l. hæc autem 20.in pr.h.t.* quoniam pubes non adrogatus ipſe teſtamentum facere & excludere cognatos potuiſſet. Inſuper Antoninus, qui admiſit adrogationem impuberis, cognatis contra iniuriam, quam ex noua eius conſtitutione pati videbantur, conſulere voluit; hoc autem ſemper obtinuit, & ante vt pubes adrogari potuerit; nec vlla cautio deſideraretur; itaque adueniente pubertate perinde habitum fuit, ac ſi ab initio pubes adrogatus fuiſſet. Quo ad ſubſtitutum ratio expedita eſt, quoniam pubertate finitur ſubſtitutio. Habet inſuper cautio iſta hanc vtilitatem, vt ne ſit obnoxius pupillus inſidijs patris adrogatoris, cum ſciat bona alijs reſtituenda eſſe. Quid ſi forte per errorem omiſſa ſit cautio? Et nihilominus vtilem actionem competere reſponſum eſt, in *l.19.§.1.h.t.* Sicut in ſimili *in l.5.§.1.de vſufr. ear.rer.* ex quo ſunt qui notant, interpoſita ſtipulatione competere directam. Atquin repugnat & ratio, ne ex ſtipulatione alterius alteri quæratur directa actio, & textus expreſſus in *l.non quaſi 4.in pr. rem pup ſalu. fore.* Itaque vtraque eſt vtilis, & hæc perinde competit, ac ſi ſtipulatio interpoſita fuiſſet. Sed quid ſi pater impuberis teſtamento eum onerauerit fideicommiſſo, vt hæreditatem vel totam vel partem quandocunque reſtitueret Sempronio; numquid & huic fideicommiſſario cauendum erit? Non exiſtimo neceſſariam cautionem, ſiquidem vt aliæ actiones *l.filiusfam.39.d.O & A.* ita & perſecutio extraordinaria fideicommiſſi contra filiumfam. quoque locum habet, & niſi defendatur à patre adrogatore, in actionibus, quæ ante competierunt, miſſio fit in poſſeſſionem bonorum, vt docet *Iuſtin.in §.vlt. infr. de adquiſ. per adrogat.* Accidit & alia peremptoria ratio cur hic non caueatur, quam notat *Porc.hic n.4.* quod ſubſtitutio pupillaris tantum quæ eſt teſtamentum pupilli rumpatur per arrogationem; fideicommiſſum autem, vt reſtituatur hæreditas à filio poſt pubertatem, eſt pars teſtamenti non pupillaris ſed paterni, quod nullo modo poteſt per adrogationem iſtam irritari. Idem notat *Faber hic.*

TEXTVS.

4. Item non aliter eum emancipare poteſt adrogator, niſi cauſa cognita dignus emancipatione fuerit: & tunc ſua bona ei reddat. Sed & ſi decedens pater eum exhæredauerit, vel viuus ſine iuſta cauſa emancipauerit, iubetur

tur quartam partem ei bonorum ſuorum relinquere, præter bona quæ ad patrem adoptiuum tranſtulit, & quorum commodum ei poſtea adquiſiuit.

COMMENTARIVS.

1 *An quarta arrogati ſit omnium bonorum.*
2 *An ea quarta ſit hodie aucta.*

APparet hic intelligi emancipationẽ, quæ non honoris aut beneficij, ſed ignominiæ quaſi cauſa fiat; Ceteroquin facile permitteretur emancipatio; Itaq; dignus emancipatione dicitur, qui male meritus eſt de patre adrogatore, vt ab eius familia excludatur; atq; ita Theoph. quid enim, inquit, ſi patri inſidias, aut aliquid aliud fecerit, propter ꝙ eiici ἐκβληθῆναι mereatur ex eius poteſtate, poſſit mirum videri, quod nihilominus huic improbo filio ſint reſtituenda bona quæ attulit ad patrem adrogatorem. Hottom. ait, id cõſtitutum ad vitandam omnem improbam ſuſpicionem. Et ſane poſſet alius facile pater adoptiuus tale quid machinari, aut duriori tractatione efficere, vt filiꝰ dignus videatur emancipatione, & eius ille ita bona inuadat: neq; in damno moratur pater, qui lucrũ aduentitiũ reſtituit; nec ita odioſus eſt, qui in adrogatorẽ ac qui in naturalem patrem aliquid committit. Bona ſua tantum hic filius emancipatus conſequitur, non autem quartam D. Pij, vt ex caſu oppoſito ſeq. apparet.

Sed & ſi decedens pater.] Quod mox ſequitur de qualitate cauſæ, etiam ad hunc caſum exhæredationis videtur pertinere; Et nimirum idem iuris hactenus videtur, ſiue de exhæredatione ſiue emancipatione quæratur; vt ſiquidem iuſta cauſa eſt, bona tantum ſua recipiat adrogatus, ſin autem ex non iuſta cauſa emancipatio facta ſit, habeat inſuper filius quartam ex bonis patris, de qua paulo poſt plura. Et bona quidem ſua conſequetur filius eo tempore, quo exhæredatio vel emancipatio actu fit; & exhæredatio ſcil. effectum habet, nimirum tempore mortis, vt apparet ex verbo, *decedens*. Sed & quartã quo caſu ei debetur, conſequitur demum defuncto patre adrogatore, idq; colligũt hic Dd. ex verbo *relinquere*, ergo vbi ſine iuſta cauſa emancipatus fuit filius, & bona ſua & quartam eodem tempore non habebit, ſed hanc demum poſt mortem adrogatoris; quod expreſſum eſt *in l. 1. §. ſi impubere 21. de collat.* Sed an in omni arrogato iſta obtinebunt, etiam eo qui pubes aut maior vigintiquinq; annis ſe vltro adrogandum dedit? Ego non exiſtimo, ſed in ceteris qui communi iure adrogabantur, idem plane quod in ceteris liberis obſeruatũ fuiſſe, idq; ex *orat. Cicer. pro domo ſua*, perſpicuum fit. Antoninus autem, qui ſpeciali ratione admiſit adrogationem impuberis, in huius etiam perſona ſola, & hoc ſolo caſu ius proprium ſtatuiſſe intelligendus eſt. Et proinde errat Hottoman. hic, dum putat, indiſtincte veteri quoque iure, & in adrogatis quibuslibet ita ius fuiſſe, vt adrogator moriens neceſſe haberet bona adrogato reſtituere, propter vnicum Plinij locum 8. *Epiſt.* 18. quem & ſupra citaui; cum appareat ex toto illius Epiſtolæ contextu, diſpoſitionem, de qua Plinius ibi agit; non tam neceſſitatis, quam pudoris, pietatis & fidei fuiſſe; cum & alias ex huiuſmodi autoribus idoneæ ſatis probationes peti non poſſint.

Iubetur quartam † partem.] Controuer- 1
ſiam hic mouent pleriq; Neotericorum. Veteres enim poſt gl. hic fere conſentiunt, eſſe illam quartam, eam ipſam, quæ debetur liberis alijs & eiuſdem quantitatis. Sed Neoterici pleriq; contendunt, etiamſi ſint alij liberi adoptiui vel naturales, tamen eſſe iſtam quartam omnium bonorum, quæ pater habet tempore mortis. Ego communem ſentẽtiam probo. Non vtar argumento quod in Addit. ad Porc. hic adfert Iaſon. quod ſi plures & forte quinque adrogentur, impoſſibile ſit futurum, vt ſingulis quarta detur, (hic enim caſus nimis ſit rarus, cum præſertim hęc quarta demum adrogato impuberi debeatur.) Non dicam etiam, quod ſi tantum

Digitized by Google

tũ duos impuberes adrogatos proponas, & maxime ſi tres, abſurdum fore, vt pater tantum de quadrante diſponere poſſit. Hoc ſaltem dico, nullam dari poſſe rationem, quare Imp. Pius talem quartam & diuerſam à notiſſima illa liberorum quarta introducere voluerit; & rurſus, nullam dari poſſe, quare meliorem huius legitimi filij, quam aliorum & naturalium filiorum voluerit eſſe conditionem. Nec remouetur hæc ratio, quod extantibus naturalibus liberis non debeat permitti arrogatio *l. nec ei 17. §. præterea 3. h. t.* nam ipſe hic §. docet, non facile admitti; ſed tamen admitti; ſed & poſt adrogationem factam poſſunt liberi naſci; tum non de concurſu arrogatorum liberorum & naturalium, ſed ſimpliciter de iure vtrorumque quærimus. Non etiam remouetur,&, quod Porc. hic notat, à ratione non videri alienum, vt plus conſequatur adrogatus, per quem multa bona conſequatur pater. Nam & fieri poteſt vt adrogatus pupillus conditionis ſit tenuis, & per naturales liberos quoque adquirit pater; & quantum illa ratio pro adrogatis facit, tantum facit pro naturalibus ipſa naturalis ratio, *argum. l. 7. in prin. de bon. damn.* Tum & amplius accedit, quod adrogato filio omnia bona reſtituenda ſunt vltra quartam, & amplius illa bona quæ durante adrogatione patri adquiſiuit; & cur igitur amplius ita ei faueamus, vt quartam omnium bonorum ipſi tribuamus; cum etiam inſuper adrogato cõpetat actio ſi quid in fraudem quartæ pater alienauerit *l. vltim. ſi quid in fraudem patr.* nec nimium huiuſmodi filio fauere debemus. Moueor amplius & præcipue pro communi ſententia, quod ſi pater adrogatum nec exhæredauerit, nec emancipauerit ſine cauſa, ſed eum vel inſtituerit, vel ab inteſtato, datis fideicommiſſis hæredem reliquerit, non amplius ipſi debeatur quam quarta ordinaria; nec enim video quo iure amplius petere poſſit; & conſtitutio Pij nominatim de caſu exhæredati, aut ſine cauſa emancipati locuta videtur; nec aliter accipienda eſt *l. vlt. ſi quid in fraud. patr.* Quam autem abſurdum ſit, meliorem facere conditionem emancipati & exhæredati, quam eius qui in familia & poteſtate citra vllam notam permanſit, nemo non intelligit.

Neque obſtat, quo vnico argumento quoſdam moueri video, quod alias non opus fuiſſet, vt conſtitutione Pij quarta illa adſignaretur. Etenim quarta iſta omnino duo ſingularia habet. Primo, quod etiam emancipato danda eſt. Secundo, quod ſimpliciter datur exhęredato, etiamſi forte ſubſit non iniuſta exhæredandi cauſa. Et hoc (quod alias abſurdum videri poſſit,) probatur 1. ex hoc textu, vbi tantum caſui emancipationis adiicitur qualitas cauſæ, ſimpliciter autem dicitur deberi eam *ſi decedens pater eum exhæredauerit*, forte quia ſi iuſtam cauſam habuiſſet eum viuus per emancipationem ex familia ſua excludere debuiſſet; quo facto nullum regreſſum habuiſſet ad bona eius, quod ſecus eſt in naturalibus liberis, qui etiam emancipati à prætore vocantur, 2. probatur ex *d. l. vltim. ſi quid in fraud. patr.* vbi nominatim tantum proponitur caſus emancipationis factę cum cauſa, vt tum quartam perdat. 3. & magis probatur ex *leg. Papinianus 8. ſi quis 15. de inoff. teſt.* Vbi dicitur, impuberem adrogatum remouendum eſſe à querela (& adeo exhæredatum) cum habeat quartam à D. Pio, & additur ſi de facto egerit, & ſuccubuerit, eum tamen non amittere quartam, quia habeat eam tamquam æs alienum. Ex quo, vt hoc quoque addam, fit, vt quarta nec grauari poſſit fideicommiſſo *l. ſi adrogator 22. §. 1. h. t.* Vbi tamen adijcitur, quod adrogator poſſit ei ſubſtituere in hac quarta pupillariter; quoniam ſubſtitutio cenſetur eſſe vtilis pupillo *l. Iulianus 42. de adquir. hæredit.* Ex quo hoc ſingulare notat *Iaſon in addit. ad Porc. hic*, quod quis poſſit decedere cum duobus teſtamentis, v.c. ſi ei etiam ſubſtituerit pater naturalis. Et ait Iaſon, hoc fieri propterea quia etiam duos patres habeat. Et tamen in rei veritate tantum cum vno teſtamento decedit; quia

Digitized by Google

quia vt diximus *ad §. praced.* per adrogationem ſubſtitutio patris naturalis euaneſcit ipſo iure, & tantum eius effectus vigore cautionis ſuſtinetur. Sed vt redeamus ad quæſtionem noſtram, non obſtat amplius communi opinioni, quod iſta bonorum quarta appellatur ſimpliciter, & quidem bonorum quæ fuerunt tempore mortis *l. vlt. ſi quid in fr. patr. iunct. l. 2. C. h. t.* Etenim & quarta ordinaria appellatur recte quarta bonorum proportionaliter, *argument. l. 6. C. de inoff. teſt.* & regulariter is qui liberos non habet, & quidem vnum tantum adrogare ſolet, in quibus terminis non niſi omnium bonorum quarta eſſe poteſt.

Stante hac opinione communi, quod
2 quarta ordinaria † debeatur adrogato, quæritur porro, an iſta quoque quarta ſit hodie aucta per N. 18. Affirmatiua ſententia eſt communior teſte *Port. hic n. 6.* & haud dubie vera. Nam ſicut diximus, non fuiſſe mentem Imp. Pij vt melior eſſet conditio filij adrogati; ita procul dubio fieret contra eius mentem, ſi eius cōditio eſſet deterior, quam liberorum naturalium: & omnino vtrique hac in re parificantur. Et puto falli Mynſ. qui negantem ſententiam ait eſſe communiorem, pro qua nimio quam ineptum argumentum adfert. Quod legitima ſit aucta in perſona eorum liberorum quibus competat querela inofficioſi, non competat autem in adrogato, *l. 8. §. 15. de inoff. teſt* Procederet enim ſi odio adrogati negaretur querela, quod omnino contra eſt; & meliori iure debetur adrogato legitima, quam liberis naturalibus, & vt eſt in *d. l. 8. §. 15.* ſimpliciter tamquam æs alienum, quod ei nec per exhæredationem adimi poteſt. Et falſo, vtique non recte dicitur, adrogato non competere querelā; Sed dicendum eſt ita, quod ei non ſit neceſſaria querela, citra quam omnino quartam ſuam proprio & meliori iure perſequitur per *d. §. 15.* Quod autem addit Mynſ. in correctorijs non admitti extenſionem, etiamſi par ſubſit aut maior ratio, ſi generaliter accipiatur, falſum eſt; cum ratio ſit anima Legis. Et procedit illud effatum Mynſ. tantum in pœnalibus, aut alias vbi ius nouum à ratione iuris & ab æquitate recedit. Denique ad confirmandum quod ſupra dixi, totum quod hic tractatur, pertinere ad caſum impuberis adrogati, facit, quod totidem locis, quibus de hac quarta dicatur, ſolum fit mentio impuberis, velut *in l. 2. C. de adopt. l. ſi adrogator 22. D. eod. l. vlt. ſi quid in fraud. patr. l. 8. §. ſi quis impubes 15. de inoff. teſt. l. 1. §. ſi impubere 21. de collat. l. ſed ſi 10. §. in adr. 6. de vulg. ſubſt.* Sed & ne quid omittamus, diximus ſup. ſi emancipatus fuerit impubes adrogatus ſine cauſa, bona quidem quæ ad adrogatorem attulit, ei ſtatim reſtitui, ſed demum mortuo patre adrogatore, quartam ei præſtari; quæritur ſi hic impubes decedat poſtmodum ante patrem adrogatorem, an ius petendi legitimam ad hæredes transmittat. Video hoc negari *à Iaſ. in addit. ad Port.* hic. vbi ad hoc citat *l. vn. §. primo C. de cad. toll.* Sed nihil tale ibi video, niſi quod in *§. in nouiſſimo 5.* iuxta ius vetus traditur, hæreditatem non aditam non tranſmitti. Sed inepta ratio eſt, quoniam quarta non debetur impuberi in iſto caſu tamquam hæreditas, ſed tamquam æs alienum, ex ſpeciali conſtitutione Imp. & debiti eius dies ſtatim cedit facta emancipatione ſine cauſa, licet exactio differatur. Et non obſcure oppugnat Iaſonem *l. 1. §. ſi impubere 2. de collation.* Vbi dicitur quod tranſmittat pupillus emancipatus petitionem quartæ ad hæredem, quia habeat perſonalem actionem, ſibi ſcil. iam quæſitam contra adrogatorem. Et falſum eſt, quod Iaſon ait, ibi iam mortuum eſſe patrem adrogatorem; in his enim terminis omnino cauendum eſſet de collatione. Vult autē ICtus tranſmitti quidem actionem & quæſitam eſſe pupillo, viuo patre adrogatore, ſed eo adhuc viuo non eſſe cauendum de collatione; quoniam (vt intelligo) quarta debetur ad proportionem bonorum patris, quæ ſunt tēpore mortis, quæ adeo quanta futura ſit, adhuc incertum eſt, nec quis tenetur cauere de eo conferendo, quod nec dum actu petere poteſt.

Quo-

Digitized by Google

Quarum commodum ei adquiſiuit.] Nimirum quæ de nouo pupillo obuenerunt, & pere-tum patri adquiſita ſunt; etenim fructus bonorum proculdubio irreuocabiliter manebunt penes patrem.

TEXTVS.

5. Minorem natu, maiorem non poſſe adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur; & pro monſtro eſt, vt maior ſit filius quam pater. Debet itaq; is qui ſibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id eſt decem & octo annis præcedere.

COMMENTARIVS.

ADoptionem ſimilitudinem naturæ appellat *Caius 1. Inſt. & Theoph. in pr. h. t.* περὶ ὧν, μιμουμένην τὴν φύσιν, & hoc loco, adoptionem introductam eſſe, πρὸς μίμησιν τῆς φύσεως, quomodo etiam loquitur *Harmenop. libr. 2. titulo* 8. §. 5. idque quod hic ait Iuſtin. adoptionem imitari naturam; quo pertinet *l. filio* 22. *de lib & poſth. l. adopt.* 16. *l. quæſitum* 34. *h. t.*

Ex hoc cum alia multa, tum hoc quoque profluit, vt qui adoptat præcedat ætate adoptatum; ex quo fundamento adoptionem Clodij inſectatur *Cicero pro dom.* quia Fonteius qui adrogabat, minor natu erat. Eo tamen exemplo exiſtimare liceat, non omnino prorſus id improbatum; Ceteroquin Pontifices, quorum erat cauſam cognoſcere, nec probaſſent, nec probare potuiſſent. Et ea quæ iure ciuili introducta ſunt, non raro à iure gentium recedunt. Et ſane etiam patruus loco patris eſt §. *fratris* 3. & §. *Item* 5. *tit. praced.* & tamen fit etiam aliquando per naturam vt patruus ſit ætate minor. At tamen per naturam fieri numquam poteſt, vt pater ſit ætate minor. Et Cicero adoptionem illam contendit eſſe nullam his verbis. Nego iſtam adoptionem iure pontificio eſſe factam; primum quod eæ veſtræ ætates ſunt, vt is qui te adoptauit, vel tibi loco filij per ætatem eſſe potuerit. Sed alius hic ſcrupulus eſt contra illud quod tamquam ex propoſitione illa, infertur in *verſ. debet itaque*, quod adoptans octodecim annis adoptando maior eſſe debeat. Cum tamen anno 14. permittantur nuptiæ, adeo quis vtique natura ante 18. annum liberos habere poſſit. Mynſingerus hanc rationem reddit, quod in adoptione res agatur per electionem, ideoque firmiori iudicio ſit opus. Quæ perſpicue inepta eſt, neque enim tantum de eo qui 14. aut 15. annorum eſt, an adoptare poſſit quærimus, neque tantum de anniculo adoptando; Sed Iuſtinianus in genere definit, in omni qui adoptare vult, eam prærogatiuam ætatis eſſe debere, ita vt verbi cauſa ſi adoptandus ſit 12. annorum; oporteat adoptantem 30. annis natum eſſe, qui vtique ſi annos natus ſit 28. ſatis iudicij habet. Nihil aliud occurrit, quam quod Hottomannus & Baro ad hunc locum ſcribunt, licet 14. anno nuptias contrahere liceat, vix tamen eſſe, vt ante 18. annum liberos quis generare valeat.

Ex quo forte ea hic plena pubertas dicitur, vt & in *l. adrogato* 40. §. 1. *h. t.* & eodem ſenſu *Harmenop. li. 2. tit.* 8. ἡ ἡβηδὸν παντελής. Male autem huc adducitur *l. Mela* 14. *in pr. de al. m. leg.* quoniam ſpeciali humanitate id ita diſpoſitum ait ICtus, licet alias non ita definiatur pubertas. Alijs autoribus, non habeo; qui confirmem iſtam determinationem plenæ pubertatis; & ſi ſequamur Macrobium, *1. in ſomn. Scip. 6.* tertia potius hebdomade annorum, & ſcilicet 21. anno, quo iuuenta genas flore veſtit, pubertas plena fuerit definienda: Aut an ideo dicitur plena pubertas, quod circiter 17. & 18. annos puberes in forum deduci, & togam virilem ſumere ſolebant, de quo diximus ſupra ad §. *vlt. quibus manum. non licet.*

TEXTVS.

6. Licet autem & in locum nepotis vel

neptis,

neptis, pronepotis vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamuis filium quis non habeat.

COMMENTARIVS.

Licet adoptare & nepotes, & pronepotes *§.1. in f. h. t.* & porro eodem modo in locum nepotis & pronepotis. Sed illud propriũ eſt adoptionis in ſpecie dictæ, ad quam etiam accommodatur in *d.* §.1. Siquidem homo ſui iuris, qui ipſe caput eſt familiæ, non amplius ſub qualitate nepotis, aut pronepotis conſideratur. Hoc autem vt adoptetur in locum nepotis vel pronepotis, etiam adrogationi eſt commune. Illud autem quod hoc loco ſequitur, poſſe quem adoptare in locum nepotis; quamuis filium non habeat, videtur repugnare ei, quod in §. *praced.* dictum eſt de imitatione & ſimilitudine naturæ. An intelligimus ita, vt habuerit filium, licet iam non habeat? quod videtur ita putaſſe Weſemb. qui ſcribit tamquam pro ratione, quod etiam ex emancipato & mortuo filio quis nepotem habere poſſit. Et videatur ſane inepta adoptio nepotis, vbi quis numquam habuit filium, cum nihil intereſſe hic poſſit an filius dicatur an nepos. Sed verendum eſt, ne iſtam explicationem & reſtrictionem alij textus non ferant. Non adduco *l. adoptare 37. h. t.* quæ hoc tantum dicit, quod hic §. ſed allego *l. adoptiones 43. h. t.* vbi ICtus 1. dicit, fieri & adoptiones Quaſi nepotum: vbi verbum *quaſi* videtur emphaſin habere, vt etiam poſſit adoptio fieri nepotis licet nullus filius fuerit, ita ait, poſſe adoptari nepotem tamquam ex incerto filio natum. Nec magis poteſt huiuſmodi adoptio nepotis operari tamquam ex incerto filio, vbi quis plures filios habuit, quam tamquam ex nullo filio. Quod ſi neceſſe eſſet habuiſſe quem filium, vt adoptaret nepotem, qui tamquam ex filio natus eſſet, & eius quaſi ſucceſſor, neceſſe eſſet nomen filij in adoptione nepotis exprimere; id vero neceſſarium non eſſe, docet *dict. leg. 43.* & confirmat amplius *l. ſi is 44. eod. tit.* Vbi ICtus ait, ſi quis nepotem ex filio naturali habeat; & nepotem ſimpliciter tamquam ex filio (nullo ſcilicet filij nomine adiecto) adoptauerit, hunc adoptatum non fore conſanguineum nepoti, quem ex filio naturali habet auus, ſed tum demum ſi tamquam ex illo ipſo filio natus adoptatus fuerit; tunc enim iura inter vtrumque nepotem conſanguinitatis erunt, id eſt fraternitatis, quomodo verbum, conſanguineorum paſſim iure noſtro vſurpatur. Et non leues ſunt huius rei & differentiæ effectus, ſiue de iure ſucceſſionis, ſiue etiam de nuptijs quæratur; ſiquidem enim v. c. ſit neptis ex filio naturalis, nepos adoptatus tamquam ex hoc ipſo filio, cum ea non poterit iungi matrimonio; poterit autem iungi; ſi ſit ſimpliciter tamquam ex incerto filio adoptatus, per ea quæ diximus *tit. pracedent. ad §. 2. & 4.* Obiter addo *in d. l. 44.* pro verbo ETIAM, legendum eſſe, VT TAM, quoniam innuitur formula vetus adrogationis, de qua diximus *ad princ. huius tit.* Hoc iam olim obſeruauit *Ant. Vacca in expoſit. ad hunc tit. Dig.* ex quo haud ſcio an id mutuatus ſit *Duaren. 2. diſp. 14.* Tractat etiam aliquid hac de re *Cont. 1. ſubſec. lect. 6.* At tandem quomodo hoc non erit contra naturam, vt habeat nepotem qui numquam habuit filium? Satis eſt (hoc enim omnino requiritur) vt habere potuerit, & *arg. §. praced.* eius ætatis ſit, vt & filium, & porro ex eo eius ætatis nepotem, qualem adoptat, ſuſcepiſſe potuiſſet. Et Hottom. ait, hoc ad eorum ſimilitudinem inſtitutum eſſe, qui nepotem ex mortuo filio ſuperſtitem habent, nec valde diſſimiliter ij qui vxorem non habent, imo qui numquam habuerunt, adoptare poterunt *l. & qui 30. h. t.* Et probabile eſt, de iure veteri, quod *Cicer.* refert *pro domo*, non potuiſſe adrogare qui procreare liberos poteſt, & hoc ipſum non ſit expertus, aliquid poſtea laxatum fuiſſe, aut etiam in adrogationibus ſpeciale fuiſſe; quæ autoritate publica, præcedente cauſæ cognitione, & tum lata ad populum Lege peragebantur.

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

7. Et tam filium alienum, quis in locum nepotis adoptare poteſt, quam nepotem in locum filij.

COMMENTARIVS.

HOttomannus tres interpretationes ad hunc locum adfert, vnam probat, duas improbat. Ita nimirum intelligit hunc locum quod filius alienus opponatur nepoti ſuo & proprio ſcilic. ipſius adoptantis; vt poſſit quis alterius filium in locum nepotis ſui adoptare, & contra nepotem proprium ex filio ſuo natum, in locum filij; nec quidquam abſurdi habet, vt natum ex filio meo emancipato ipſe mihi in filium adoptem. Atq; eſt hæc prima interpretatio, ſed aliena à verbis textus; neq; enim ferendum eſt, vt addamus, & ita legamus *quam nepotem ſuum in locum filij*.

Altera interpretatio eſt. Quod quis alterius extranei filium in locum nepotis adoptare poſſit, & eiuſdem nepotem in locum filij. Quam interpretationem hoc elogio ornat Hottom. Qua ſententia nihil abſurdius dici poteſt; quid enim refert nepos ſit extranei an pronepos aut abnepos? Nimis proterue; poſſent enim quamplurima adduci loca, in quibus non adeo magna apparet ratio dubitandi. Et optime Theophilus, qui pro ratione ſubiicit, non neceſſe eſſe, vt qui adoptatur, eũ gradum & ordinem habeat apud patrem adoptiuum, quem habuit apud patrem naturalem; Quæ nimirum ratio dubitandi commoda eſt ad hunc locum, qua non obſtante adeo vt dixi ſtatuit Iuſtin. vt qui nepos eſt patris ſui naturalis fieri poſſit filius patri adoptiui & vice verſa. Tertia explicatio eſt; quod cuius filium in nepotem adoptaui, eiuſdem nepotem in locum filij adoptare poſſim. Quam improbat Hottomannus, vt nec verbis ſatis conuenientem, & repugnantem naturæ, vt qui natura eſt pater, iam per adoptionem incipiat ille loco eſſe filij, cuius natura pater eſt. Poſſit ita accipi, vt quis ſilium verbi cauſa Titij adoptet loco nepotis, & nepotem ex altero filio, loco filij ſui; in quo non adeo magna fuerit abſurditas. Sed non opus eſt comminiſci huiuſmodi interpretationes, cum præcedens ex Theophilo adducta ſit aptiſſima. Et ſane Theophilo facit iniuriam Hottomannus, adſcribens ipſi hanc poſteriorem interpretationem, ex qua efficiatur, vt qui natura pater eſt, ei ipſi cui pater eſt, fiat loco filij per adoptionem. Et vt ne quem Hottomannus, qui confidenter hoc affirmat, decipiat, ecce tibi ipſa verba Theophili, *εἰς τάξιν ἐγγόνου δυνάμεθα λαβεῖν τὸν ἀλλότριον υἱὸν, καὶ πάλιν τὸν ἀλλότριον ἔγγονον, εἰς τάξιν υἱοῦ.* id eſt. In locum vel ordinem nepotis poſſum ſumere alienum filium, & rurſum alienum nepotem, in locum & ordinem nepotis; prouoco ad omnes qui iudicio vtuntur, an Theophilus intelligat quod Hottomann. vult, intelligi eiuſdem aui filium & nepotem, qui permutatis locis ab vno adoptentur. Id imo à ſententia Theophili alienum eſt, & intelligi diuerſos caſus & diuerſas perſonas, apparet ex ratione ſubiecta quam paulo ante attigi, *οὐ γὰρ ἀνάγκη ἐπιδεθῆναι τῇ τάξει τῇ οὔσῃ παρὰ τῷ φυσικῷ πατρί*. Hęc imprudẽtia ſiue ignorantia Hottomanni pluribus tractare coegit.

TEXTVS.

8. Sed ſi quis nepotis loco adoptet, vel quaſi ex filio quem habet iam adoptatum, vel quaſi ex filio, quem naturalem in ſua poteſtate habet, eo caſu & filius conſentire debet, ne ei inuito ſuus hæres agnaſcatur, ſed ex contrario, ſi auus, ex filio nepotem det in adoptionem, non eſt neceſſe filium conſentire.

COMMENTARIVS.

QVaſi ex filio.] Filiam vel neptem adrogari vel adoptari legimus, ſed nemo adoptatur tamquam ex FILIA: ſiquidem liberi non ſunt in poteſtate matris, nec auus ma-

maternus facere poteſt, vt aliquis ſit in poteſtate generi ſui, qui eſt extra eius familium.

Et filius conſentire debet] Siue ille legitimus ſit tantum, ſiue naturalis. Id tamen hodie non procedit poſt mutationem iuris veteris, quo extra nepotem quis adoptatus ab extraneo (per adoptionem in ſpecie dictam) fuit: quin cum hic adoptatus nec in familia, nec in poteſtate ſit, neminem tamquam ex eo natum in nepotis locũ poterit adoptare. Quod ſi nepotem in locum filij adoptauerit, vt hic §. procedat, oportebit iterum qui tamquam ex hoc nat⁹ adoptatur, huic nepos eſſe, quod rariſſime contingi poterit. Quod ſi enim aliũ tamquam ex eo natum adoptet, reuera adoptio nullius erit effectus, & cum non ſit futurus in eius poteſtate & familia, mortuo auo, non erit opus eius conſenſu; licet n. ius ſuccedendi habeat ab inteſtato, tamen cum liberrime ab eo excludi poſſit, nec vllum ius habeat impugnandi teſtamenti paterni, non poteſt dici, quod adnaſcatur ſuus hæres, multo minus, quod Ei inuito.

Et igitur oportebit poni terminos habiles vt ſit huic deciſioni locus. Nimirum cum nepos tamquam ex filio certo nat⁹, mortuo auo ſit in poteſtate & familia filij, ipſi quoque eſt ſuus hæres, & proinde etiam hic vbi de adoptione quæritur, talis nepotis, conſenſus filij accedere debet; qua de cauſa etiam vbi nepos vxorem ducturus eſt, non ſufficit conſenſus aui, ſed filius quoq; conſentire debet, vt ſupra *tit. præc. in pr.* dixim⁹ ex *l. oratione 16. §. de rit. nupt.* & ibidem notauimus, propter hanc agnationem ſui hæredis dubitatum olim fuiſſe, an filius furioſi vxorem ducere poſſet, quoniam præmoriente filio, nepos eſt auo ſuus hæres, de quo infra.

Hoc ita in h. §. ſi adoptetur nepos tamquam ex filio Titio vel Lucio natus. Quid ſi filium habens vel filios, ſimpliciter adoptet, nulla adiecta mentione certi filii, & nullius tamen adhibito conſenſu, an adoptio erit nulla. Et imo valebit per ea quæ diximus *in §. licet ſup.* quod poſſit adoptari nepos tamquam ex incerto filio, & ab eo qui numquam habuit filium. Sed dubitabilius eſt, ſi adoptauerit tamquam ex Lucio filio natum, & filij cõſenſus non fuerit adhibitus. An illa adiectio faciat omnimodo nullam, an potius detrahatur iſta adiectio, & perinde ſit ac ſi ſimpliciter adoptio loco nepotis facta fuiſſet. Quod poſterius magis probat *Cont. 1. ſubſec. lect. in fin.* arg. *l. ſi is 11. h. t.* vbi de hoc caſu hoc ſaltem reſpondet ICtus, mortuo auo non fore nepotem iſtum in poteſtate filij; innuens, in ceteris adoptionem valere, & quod Acc. notat, talem adoptatum auo ſucceſſurum.

At cur pater opus habet exquirere conſenſum filij, in quem LL. Rom. ſummum ius poteſtatis occidendi quoque & vendendi habebat; Non dicam illud ius ſummum poteſtatis iampridem fuiſſe ſublatum, ſed cũ Hottom. quod adoptionis effectus & agnatio hæredis confertur in tempus, quo filius nõ amplius eſt in poteſtate patris, ſed eo mortuo ipſe paterfam. eſt effectus.

Nec ei inuito.] Inepta eſt explicatio ſecunda apud Gloſſ. *Inuito ſc. auo:* cum omnino referendum ſit ad filium.

Suus hæres.] Quis ſit ſuus hæres, dicemus *infr. libr. 2. de inſtit. hæred. & de hæred. qual.* De adoptione in locum nepotis tamquam ex filio certo, hoc addendum eſt, iuxta prædicta ad *§. minorem ſupr.* oportere, vt filius hic iſtum nepotem 18. annis ætate præcedat.

Sed ex contrario.] Expedita iſtius rei ratio eſt, quoniam nepos non in patris ſui, ſed aui poteſtate eſt; itaq; eum arbitrio ſuo inconſulto quoque filio alij in adoptionem dare poteſt. Ea fuit poteſtas patria Rom. Ceteroquin ſane durum videatur, vt inuito filio, quem ipſe ſibi quondam hæredem nominis & familiæ ſperat, is præſertim ſi vnicus ſit in alterius familiam detur: Pertinet iſtud ad adoptionem in ſpecie dictam: itaq; hodie poſt *§. hodie ſup. h. t.* tantum habebit effectum, vbi hic nepos datur in adoptionem conſocero, & proprio auo materno, & patris ſui ſocero.

TEX-

gitized by Google

TEXTVS.

9. In plurimis autem cauſis adſimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus eſt, ei qui ex legitimo matrimonio natus eſt: & ideo, ſi quis per Imperatorem, vel apud prætorem vel præſidem prouinciæ, non extraneum adoptauerit, poteſt eundem alii in adoptionem dare. Sed & illud vtriuſque adoptionis commune eſt, quod & hi qui generare non poſſunt, quales ſunt ſpadones, adoptare poſſunt: caſtrari autem non poſſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Caſtrati ſpadones.*

DVo proponuntur in quibus vtraque ſpecies adoptionis conuenit; & ſimul conuenientia liberorum naturalium & adoptiuorum in *pr.* §. oſtenditur. 1. quod adoptiui liberi ſunt in poteſtate parentum ſicut naturales, itaque ſicut hi, ita & illi, rurſus in adoptionem alii dari poſſunt. Quod in adoptione in ſpecie reſtringitur hodie ad eum qui adoptatus eſt ab aſcendente; ceteroquin cum ab extraneo adoptatus, in eius poteſtate non ſit, nec poterit in alterius poteſtatem dari; ſed & rurſus vbi de adoptione in ſpecie quærimus, etiam filius naturalis non tranſit in poteſtatem adoptiui patris, niſi hic ſit ex aſcēdentibus. Et propter prius illud, addidit hic Iuſtin. *non extraneum.* In adrogatione nihil hactenus mutatum eſt.

Per Imperatorem.] Non ait apud Imper. ſicut mox ait, apud prætorem. Duplici cauſa: 1. Quoniam vt ſup. monuimus, adrogatio non fit in conſpectu principis, nec ipſe examinat cauſam, ſed magiſtratus cauſa cognita, refert ad Imperatorem. 2. Quoniam adoptio in ſpecie fit iure poteſtatis patriæ, itaque ſaltem opus eſt, & maxime hodie, vt fiat hoc apud magiſtratum, *l. vlt. C. de adopt.* Sed & olim, non pendebat ab autoritate prætoris, vt adoptionem admitteret vel non, ſed iuxta ſupradicta, in tertia mancipatione filium in iure ceſſum patri adoptiuo addicebat. Atquin adrogatio fiebat mera autoritate olim populi, & poſt principis, ſuo ſenſu tamen nihil impedit, quominus & per Prætorem dici poſſit adoptio fieri, quomodo ſane loquitur *Gell. 5. cap. 19.*

Sed & illud.] Eſt *in l. 2. §. 1. h. t.* Dicitur paulo obſcurius, eos adoptare poſſe, qui generare non poſſunt: nam vel maxime non poſſunt caſtrati; ſed ſubintelligendum eſt tales generare non valentes, non qui omnimodo non poſſunt, ſed qui ob vitium temporale non poſſunt; quale perhibetur eſſe in ſpadonibus. Et errant omnino Accurſiani in explicatione horum verborum, *caſtrati, ſpadones*: Et ridiculum eſt quod dicunt caſtratum dici, quaſi caſte natum, qui ita natus ſit, vt generare non poſſit, Spadonem cui amputata ſint virilia, tamquam eſſet ab Italico *Spada*, quod ſignificat gladium: quod à mente Iuſtiniani & Caii penitus eſt alienum. Rectius dicimus, Spadonis verbum vſurpari in genere & in ſpecie. In genere, vt etiam caſtratum comprehendat, vt colligi videtur ex *l. lege 4. §. 2. ad L. Corn. de Sicar. l. 7. de adil. ed. l. Spadonum 128. de V. S.* vbi hoc notat Alciat. In ſpecie Spadones opponuntur caſtratis; Et hoc ſenſu *Theoph. hic* & *Harmenop. lib. 2. tit. 8.* genus facit Eunuchos, & eorum tres ſpecies Thlibias, quibus eliſi & extriti ſunt teſticuli, quorum etiam mentio eſt in *d. l. 128. de V. S. & in l. hi quoque 5. ad L. Corn. de Sicar.* caſtratos, quibus genitalia exacta ſunt, quæ notiſſima eſt ſignificatio verbi caſtrare, *d. l. 4. in fi. ad L. Corn. de Sicar. l. adiles 38. §. ſed enim 7. de adil. edict. l. ſi ſeruus 27. §. etſi 28. ad L. Aquil.* & Spadones ita in ſpecie dictos, qui ob vitium aliquod temporale generare non poſſunt, quod tamen tolli & vis generandi redire poſſit. Ita vſurpatur Spado in *l. Pomponius 6. §. vlt. de adil. ed.* iidemque hoc ſenſu Spadones poſſunt matrimonium contrahere *l. ſi ſerua 39. de iur. dot.* Itemque matrimonii cauſa ancillam manumittere *l. alumnos 14. in fi. de manum. vind.* poſthumum heredem ſcribere

l. ſed eſt 6. *d. lib. & poſt.* quæ vniuerſa & ſingula caſtratus non poteſt *d. l.* 39. *ead. l.* 14. *& d. l.* 6. Nec mirum adeo, imo plane conueniens, ſi etiam quo ad ius adoptandi ita inter caſtratos & ſpadones diſtinguatur. Imp. tamen *Leo N.* 26. *&* 27. permiſit etiam caſtratos adoptare; & ſane ſufficere debet, quod facultatem *γεννητικὴν* à natura habent, quam quo minus in actum deducere poſſint, fecit hominum iniuria, cui compenſandæ vt *d. N.* 26. diſputat Leo, indulgenda potius eſt facultas adoptandi; Nec illis inuidendum eſt ſubſidium, quod parentes habent à liberis, & vt ſucceſſorem nominis & bonorum habere poſſint. Quod vere conſequentur adrogando, non adoptando poſt innouationem Iuſtiniani *in l. pen. C. de adopt.* niſi ante caſtrationem eos liberos ſuſcepiſſe quis proponat: quo caſu adoptioni veræ nepotis poterit eſſe locus; quod etiam in ſpadonibus mouet & reſpondet Theoph. hic.

TEXTVS.

10. Fœminæ quoque adoptare non poſſunt, quia nec naturales liberos in ſua poteſtate habent: ſed ex indulgentia principis ad ſolatiũ liberorum amiſſorum adoptare poſſunt.

COMMENTARIVS.

ADoptio introducta eſt, vt quis nominis familiæque ſuæ ſucceſſorem haberet & propagatorem: quæ ratio in fœminis ceſſat, quæ familiam non propagant, itaque nec iis permiſſum fuit adoptandi ius. Iuſtin. hic à iure poteſtatis, quod eodem redit, cauſam mutuatur: quod nec naturales liberos habeant in poteſtate; quibus verbis videtur reſpicere ad principium huius tit. non ſolum poteſtatem eſſe in liberos naturales, ſed etiam in adoptatos: itaque poſſunt & h. §. intelligi liberi ex iuſto matrimonio ſuſcepti, qui non in matris, ſed patris poteſtate ſunt, & conuenit *l.* 5. *C. h. t.* ibi *mulieres, quæ nec ſuos filios*; non incommode tamen accipitur de liberis extra matrimonium natis, in quibus maior videbatur dubitatio, an non liberi poſſent eſſe in poteſtate matris, nullo obſtante patre qui potiori iure matri præferretur. Sed nimirum ne hoc quidem, vt maxime ſequantur alias conditionẽ matris *l.* 19. *&* 24. *de ſtat. hom.* conſtat in matris eſſe poteſtate. Iſta tamen ratio Iuſtiniani claudicat in adoptione in ſpecie dicta, poſtquam ex ipſius conſtitutione extra caſum nepotis adoptati, nec quidem in poteſtate patris ſunt adoptiui liberi: niſi ita iuues hunc locum, quod fœminæ ſimpliciter ius poteſtatis in liberos non habent.

Sed ex indulgentia principis.] Fœminæ olim nec adrogari poterant, vt ſup. notauimus, quia ius comitiorum non habebant; poſt ex reſcripto principis adrogari potuerunt *l. nam &* 21. *h. t.* adoptari & olim potuerunt. Quod hic poſſe eas ex indulgentia principis dicitur, intelligo ſiue agatur de iis, qui ſui ſiue qui alieni iuris ſunt; nam ratio iuris obſtat, quominus pater iis in adoptionem filium vel filiam dare poſſit: itaque indulgentia ſuccurrit.

Ad ſolatium liberorum amiſſorum.] Deſcriptum hoc eſt ex *l. mulierem* 5. *C. de adoptionibus.* Video notari à VVeſemb. & Hottom. intelligi mulierem quæ habuit ius trium filiorum. Quod quale ſit ego non ſatis adſequor. Ex SCto de quo *infr. d. SC. Tertyll.* matri ingenuæ ius habenti trium liberorum datur ius ſuccedendi liberis defunctis, (& ſunt fortaſſe & alia eius rei iura & priuilegia.) Et an igitur matri huic ſoli fini concedetur ius adoptandi, vt ſuppleat numerum trium liberorum, ſi vnus forte mortuus ſit. Atqui hoc ideo ineptum eſt, quoniam vt mater beneficio illo frui & ſuccedere liberis poſſit, non opus eſt vt liberis nati perpetuo ſint ſuperſtites, ſed eam peperiſſe toties ſatis eſt; adeo quidem, vt etiam proſit ei & computetur partus monſtroſus *l. quæret* 135. *de verb. ſign.* Aut an igitur ſi mater duos amiſit filios ex tribus, duos, aut ſi amiſit omnes tres adoptabit? ſiquidem hoc ſpectat ad retinendum & ſupplendum ius trium liberorum? Id rurſus ineptum eſt, & haud

& haud dubie iuxta *d. l. 5. C. h. t.* nec adrogat mulier, niſi omnes liberos amiſerit. Et ita tur ineptiunt VVeſemb. & Hottom. & qui eos ſecutus hic eſt Pacius, & ſimplex ſententia eſt huius loci, *& d. l. 5.* quod matri amiſſis liberis ſiue tres aut plures, ſiue vnicum tantum habuerit, miſerationis cauſa permittatur ius adrogādi, non vt eos, vel eum quem adoptat in poteſtate habeat, ſed vt orbitatem ſuam & miſeriam amiſſorum liberorum ſoletur, & in horum locum ſubroget adoptatum. Intelligitur autem procul dubio mater vidua; & ei quæ virum habet, hoc permitti non poſſe, vt ſeorſim ſibi adoptet filium, plane exiſtimo. Porro & hic *Imp. Leo. N. 27.* ſimpliciter permittit fœminis, etiam quæ numquam habuerunt liberos, ius adoptandi; ex hac quoque ſpeciali ratione quod non debeant eſſe deteriori conditione, quæ virginitatem nuptiis prætulerunt, quippe cum virginitatis, conſenſu totius antiquitatis ſemper præ matrimonio adſtructa fuerit prærogatiua, vt præ aliis teſtantur libri Ambroſii de virginibus, & Auguſtini de ſancta virginitate.

TEXTVS.

11. Illud proprium eſt adoptionis illius, quæ per ſacrum oraculum fit, quod is qui liberos in poteſtate habet, ſi ſe adrogandum dederit, non ſolum ipſe poteſtati adrogatoris ſubiicitur, ſed etiam liberi eius in eiuſdem fiunt poteſtate, tamquam nepotes. Sic etenim Diuus Auguſtus non ante adoptauit Tiberium, quam is Germanicum adoptaſſet, vt protinus adoptione facta inciperet Germanicus Auguſti nepos eſſe.

COMMENTARIVS.

QVi filium & ex eo nepotem habet in poteſtate, ſi filium in adoptionem det, nepotem in poteſtate retinet, quippe cum ipſe nepos in ſua, non in filii ſit poteſtate *l. adrogato 40. in pr. h. t.* At cum paterfam. liberos ſuos in poteſtate habeat, vbi ſe adrogandum dat, neceſſum eſt filios quoque & liberos ſuos in eius tranſire poteſtatem, cui ipſe ſubiicitur, ita vt hoc modo poteſtatem in liberos ſuos amittat, per *hunc §. & d. l. 40. in pr.*

Sic etenim D. Auguſtus.] Liuia vxor Auguſti ex priori marito Tiberio Nerone, duos habuit filios Druſum & Tiberium. Druſo fuit filius Germanicus. Tiberium adoptauit Auguſtus in foro Lege curiata. *Suet. in Auguſt. cap. 65.* non tam proprio iudicio, quo magis præferebat Germanicum, quam blanditus vxoris illectus. Ita enim *Tacit. 4. annalium.* Dubitauerat Auguſtus Germanicum ſororis nepotem & cunctis laudatum, rei Romanæ imponere, ſed precibus vxoris euictus, Tiberio Germanicum, ſibi Tiberium adſciuit. Vnde intelligimus quare, vt h. §. dicitur, Auguſtus non ante adoptarit Tiberium, quam hic ſibi Germanicum adoptaſſet, (idque eſt, quod ait Tacit. Auguſtum adſciuiſſe Germanicum Tiberio, dum ſcilicet fecit, vt eum Tiberius adoptaret) vt hactenus ſuo iudicio ſatisfaceret, & haberet nepotem, quem filium habere maluiſſet. Adeo apparet Tiberium quippe, qui & ipſe filium Druſum haberet, non tam ſponte ſua, quam quod alias ipſum adoptare Auguſtus nolebat, Germanicum adoptaſſe: idque ſatis oſtendit Sueton. in Tiber. cap. 15. ab Auguſto, inquit, adoptatur coactus ipſe prius Germanicum fratris ſui filium adoptare: quod & refert *in Calig. cap 1.* Nam vt ſupra monuimus, nihil impedit, quem adoptare ſibi eum qui eſt eiuſdem agnationis & familiæ ex tranſuerſo gradu, qualis fuit Germanicus Tiberio.

Per ſacrum oraculum.] In l. 2. h. t. *per principem.* Notauimus ſupra arrogantiam, & pene impietatem principum etiam Chriſtianorum, qui ita de ſe tamquam de Diis loquuntur.

TEX-

TEXTVS.

12. Apud Catonem bene reſcriptum refert antiquitas, ſeruos, ſi à domino adoptati ſint, ex hoc ipſo poſſe liberari. Vnde & nos eruditi in noſtra conſtitutione etiam eum ſeruum, quem dominus actis interuenientibus filium ſuum nominauerit, liberum eſſe conſtituimus: licet hoc ad ius filii accipiendum ei non ſufficiat.

COMMENTARIVS.

A*Pud Catonem.*] Marci Catonis cuius plurimi libri exſtant de iure, mentio eſt in *l. 2. §. poſt hos* 38. *in fi. de Orig. Iur.* Sed videtur eo loco mendum eſſe, & legendum & ſupplendum, *M. Cato, M. Catonis Portiæ familiæ principis filius*; Ita enim *Gellius lib.* 13. *cap.* 18. Ex maiore, inquit Catonis (qui ſcil. fuit princeps familiæ illius) filio qui prætor deſignatus patre viuo mortuus eſt, & egregios de diſciplina iuris libros reliquit. Sed nimirum & pater fuit ICtus & filius eius. Ita enim d. loco ICtus in *l.* 2. §. 38. Hos ſectatus eſt M. Cato, princeps Portiæ familiæ, cuius extant libri, ſed plurimi (ſc. libri extant) filii eius, cuius meminit citato loco Gellius. Et hic videtur eſſe Cato cuius mentio in *l. eadem* 4. *§.* 1. *de V. O.* & cuius perhibetur notiſſima illa regula, de qua eſt proprius *tit. in Pandectis.* An autem apud Catonem patrem an filium iſtud ſcriptum exſtet, in incerto eſt, & parum refert.

Seruos ſi à domino adoptati ſint.] Refert *Gell.* 5. *cap.* 19. quoſdam autores iuris exiſtimaſſe, ſeruum à domino per prætorem in adoptionem dari poſſe. Verum iſte caſus hic non tractatur, quo dominus ſeruum ſuum alii dat adoptandum, ſed quo ſuum proprium ſeruum adoptat. Et non videtur hic locus eſſe, neque adoptioni in ſpecie dictæ, cum ſit ſeruus in ipſius domini poteſtate, neque his mancipationibus & iis ſolemnibus, de quibus ſupra locus eſſe poſſit, neque adrogationi, cum ſeruus non ſit ſui iuris. Rurſus ſi per errorem ſeruus pro libero adoptetur, dubium non eſt, actum eſſe nullum. Atqui (qui huius loci caſus eſt) ſi dominus profiteatur, eum ſeruum, & olim apud populum, poſt apud principem ſibi filium eſſe velle, deſuper lata Lege curiata per populum, aut impetrato reſcripto principis, non animaduerto, quomodo actus poſſit eſſe nullus, & quomodo hic ſeruus non efficiatur filius; ſiue dicamus ipſa profeſſione illa de adrogatione iſtum fieri liberum, ſiue per vnum actum libertas & filiatio contingat, cum niſi prius liber, filius effici non poſſit; vt perinde hic ſit ac ſi quis libertum ſuum adrogaſſet, quod fieri poſſe docet *l. ſi paterf.* 15. *§. vlt. h. t.* Neque obſtat quod VVeſenb. monet, per adoptionem non conferri iura ingenuitatis, arg. *l. vlt. de ſtat. hom.* & *Gell.* ſcribit 5. *cap.* 19. non permittendum facile, vt liberti per adoptionem inuadant iura ingenuorum. Nam nec hoc neceſſum eſt, & ſufficit in familia adoptantis conſequi ingenuorum iura *l. ſciendum* 32. *de rit. nupt.* & rigor ille vetus, de quo Gell. poſt laxatus videtur, & hodie illa obiectio nulla eſt, exæquatis libertinis & ingenuis N. 78. Sed neque obſtabit, quod ſtatim ſequitur de ſeruo filio nominato, quod hic liber, ſed non filius efficiatur; longe enim minus eſt in ſimplici nominatione; adeoque ſi per adrogationem tantũ competeret nuda libertas, inepta plane eſſet illatio Iuſtiniani; quæ vero rectior erit ſi in primo caſu etiam filiationem competere dicamus; quamuis minus conueniat hoc verbis Iuſtin. *poſſe eum liberari*; & ita accipit hoc Theoph. vt ſeruus tantum liber ſit, non etiam filius. Aut an intelligimus dominum diſſimulato ſtatu ſerui petiiſſe reſcriptum principis; vt hactenus ſibi præiudicet, vt ſeruus liber fiat; nam ita quoque intelligo, quod Iuſtin. conſtituit *in l. vn. C. de Lat. lib. toll.* & hic refert, ſi ſeruum appellauerit filium in actis, vtcunque ignorante magiſtratu, dum etiam alio negotio tractato, & actis confectis ita appellatur ſeruus; nec adeo probo, quod ita intelligit Hottom. hunc locum, quaſi neceſſe ſit, vt ſuper hoc ipſo acta conficiantur, vt dominus deducto ſeruo ad magiſtratum, teſtato denunciet,

ſe velle

ſe velle ipſum pro filio habere: & omnino talem intelligo nominationem, qualem ad effectum ſimilem proponit *Iuſt.n.in N.117.cap.2.* ſi quis aliquem ex libera muliere ſuſceptum, in teſtamento vel quo alio inſtrumento appellet filium, eum pro legitimo filio haberi.

AD TITVLVM XII. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

QVIBVS MODIS IVS PATRIÆ POteſtatis ſoluitur.

TEXTVS.

1. Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno iuri ſunt ſubiecti, eo iure liberentur. Et quidem quemadmodum liberentur ſerui à poteſtate dominorum, ex iis intelligere poſſumus, quæ de ſeruis manumittendis ſuperius expoſuimus. Hi vero qui in poteſtate parentum ſunt, mortuo eo ſui iuris fiunt. Sed hoc diſtinctionem recipit: nã mortuo patre ſane omnimodo filii, filiæue ſui iuris efficiuntur, mortuo vero auo non omnimodo nepotes neptesue ſui iuris fiunt: ſed ita ſi poſt mortem aui in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt. Itaque ſi moriente auo pater eorum viuit, & in poteſtate patris ſui eſt, tunc poſt obitum aui in poteſtate patris ſui fiunt, ſi autem is, quo tempore auus moritur aut iam mortuus eſt, aut per emancipationem exiit de poteſtate patris, tunc ii qui in poteſtatem eius cadere non poſſunt, ſui iuris fiunt.

COMMENTARIVS.

VT de rubrica aliquid attingam, verbum, *patris* à quibuſdam codicibus abeſſe notatur apud *Contium & VVeſemb.* & *Contius, Hottom. Pacius, Cuiac.* id expungunt, & rubricam concipiunt, *Quibus modis ius poteſtatis ſoluitur*: quomodo & apud Theoph. Ποίοις τρόποις τὸ ὑπεξούσιον διαλύεται, quod oſcitans Interpres ſuo more non animaduertit, & ita reddidit, ac ſi additum fuiſſet, *patriæ.* Et ego tamen lectionem vulgatam, quæ etiam Ruſſardi eſt omnino retineo, & rideo Hottom. qui ex illis verbis in princ. *& quidem quemadmodum &c.* probat, etiam tractari de modis liberandorum ſeruorum; quod perſpicue & per euidentiam rei coarguitur, cum illa ſit pura puta relatio, ceteroquin in toto hoc tit. nec vnicus quidem modus quibus ſerui liberi fiunt, attingatur. Iam ad rem ipſam.

Proponitur hic primus modus, quo liberi fiunt ſui iuris. Mors naturalis, ſub facili & aperta diſtinctione: Diximus ſup. ad *§. vlt. de pat. pot.* filium qui in poteſtate eſt liberos ex ſe natos auo ſuperſtite in poteſtate non habere actu, interim dum pater viuit; habere tamen potentia, quæ deducatur in actum patre mortuo. Ex quo fit, vt liberi v. c ſecundi gradus, mortuo auo non poſſint fieri ſui iuris, niſi pater per mortem, aut per emancipationem (ſecus autem eſt, ſi per dignitatem liberatus eſt poteſtate patris N.81. *cap.2.*) ante exierit è patris ſui poteſtate, vt eſt in *fi. huius pr.* Nam per emancipationem, ius quod in potentia erat extinctum eſt; ſiue illum emancipauerit vt ſui iuris fieret, ſiue iuxta veteris iuris rationem eum in adoptionem mancipando dederit; adeo quidem vt licet poſtea filium redadoptauerit, tamen ius extinctum ſemel non reuiuiſcat, nec nepotes ſemel liberati poſt in eius poteſtatem recidant *l. ſi pater 41. de adoption.* quia illis ſemel ius quæſitum fuit, & qui in poteſtatem redit, videtur nouus quaſi filius. Atque hoc modo ſerui non liberantur, ſed recidunt in poteſtatem heredis: at liberi ipſi ſui heredes, & in dominio non ſunt, ex quo fit vt patre mortuo, quot capita (ſcil. liberorum) ei ſubiecta ſunt, ſingulas familias habere incipiant, vt eſt *in l. pronuntiatio 195. non pater autem. de verb. ſign.*

Digitized by Google

TEXTVS.

2. Cum autem is qui ob aliquod maleficium in inſulā deportatur, ciuitatem amittit, ſequitur, vt qui eo modo ex numero ciuium Romanorum tollitur, perinde quaſi eo mortuo, deſinãt liberi in poteſtate eius eſſe. Pari ratione &, ſi is qui in poteſtate parentis ſit, in inſulā deportatus fuerit, deſinit eſſe in poteſtate parentis. Sed ſi ex indulgentia principis reſtituti fuerint, per omnia priſtinum ſtatum recipiunt. Relegati autem patres in inſulam, in poteſtate liberos retinent. Et ex contrario liberi relegati remanent in poteſtate parentum.

COMMENTARIVS.

1 *De reſtitutione damnati & recuperatione poteſtatis.*
2 *Relegatio.*
3 *Interdicti.*
4 *Exſules.*

PAtria poteſtas propria dicitur Romanorum *§.2.ſup.de pat.pot.* Et vt maxime ea iuris gentium ſit eſſentia ſua, tamen propriā quandam poteſtatem habent Romani, & eius effectus tantum locū habent in ciuib. Romanis: adeo fieri nec poteſt, vt qui ciuis Romanus non eſt, liberos habeat in poteſtate, aut ipſe ſit in poteſtate, vt hic traditur; nam & ius filiifam. ſuos effectus habet, quorū nō poteſt eſſe particeps peregrinus & qui non eſt ciuis. Deportatio a. haud dubie tollit ius ciuitatis, de qua, & ſimul aquæ & ignis interdictione dicemus plura *infr. tit.16.* Et eſt iſte ſecūdus modus tollendi patriam poteſtatem, qui recte & cōmuniter dicitur mors ciuilis, cum quis ex ciuitate eximitur; idq; probatur hoc ipſo loco, ibi, *perinde quaſi eo mortuo.* Et hæc probantur quoque ex *Vlpiano tit. 10. qui in pot. §. ſi patri 2. l. ſunt quidam 17. §.1. de pœnis. l.1. C. de hered. inſt. l. inter 6. de interd. & releg. l.1. §. 2. de legat.3.* Et ex illis verbis, *perinde eo mortuo* notant Interpp. cōparari mortem naturalem & ciuilem. Sed nimirū id tantum procedit in quibuſdam caſibus expreſſis, & vt not. *Ioh. Plat.* quo ad quoſdam effectus iuris.

Qui eo modo tollitur.] Laborat conſtructio, *qui eo modo tollitur, deſinant liberi in poteſtate eius eſſe*: Pari negligentia vſus eſt Tribon. *in §. eadem 4. ſup. tit. 6.* Hottomannus tamen emendauit vitium, tranſpoſita particula EO, in hunc modum, ſequitur, *vt eo qui eo modo ex numero ciuium tollitur, perinde quaſi mortuo, deſinant, &c.* Sed non puto aliter ſcripſiſſe Tribon. quā omnia exemplaria, ipſo fatente Hottom. habent.

Sed ſi ex indulgentia.] Non eſt hoc extra propoſitum, vt videri poſſit: Eſt enim non leuis ratio dubitādi, & † quæ ex iis quæ diximus ad 1
præced. textum ſumi poteſt; quod filius ſemel emācipatus, ius ſuum quod amiſit in liberos ex ſe natos, quamuis iterū readoptetur, & ita in priſtinum locum redeat, tamen non recuperat *l. 44. de adopt.* Cui cōſequens videbatur, vt cum liberi ſemel ſui iuris facti per deportationem eſſent, reſtituto quamuis patre nō redirent in eius poteſtatē: tanto minus, tum quod illo caſu viuo adhuc auo nepotes nunquam ſui iuris facti fuerunt: tum quod emancipatio tantum minima, at deportatio media capitis diminutio eſt. Neq; huc accōmodare poſſis, quod in terminis patris capti ab hoſtibus traditur *in §. ſi ab 5. inf. h. t.* neq; enim talis Romanis pro ſeruo habetur, ſed per duplicē fictionem poſtliminii & L. Corneliæ ſtatus illius cōſeruatur: atquin hic de eo quæritur, qui ſceleris ſui meritas luit pœnas, neq; hoc caſu liberorū ius dicitur eſſe in ſuſpēſo, ſicut *in d. §. 5* Et hæc ſane ratio ſolida, & ſecundum eam reſponſum eſt *in l. ſi pater. 9. C. de ſent. paſſ.* filios patre deportato effectos patresfamil eo quamuis reſtituto non redire in eius poteſtatem: & rurſus vice verſa filium deportatum reſtitutum, non iterum redire in poteſtatem patris *l. in inſulam 6. C. d. t.* quamuis (quod magis eſt) præcedens dignitas reſtituta ſit: Adeo non videtur eſſe ſine vitio, quod hic indefinite affirmatur, reſtitutione facta ex indulgentia principis per omnia priſtinum ſtatum reintegrari; hoc enim niſi etiam intelligatur reſtituta & repetita patria poteſtas, inepte

pte

pte plane hoc loco proponeretur. An intelli-
gimus hic, in ſpecie adiectum vt liberi eſſent
in poteſtate? Id perquam fuerit durum, & à
verbis huius §. alienum. An intelligimus prin-
cipem vſum verbo reſtitutionis in integrum,
quod ſignificet reintegrationem plenariam,
vt putat Hottom. & ita communiter Dd. poſt
gl. iſta conciliant. Illa autem conciliatio, quã
refert quoq; Acc. inepta eſt, vt poſt verba *per
omnia*, virgula ponatur. An potius, quod Con-
ſtantinus derogauerit iuri veteri *in l. vlt. C. de
ſent. paſſ.* & introduxerit, vt reſtitutio etiam re-
integraret poteſtatẽ patriam, licet eius nulla
ſpeciatim mentio fuerit facta. Id quidem val-
de probabile facit contextus totus *d. l. vlt.* &
inprimis §. *vlt.* vbi ait tantum debere reſtitui
per indulgentiam, quantum abſtulit damna-
tio: & quod indulgentiæ reſtitutio debeat eſ-
ſe omnium amiſſorum recuperatio; & nomi-
natim, quod liberi officiis debeant mereri li-
berationem a poteſtate, & libertatem teſtem
habere nõ damnationis, ſed lenitatis paternę:
quibus verbis occurrit nõ obſcure obiectioni
ſuperiori, quod liberi ſemel ſint liberati pote-
ſtate; nimirũ quod non habeant liberi; quod
conquerantur, quia nõ officiis ſuis, ſed per ſen-
tẽtiam & damnationẽ facti ſint ſui iuris, ſi re-
tractata ſententia in priſtinũ ſtatum redigan-
tur. Ita ſane videtur, ſed hoc modo arguun-
tur ſocordię compilatores, qui fere pugnãtes
textus ſub eodem tit. collocarunt. Recte autẽ
ait, *ex indulgentia principis*, ſolus enim princeps
pœnæ gratiam facere poteſt, in quo manife-
ſto labitur Mynſing. qui hoc ius etiam iis con-
cedit, qui deportare poſſunt. Porro reſtituta
licet patria poteſtas non tamẽ trahetur retro,
ſed omnino quę ante egit contrahendo filius
rata & firma erunt & manebunt, per *d. l. vlt.* § 1.
C. de ſent. paſſ. & not. *Ioh. de Pla. & alii hic.* & be-
ne *Iaſ. ad Porc. ex Bl.* diſtinguit, inter ea quæ im-
mediate ſola vi deportationis contingunt, &
ea quæ ex nouo negotio geſto, tertio quæſi-
ta ſunt: vnde infert, etiamſi quis ex hoſtib. re-
uertatur, non tamen reſtitui prius matrimo-
niũ iuxt. *l. non vt* S. *l. cum duæ* 14. §. 1. *de captiu. &
poſtlim.* Sed quid ſi filiꝰ deportatus reſtituatur,
an ſubiicietur rurſus patriæ poteſtati? vtique
videtur; licet ſecus ſit in ſeruo damnato & li-
berato *l. 8. C. de ſent. paſſ.* Et nimirum non eſt
pœna rurſus redire in patris poteſtatem. Sed
pœna eſt recidere in ſeruitutẽ, q; ſi fieret, ni-
hil aut parũ prodeſſet principis indulgentia.

Relegati in inſulam.] Conſtat per relegatio-
nem † in ſpecie ita dictam ius ciuitatis non 2
adimi *l. relegati 4. de interd. & releg.* Et videntur
verba, *in inſulam* adiecta, augendæ dubitatio-
nis cauſa. Neque enim omnis relegatio in in-
ſulam eſt, ſed magis à certis locis excluſio *l. re-
legationem 7. in pr. & §. hic qui 17. eod. tit.* Illa au-
tem quæ vinculum inſulæ dicitur *in l. exilium
5. d. t.* grauior eſt, & nihilominus tamen non
adimit ciuitatem: quin nec tum ſi in perpe-
tuum quis fuerit relegatus *d. l. 7. §. ſiue 3.* Vide-
batur autem deportatio præcipue his duo-
bus modis differre à relegatione; quod illa
in perpetuum, hæc ad tempus eſſet; Illa con-
cluſio in inſulã certam, hæc magis à certis lo-
cis eſſet excluſio. Et quę igitur reliqua erit dif-
ferentia, ſi relegatio fiat in inſulam, ſi in per-
petuum, & amplius adempta parte bonorum,
iuxta *d. l. 4. de interd. & relegat.* An vtrumq; con-
iunctim fieri nõ debet, vt ſit relegatio perpe-
tua & in inſulam. An potius à forma ſenten-
tię ſumimꝰ differentiã, quomodo & Theoph.
& ſimul à forma executionis pœnæ; quod de-
portati, vt *Hottom. notat hic & in comm. verborum
iuris.* & ipſum verbum arguit, compedib. vin-
cti & in nauem coniecti à ſeruis publicis in
inſulam deportabantur; quod relegatis non
accidebat. Sed, quinam ſunt † interdicti, *qui* 3
in rubr. 22. li. 48. Digeſt. cum relegatis & depor-
tatis connectuntur: Hottom. ait eſſe eos, qui-
bus certi loci aditu commercioque interdi-
ctum eſt; quos tamen idem fatetur ſæpe dici
relegatos. Eſt autem his omnibus commune
exulum nomen. Dicitur enim † exul, qui ex- 4
tra ſolum eſt. *Iſidor. lib. 1. cap. 26.* & idem *lib.
10. lit. E.* Exſul, extra ſolum, trans ſolum
miſſus aut extra ſolum vagus. Idem *Non. Marc.
ar. 1.* Exules dicuntur extra ſolum: Solet ta-
men exilium frequentius pro deportatione
accipi, vt in *l. 2. de publ. iudic.* vbi diſerte relega-

 tio

tio tanquam mitior opponitur exilio; quo modo Ouid. non vno loco Triſtium, non ſe exulem, ſed relegatum ſcribit: ceteroquin aliis locis generalius vſurpatur, & pro relegatione, vt in *l. tutor 28. §. v. 1. cum l. ſeq. de excuſ. tut. l. ſine 32. §. vlt. de admin. tut.*

TEXTVS.

3. Pœnæ ſeruus effectus filios in poteſtate habere deſinit. Serui autem pœnæ efficiuntur, qui in metallũ damnantur, & qui beſtiis ſubiiciuntur.

COMMENTARIVS.

Finitur poteſtas patria Morte: & hæc, vel naturali, de qua in *pr. huius tit.* vel ciuili, quæ rurſus dupliciter contingit, vel amiſſione ciuitatis tantum, per deportationem, de qua *in §. præc.* vel ſimul & libertatis; & in ſumma per ſeruitutem. Seruitus eſt vel hominis, veluti ſi libertus ob ingratitudinem redigatur in ſeruitutem: vel pœnæ de qua *hoc §.* quod ipſa quaſi pœna eius dominus videatur. Vnde in *l. ſunt quidam 17. de pœn.* Si quid huic legatum ſit, eſt pro non ſcripto & nullo, quaſi non Cæſaris ſeruo datum, ſed pœnæ. *In §. 1. infr. tit. 16.* dicuntur ſerui pœnæ effici atrocitate ſententiæ. Et an igitur omnes qui ad mortem damnantur, dicuntur ſerui pœnæ? Vix crediderim, ſed vbi pœna tractum temporis habet, non vbi damnati conſumuntur ſtatim, & ita ſc. damnantur, vt ſtatim ſupplicio vltimo adficiantur. Quadrat iſti explicationi optime exemplum damnatorum in metallum vel in ſalinas, de qua pœna *in l. aut damnum 8. §. eſt pœna & §. in miniſter. de pœn.* Sed non conuenit altera ſpecies pœnæ & damnationis *h. §.* vt quis beſtiis ſub vel obiiciatur; niſi quis intelligat ita damnatos vt aliquantum aſſeruentur, quia ſpectaculi cauſa certis temporibus beſtiis obiici damnati ſæpe etiam captiui ſolebant, quo pertinet quod ſancitur *in l. vn. C. ad L. Fab.* vt ita damnati, beſtiis obiiciantur primo munere. Ita enim appellabant, cum gladiatores inter ſe, aut homines cum beſtiis pugnantes, aut etiam iis obiectos exhibebant, & ſpectandos dabant. Verum licet euidentior ſit iſta ſeruitus pœnæ v. c. in damnatis in metallum, tamen verius eſt in genere, quoſuis vltimo ſupplicio damnatos protinus per ſententiam pœnæ ſeruos fieri, per text. *in l. quod ad 12 l. qui vltimo 29. de pœn.* eo effectu ſc. vt ſtatim omnia iura ciuium Rom. iis adempta intelligantur: quod & probatur *l. ſi quis 6. §. ſed & 6. de iniuſt. teſtam.* Faceta autem hic eſt explicatio Accurſii, damnatos eſſe vt deducerent beſtias, vel cum iis comederent, aut alia beſtialia facerent. Plane liberos quoque operas locaſſe, vt cum beſtiis depugnarent, docet *l. 1. §. remouet 6. de poſtul.* atque adeo ad hæc damnatus non certæ morti fuit expoſitus; ſed damnati vt beſtiis obiicerentur, inermes iis expoſiti fuiſſe videntur. Inter ſeruos pœnæ etiam referuntur, qui damnantur in ludum gladiatorium *d. l. vn. C. ad L. Fab.* à quibus ad gladium damnatos ſeparat *Cuiac. Paul. 5. Sent. 17. & 13. obſ. 10.* quos ait intra annũ fuiſſe conſumendos; itemque damnati in ludum venatorium *l. aut damnum 8. quicunque 11. cum §. ſeq. de pœnis*, de quibus *Cuiac. d. loco & Pet. Faber 2. ſemeſtr. 11.* Illud vulgatum eſt, nouo iure neminem amplius dici fieri ſeruum pœnæ *N. 22. c. 8. auth. ſed hodie. C. de donat. int. vir.* Cuius rei effectus ibidem à Dd. notãtur. & *in d. c. 8.* vt dirimere poſſit matrimoniũ: ex quo ſunt, qui *d. c. 8.* reſtringunt ad talem ſeruitutem pœnæ, quæ nõ adimat vitam; vbi enim ſtatim damnatus excipit mortẽ, nulla videtur vtilitas, vt ne ſit ſeruus pœnæ; cum vtique teſtari non poſſit, vt dicemus *infr. lib. 2. tit. 12.*

TEXTVS.

4. Filiusfam. ſi militauerit, vel ſi Senator vel Conſul factus fuerit, remanet in poteſtate patris: militia enim vel Cõſularis dignitas, de patris poteſtate filium non liberat. Sed ex conſtitutione noſtra ſumma patritiatus dignitas illico Imperialibus codicillis præſtitis filium à patria poteſtate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem poſſe per emancipationis modum, poteſtatis ſuæ nexibus filium liberare: Imperatoriam

ratoriam autem celſitudinem nō valere, cum quem ſibi patrem elegit ab aliena eximere poteſtate.

COMMENTARIVS.

HActenus de primo modo ſoluendæ patriæ poteſtatis Morte, eaq; vel ciuili vel naturali; ſequitur alter, Dignitas. Et Iuſtin. 1. docet, quæ dignitas non liberet, 2. quæ liberet. De 1. ait *Si filiusfam. militauerit.* Militia enim quædam erat ſpecies dignitatis: ex quo omnia pene officia etiam ciuilia, poſtea militiæ dictæ. Sed & multa priuilegia militibus conceſſa fuerunt; non tamen hoc, vt eximerentur patria poteſtate, licet quo ad caſtrenſe peculium patrumfam. loco habeātur; de quo agemus, *lib. ſeq. tit. 9.* Ait

Si ſenator vel Conſul factus.] In Senatore non adeo magna ratio dubit. Sed conſulatus ſumma fuit dignitas; Verum maior fuit patria poteſtas, & retulimus ſup. *ad §. 2. de patr. poteſt. ex Halicarn. lib. 2.* poteſtatem patris in liberos fuiſſe ſummam & perpetuam, à qua nec vlla dignitas filij eximeret. Neque obſtat quod dicitur in *l. vltim. de his qui ſunt ſui.* Etenim patria poteſtas non obſtat, quominus quis Conſul creetur, & munia omnia eius magiſtratus peragat, etiam contra ipſum patrem *l. ille 13. §. vlt. cum l. ſeq. ad Trebell.* Sed non abrumpit ob id poteſtatem patriam: & teſtatur Halicarn. multos magiſtratu abutentes, & ſeditioſas conciones habentes à patribus abductos ex Roſtris & priuatim coercitos fuiſſe. Id tamen mutatum à Iuſtin. ſecundum quem quæcunque dignitas à curia & ſcilic. munere decurionatus liberat, eadem liberat à patria poteſtate *N. 81. cap. 1. §. 1.* Atquin conſulatus liberat à curia *l. vlt. C. de decurion.* Ergo. Maior propoſitio eſt Iuſtiniani; Ceteroqui vitioſa eſt conſequētia; cum longe firmioribus nexibus filius patri, quam decurio ordini ſuo & curię obſtrictus teneatur. Plures alię dignitates referuntur *d. l. vltim.* quæ liberant à curia, quæ iuxta eandem Iuriſprudentiam *in d. N. 81. cap. 1.* omnes quoque liberant filium à poteſtate. Et audet tamen in *d. cap. 1. §. 1.* hoc prætexere Iuſtin. quaſi ipſorum quoque patrum gratia hoc conſtitutum ſit, quaſi patres hoc modo fiant nobiliores; quod perridiculum eſt; cum præſertim ipſe à patris poteſtate abſoluat liberos, vt ijs iura omnia legitima conſeruet *d. N. 81 cap. 2.* Itaque nec poterit huiuſmodi liberos coercere pater, nec per eos adquirere; & vt loquuntur hic Interpp. liberātur à poteſtate, quo ad commodum, non quo ad incommodū. Porro Epiſcopalis quoque dignitas liberat à poteſtate patris *d. N. 81. cap. 3. auth. ſed Epiſcopalis C. de Epiſc. & cler.* Notat *Iaſ. ad Porc. in pr.* videri rationem candem cum dicto circa conſularem dignitatem. Ratio ſumitur ex eo quod dixi de ſumma poteſtate LL. Romanis patribus conceſſa; a qua vt liberet conſulatus, nulla lege cautum ante Iuſtin. vmquam fuit.

Sed ex conſtitutione noſtra patritiatus dignitas.] Ridiculum ſit admonere non intelligi hic patriciatum, qui erat prærogatiua gentis apud Romanos, quæ opponebatur genti plebeiæ. Et tamen Weſembec. hinc iſtam dignitatem deducit, Ait, ſicut in libera Rep. patritiatus fuerit nomen ordinis & dignitatis, & antiquiſſimæ ſtirpis ſenatoriæ; ita ſub Auguſtis patritiatum, de quo hic fuiſſe ordinem quendam, ſimilem ſenatorio, in quem allecti velut principis parentes habiti fuerunt, à qua ſententia non longe abit Hottom. Sed ne dicam patritiatum olim ordinem proprie non fuiſſe, ſed ordines tres dictos ſenatorum, equitū & plebis; vitioſa iſta quoq; comparatio eſt, & commentitium, quod ſub Auguſtis ceperit nouum quaſi collegium patritiorum & nouus ordo. Et omnino, ſicut conſulatus, pręfectura, quæſtura, ita & hæc fuit ſingularis dignitas, cuius & nuſquam reperias mentionē, niſi demum ſub Impp. Conſtantinopolitanis & ſi Zoſimo fides, eius autor primus fuit Cōſtantinus. Ita enim ſcribit *libr. 2.* de Optato, *ὃς παρὰ Κωνσταντίνου τῆς ἀξίας τετυχήκει τοῦ Πατρικίου, πρώτου ταύτην ἐπινοήσαντος τὴν τιμήν*; qui patricij dignitatem conſecutus erat à Conſtantino, qui primus excogitauit hunc honorem.

Ait Iuſtin. *conſtitutione noſtra*, quæ eſt in *l.*

vlt. C. de conſulib. Atquin ante Iuſtinianum iſtum effectum fuiſſe huius dignitatis probatur ex *Caſſiodoro* (qui ſub Theodorico Gothorum rege, omnia fere ad formam Reipubl. Rom. adminiſtrante ante Iuſtinianum vixit) *6. var. epiſt. 1. in forma patritiatus* additur, inquit, quod LL. tantum illis reuerētiam detulerint, vt in ſacris poſitus, cū hoc honore fuerit præcinctus, paternæ poteſtatis nexib. eximatur. Itaq; lapſus hic eſt *Vult. 1. iurispr. 24.* vbi totum hoc primo Iuſtiniano tribuit. Ait

Summa dignitas.] Obiiciunt, conſulatum eſſe ſuperiorem, ex ratione liberæ Reipubl. quæ hactenus tantum mutata, quod conſul eſt poſt principem; & facit, quod ipſi principes Conſulatum gerere ſolebant; quamuis ſane etiam principes initio aſſumpto Imperio, tribunitiam & conſularem poteſtatem ſibi adſumere ſolebant, vt paſſim ex Suet. Tacito, & alijs hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptorib. cōſtat. quæ dignitates tamen ſummæ non fuerunt. Attamen propria ratio fuit conſulatus; & de eo Caſſiod. d. loco vni tantum cedit (patriciatus) fulgori, quem interdum etiam à nobis conſtat adſumi. Simpliciter dicerem iniurium eſſe, tantam accurationem exigere à Triboniano, & captare verbum, *Summa*, & hoc potius, quam cum Contio, Barone & alijs rationem petere à duratione, quod perpetua eſt iſta patritiatus dignitas, conſulatus, annua; neque enim duratio dignitatem ex ſe conciliat; Ceteroquin & decurionatus perpetuus fuit, ſi reſpondendum eſt, duo reponam, 1. prærogatiuam quandam eſſe à raritate, quod paucis contingit fieri patritios, ſed multi adipiſcuntur conſulatum, vt ipſe Iuſtin. argumentatur *l. vlt. C. de conſulib.* 2. dignitatem conſulatus illis temporibus magis fuiſſe imaginariam & honorariam, quam veram & in rebus ipſis; quippe quod pene nullam adminiſtrandi aut imperandi conferebat poteſtatem; adeo hoc reſpectu maior poteſt dici patritiatus dignitas, autore eodem Caſſiodoro, qui *libr. 3. var. 5.* (ſub nomine principis.) ſume, inquit, poſt conſulares faſces emeritos, patritiatus inſignia, tuarum munus plenarium dignitatum: & hinc idem *libr. 8. Epiſt. 10.* vocat patritiatus culmen: & iuxta *l. 3. C. de conſul.* nulli ad patritiatum aditus patet, niſi qui prius conſulatu fuit perfunctus; aut alia maxima dignitate: & cum præfectorum prætorio tum temporis maxima eſſet dignitas & poteſtas, attamen à Conſtantino priorem locum προεδρίαν tributum patritijs his ſcribit *Zoſimus paulo ante citato lib. 2.* & omnino ſumma dicitur, quod ei Impp. ipſi ſpecialem quaſi reuerentiam deferebant, & ea ornatos parentum nomine dignabantur.

Imperialibus codicillis.] Literæ ſunt quæ continent & teſtantur dignitatem collatam: ita in *N. 13. ca. 3.* codicilli adminiſtrationis, & mox Impp. codilli, & codicilli conſulares *N. 81. cap. 1.* codicilli honorarij *l. vlt. §. veros 2. vbi ſenat. vel clariſſ.* Hinc quib. adimitur adminiſtratio, dicuntur adimenda inſignia codicillorum *l. iudices 11. C. de dignitatib.*

Quis enim patiatur.] Non videtur bona connexio; aut pariter cum quiſq; ius habeat alienādi bona ſua, poterit ea auferre & princeps. Et ſane hoc modo ius ſuū aufertur patri, qui per filium in poteſtate adquirit: facit pro iſta ratione iſte color, quod Imp. talem ſibi eligit in patrem.

TEXTVS.

5. Si ab hoſtibus captus fuerit parens, quamuis ſeruus hoſtium fiat, tamen pendet ius liberorum, propter ius poſtliminij: quoniam hi qui ab hoſtibus capti ſunt, ſi reuerſi fuerint, omnia priſtina iura recipiunt: idcirco reuerſus etiam liberos habebit in poteſtate: quia poſtliminium fingit, eum qui captus eſt, in ciuitate ſemper fuiſſe, ſi verò ibi deceſſerit, exinde ex quo captus eſt pater, filius ſui iuris fuiſſe videtur. Ipſe quoq; filius, nepoſue, ſi ab hoſtib. captus fuerit, ſimiliter dicimus propter ius poſtliminij, ius quo-

Digitized by Google

quoque poteſtatis parentis in ſuſpenſo eſſe. Dictum eſt autem poſtliminium à limine & poſt, vnde eum, qui ab hoſtibus captus eſt, & in fines noſtros poſtea peruenit, recte poſtliminio reuerſum dicimus. Nam limina ſicut in domo finem quendam faciunt, ſic & Imperij finem eſſe limen veteres voluerunt. Hinc & limẽ dictum eſt, quaſi terminus quidam & finis, ab eo poſtliminium dictum eſt, quia ad idem limen reuertebatur, quod amiſerat. Sed & qui captus victis hoſtibus recuperatur, poſtliminio rediiſſe exiſtimatur.

Commentarivs.

1 *Fictio dupl'ex.*
2 *Fictionis poſtliminij effectus.*
3 *Poſtliminij notatio.*

Dixerat *in* §. 1. *&* 3. de morte ciuili, & in ſpecie de ſeruitute pœnæ, per eam ſolui patriam poteſtatem. Nec aliud eſt in ſeruitute hominis, ſi quis ob ingratitudinem in ſeruitutem reuocetur, aut ad pretium participandum ſe venundari paſſus fuerit. Hinc nata occaſio dubitandi & tractandi, cum captus ab hoſtibus eorum ſeruus fiat, an per talem captiuitatem liberi in ciuitate ſui iuris efficiantur. Et fruſtra hic miratur Faber, quare introductum ſit ab Romanis ipſis LL. vt captus ab hoſtibus fiat ſeruus. Neque enim hoc Romani conſtituerunt, ſed hoc eſt ex iure bellorum & à iure gentium, quo ne vterentur hoſtes, ſicut ipſi Romani in hoſtes, impedire non potuerunt. Qui autem hoſtes veri ſint, in quibus hoc ius locum habet, alibi tractatur, & docet *l. hoſtes de cap.* Porro ad rem. Romani ciues ſuos, præſertim qui ꝓ Republ. militantes capti eſſent, ſeruorum loco non habere potuerunt, aut debuerunt. Itaque nihil eorum, quæ alias per amiſſionem ciuitatis & libertatis, pereunt, infirmari aut protinus amittere eos aut pro amiſſo haberi voluerũt. Et cum duplex ſit caſus, † vt aut reuertantur domum ab hoſtibus, aut vt apud eos moriantur, in vtrumque caſum ciuilis Legislator proſpexit, conſtituta & introducta duplici fictione. 1

Altera eſt, quæ dicitur poſtliminij, altera Legis Corneliæ. Illa operatur in caſum, quo quis reuerſus eſt, & facit, vt retro ſemper in ciuitate fuiſſe, & numquam captus fuiſſe videatur, *l. muto. 6. §. vlt. de tutel.* Hæc operatur in caſum mortis, & facit, vt ipſo tempore & puncto quo captus eſt, imo quo capiendus fuit, & antequam adhuc captus eſſet, deceſſiſſe videatur, & ita numquam veniſſe in hoſtium poteſtatem: quod poſterius paucis verbis innuitur *in §. verſicul. ſi vero, & in §. vltim. infr. Quibus non eſt perm. facere teſt.*

Effectus fictionis Legis Corneliæ principalis eſt, vt conſeruentur actus, qui alias per ſeruitutem infirmantur, veluti teſtamentum, quod ante captiuitatem factum eſt *d. §. vlt.* vbi plura dicemus. Referre ad hanc quoque fictionem & eius effectum ſolent, quod ſtatus filij & ab eo geſta confirmantur. Haud ſcio an ſatis ſubtiliter: quoniam ipſa tum ratio rei & veritas confirmat filij ſtatum, poſtquam certum incipit eſſe patrem reuerti nõ poſſe: ea tunc communi iure ſi pater pro ſeruo habeatur, ex quo tempore captus fuit, efficitur, vt ex iſto tempore filius ſemper iuris ſui fuiſſe intelligatur. Et vt patre reuerſo retro in eius poteſtate filius intelligatur fuiſſe, meræ eſt fictionis, & à poteſtate Legis, cum alias nihil obſtaret aut filium manere ſui iuris patre reuerſo, aut domum ex tempore reditus rurſus eſſe in poteſtate patris. Et vero inſignis eſt huius fictionis † effectus, vt filio interim in ciuitate mortuo, pater reuerſus omnia bona ab ipſo relicta peculij iure occupet, adempta ei, q eo non reuerſo bona iure hæreditario tenuiſſet *l. pen. in f. de ſuis & leg.* Item vt ſi filiusfam. interim pecuniam mutuã acceperit, patre reuerſo 2

tam-

tamquam ſi id cõtra SCtum Macedonianum factum eſſet, creditori actio non detur, iuxta *l.1.§.1.ad SC. Maced.* Item vt quæcunq; interim ſeruus captiui adquiſiuit, reuerſo ex hoſtibus adquirantur *l. bona 22. §. 1. de captiu.* quæ omnia & plura alia ſecus ſe haberet, ſi captiuus apud hoſtes moreretur. Itaq; recte dicitur propter ius poſtliminij, (quod in hunc ſenſum definitur in *l. poſtlim. 19. in pr. de captiu.*) pendere ius liberorum h. §. & in incerto eſſe *l. in bell. 12 §. 1.* & in pendenti *l. bona 22 §. 1 de captiu.* & pendere *l. ſi quis 9. §. ſi filium 2. de liber & poſth.* vna cum alijs effectibus, quos modo attigimus, ex quo iſta dicitur ſuſpenſi iuris conſtitutio *l. pen. in fi. de ſuis & legit.* Propter quam nec tutorem interim filius accipere poteſt *l. muto 6. §. vlt. de tutelis.* Ex quib. efficitur hic non obtinere, q̃ in caſu patris deportati conſtitutum eſt à Cõſtantino in *l. vlt. C. de ſent. paſſ.* ea quæ interim geſſit filius, omnimodo rata eſſe; & ad eum caſum coarctandam eſſe rationẽ, qua ibi vtitur Imper. abſurdum eſſe, vt in eodem tempore nec in patris nec in ſua quis fuerit poteſtate. Etenim iſtud videtur contingere in caſu iſto patris ab hoſtib. capti, hactenꝰ, vt acta à filio ſint in incerto ſtatu & dubio, vt apparet ex *d. l. 1. §. 1. de SCto Maced.* etiamſi filius ſit præmortuus, *d. l. pen. de ſuis & legit.* Ceteroquin ex poſt facto apparet, an filius retro ſui an alieni iuris fuerit. Hæc fictio pertinet ad ea quæ iuris ſunt, h. §. ibi, *omnia priſtina iura,* quæ autem in facto cõſiſtunt, per eam non reparantur, cuiuſmodi eſt poſſeſſio, quæ ſicut & aliæ cauſæ facti poſtliminio non continetur *l. deniq; 19. Ex quib. cauſ. maior.* ex quo fit vt præſcriptio quam ceperat ante, interrumpatur, *d. l. 19. & l. ait 13. §. 1. eod. tit. l. cum hæredes 23 §. 1. de adq. poſſ. l. ſi is 15. in pr. de vſucap.* Itẽq; vt vſucapio alterius facto contra captum ab hoſtibus impleatur, & captiuo reuerſo reſtitutione opus ſit *d. l. 23. §. 2. l. ab hoſtib. 18. C. de poſtl. reuer. l. vlt. C. ex quib. cauſ. maior.* Et ſi fictio poſtliminij, non poteſt facere, vt alius nõ poſſideat vere, & ita impleat vſucapionẽ. Nec vice verſa ſupplere poteſt factum poſſidendi quo perficiẽda eſt vſucapio, quam ceperat ille qui captus fuit, quæ ratio diſerte ponitur in *d. l. deniq; 19. in f. ex quib. cauſ. maior.* nec vllius momenti ſunt, quæ contra diſputat *Port. hic nu. 7.* nec alio tendit ratio quam ipſe adſert *nu. 8.* per medium ſuper quo fingatur nõ ſit habile, videlicet poſſeſſio, quæ tempore facti fuit euaneſcens; idq; eſt quod in ipſis terminis traditur in *l. in bello 12. § facti 2. de captiu.* facti cauſam conſtitutionib. ex LL. infectam fieri non poſſe. Itaq; quod dicitur de vſucapione eius qui apud hoſtes eſt, in *§. Rurſus 5. infr. de actionib.* accipiendum eſt de caſu, quo ſeruus vel filiusfam. ex cauſa peculiari quid adquiſiuerũt iuxta *l. iuſto 44. § vlt. de vſucap. d. l. ait 23. §. 3. Ex quib. cauſ. maior. d. l. 12. §. 2. d. cap. 1.* Exinde fit vt nec vxorem recipiat reuerſus ſine noua eius voluntate, vt ſup. notauimus, ex *l. 8. & l. 14. §. 1. de poſtlim. reu.* de quo tamen paule aliter diſpoſitum eſt iure nouo *N. 22. cap. 7.* Dicitur reuerſus ab hoſtibus, nec intereſt an dimiſſus ab ijs an per fallaciam elapſus *l. nihil 26. de captiu.* modo habeat animum remanendi apud ſuos; ex quo negatur, Attilio Regulo fuiſſe ius poſtliminij *l. poſtlim. 5 §. vlt. eod. tit.* Sed & pro reuerſis habentur, qui rurſum ſuperatis hoſtibus recuperati ſunt *h. §. in f. d. l. 26. in fin.* cuius ratio colligitur ex *l. ab hoſtib. 12. C. de poſtlim. reu.* Sed & redempti ab hoſtib. liberi ſunt, licet interim dum precium ſoluãt, quodam quaſi pignoris vinculo attineantur *l. 2. 6. 7. 13 & 15. C. eod. iunct. l. ſi captiu. 20. §. 2. cum l. ſeq. de eod.*

Ipſe quoque filius.] Equidem is apud hoſtes nihil agere poteſt, ſicut & cuiuſcunq; tandem capti acta, apud hoſtes, dum eſt, veluti ſi teſtamentum ibi fecerit, nullius ſunt momenti. Attamen habet & illud non leues effectus. Ponamus poſt captiuitatem filij, matrẽ mortuã, locuplete relicta hæreditate, ſi redit filius qui ita retro ſemper in ciuitate & in poteſtate fuiſſe fingitur, patri quæſita eſt hæreditas; Ceteroquin ad proximos matris pertinebit, ſi filius mortuus fuerit ap. hoſtes. Alius inſignis effectꝰ eſt in perſona filij, vt vid. ſi in poteſtate fuit eo tẽpore quo capiebatur, patre interim mortuo, reuerſꝰ & retro ſuus intelligatur fuiſſe hæres *l. captum 9. Cod de poſtlim. reu.* idque eſt quod dicitur in *l. 10. C. eod.* liberis reuerſis priſtinum

Digitized by Google

ſtinum ſtatum reſtitui. Obiter addo, ineptire Mynſ. dum ad hunc §. notat, etiam reuerſum olim ipſo iure manſiſſe ſeruum (quo nihil abſurdius eſt) vſque dum ex æquitate ius poſtliminii introduceretur.

5 *Dictum eſt autem † poſtliminium.*] Nimis prolixe agit de notatione nominis. Optime explicatur hic locus ex *Cicer. in Topicis.* Eius verba hæc ſunt. Poſtliminio redeunt hæc homo, nauis, mulus, equus, equa. Sed cum ipſius poſtliminii vis quæritur & verbum ipſum notatur: In quo Seruius noſter nihil putat eſſe notandum, niſi *poſt*: & *liminium* illud productionem eſſe verbi vult, vt in finitimo, legitimo, edítimo, non plus ineſſe, *timum*, quam in meditullio, *tullium.* Scæuola autem P. filius, iunctum eſſe putat verbum, vt ſit in eo, & *poſt*, & *limen*: vt, quæ à nobis alienata ſunt, cum ad hoſtem peruenerint, & ex ſuo tamquam limine exierint, dein cum redierint poſt ad idem limen, poſtliminio videantur rediiſſe. Apparet, Scæuolæ ſententiam placuiſſe Triboniano, & ſane exempla cetera quibus Seruius vtebatur, non ſunt ex omni parte ſimilia: & inconcinnum eſt & improbabile, in vocabulo quinque ſyllabarum, vnam tantum eſſe ſignificatiuam, ceteras quatuor meram eſſe productionem verbi: cum præſertim explicatio *liminij* mire ad ipſam exprimendam rei veritatem ſit accommodata. Hottom. hic more ſuo emendat textum: & primo in verbis, *hinc & limen dictum eſt*, pro *limen* ſubſtituit *limes*, nulla neceſſitate. Secundo pro verbis, *quia ad idem limen reuertebatur quod amiſerat*, reponit *quia eodem limine reuertebatur quo amiſſus erat*, quæ ſane non emendatio ſed corruptio eſt: & inepte dicitur eodem limine, cum limen ſit terminus: rectiſſime autem dicitur reuerti ad idem limen: & tantum abeſt, vt eum iuuet iam citatus locus ex Cicer. vt refutet magis, his verbis, *cum redierint poſt ad idem limen.*

TEXTVS.

6. Præterea emancipatione quoque deſinunt liberi in poteſtate parentum eſſe. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis obſeruantiam procedebat, quę per imaginarias venditiones & intercedentes manumiſſiones celebrabatur: vel ex Imperiali reſcripto. Noſtra autem prouidentia etiam hoc in melius per conſtitutionem reformauit, vt fictione priſtina exploſa recta via ad competentes iudices vel magiſtratus parentes intrent, & filios ſuos vel filias, vel nepotes vel neptes ac deinceps à ſua manu dimittant. Et tunc ex Edicto prætoris in bonis eiuſmodi filii vel filiæ, vel nepotis vel neptis, qui quæue à parente manumiſſus vel manumiſſa fuerit, eadem iura parenti præſtantur, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti: Et præterea ſi impubes ſit filius vel ceteri, ipſe parens ex manumiſſione tutelam eius nanciſcitur.

COMMENTARIVS.

1 *Emancipandi modus.*
2 *Actus voluntariæ iuriſdictionis an poßint mandari.*
3 *Magiſtratus appellatio.*
4 *Emancipatus inſtar liberti.*

POteſtas patria ſoluitur vel facto patris, vel aliis modis citra factum patris, veluti dignitate. Facto patris ſoluitur dupliciter, vel mediate, dum aliquid faciendo cauſam præſtat liberationi, veluti delinquendo, vnde ſequitur damnatio, vel immediate, per emancipationem, de qua hoc §. tractatur. Diximus *tit. præced.* ex L. Romuli ius fuiſſe patri ter filium vendere, nec niſi poſt tertiam venditionem illum de patris poteſtate exire, & aut in alterius poteſtatem tranſire, aut ſui iuris fieri potuiſſe. Hoc ius reipſa ſublatum in imaginarias † venditiones conuerſum fuit: & inde vbi 1
de filio in adoptionem dando tractabatur, tertia venditione filius patri adoptiuo mancipatus in iure cedebatur, vt *d. tit. præced.* explicauimus.

Digitized by Google

mus. In emancipatione vt filius ſui iuris eſſet & fieret triplici mãcipatione ſiue venditione, & totidem manumiſſionibus opus erat, & quia nemo ſibi ipſi vendere poteſt, tertius adhibebatur pro emptore. Qui dicis cauſa nummo dato filium emebat, & ſcil. bis venditum toties manumiſſum, & toties iuxta L. Romuli in patris poteſtatem reuerſum, tertio demum venditum poſtquam tertio manumiſiſſet, demum faciebat, vt filius ſui iuris eſſet. Sed quoniam ex illis quantumuis imaginariis venditionibus & manumiſſionibus tamen effectus ſupererat, vt pater in filio emancipato iura quædam ad inſtar patroni in liberto conſequeretur, vt eſt in *ſ. huius* §. ideo vt iura iſta patri naturali ſalua eſſent, ſub tertiam venditionem conueniebat inter patrem naturalem & emptorẽ imaginarium, vt hic tertio emptum filium remanciparet patri naturali, vt nimirũ ipſe pater naturalis tertio manumitteret filiũ: ceteroquin accidebat, vt emptor ille extraneus quaſi iura patroni in filio alterius, quem ipſe tertio manumiſerat, conſequeretur: quod ſi accidiſſet, dicebatur iſte extraneus manumiſſor, cuius mentio in §. *ſunt autem infr. de bon. poſſeſſ.* vbi dicemus. Quem emancipandi modum veterem diſcimus ex *Caii Inſt. 1. tit. 6. § vlt.* vbi emptorem illum vocat patrem fiduciariũ. Patrem appellat, quia cum patre naturali mutuas operas tradebat, vt filius ſui iuris fieret, & quia iampridem rigore vetere abolito, pro vero emptore, qui filium traditum in ſuam poteſtatem retineret, haberi non poterat: & ille tamen per illam venditionem quaſi ius naturalis patris conſequebatur. Dicitur fiduciarius: quoniam pactione interpoſita ipſius fidei hoc committebatur, tum vt filium acceptum de manu ſua dimitteret, tum præcipue, vt filium tertio ſibi mancipatum & traditum, patri naturali remanciparet, per quem vltimo manumitteretur: quo modo cõtracta fiducia emancipatio facta dicebatur §. *vlt. infr. de legit. agnat. ſucc.* Hæc ad explicationem ſolemnium veteris emancipationis, & ſimul illius loci apud Caium, & atteſtatur de his ſolemnibus ipſe Iuſt. tum in genere *h.* §. dum meminit antiquæ legis obſeruationis, & imaginariarum venditionum & manumiſſionum: tum magis exſerte in *l. vlt. Cod. de adoption.* vbi refert in adoptione interueniſſe tres venditiones, duas manumiſſiones. Additur in *l. vlt. C. de emancipat.* interueniſſe circumductiones (an forte intelligit circum actionem quæ in manumiſſione per vindictã adhibebatur, de qua diximus *ſup. tit.* 5.) & iniurioſa rhapiſmata: & eodem modo N. 81. *in pr.* emancipationem ait factam olim μεθ' ὕβρεων καὶ ῥαπισμάτων. Ex quo quidem Hotoman. hic ſuſpicatur emancipationem fuiſſe ſpeciem abdicationis, per quam olim pater offenſus filio, eum quaſi à domo ſuo proiiciebat. Sed nuſquam eius rei vlla extant veſtigia: quin imo abdicationem qua Græci vtebãtur Rom. LL. non probari, teſtantur *Impp. in l. abdicatio. C. de pat. pot.* Suſpicor in manumiſſionibus ſeruorum tale quid interueniſſe, quo illi admonerentur priſtinæ conditionis, & quod in eos dominus ius coercendi & verberandi habuerit: id ſicut alia per ſimilitudinem ad venditiones & manumiſſiones filiorum fuiſſe translatum. Atq; hoc modo & per tres mancipationes & manumiſſiones, filii, id eſt, maſculi primo gradu exibant de poteſtate. Fœminæ & maſculi quoque ſecundi vel vlterioris gradus exibant per vnam mancipationem & manumiſſionem. Et, quoniam iſta repetimus ex iure veteri & lege Romuli, fatendum erit, ex lege illa patrem ius habuiſſe tantum ſemel vendendi filias aut nepotes ex filiis: forte quod fœminæ ex familia per nuptias exibant: in nepotibus autem ipſe quoq; filius ius quoddam potentia habebat. Probatur autem illa diuerſitas ex *l. vlt. C. de adopt.* vbi Iuſtin. ait in ceteris liberis vnam mancipationem interueniſſe: & veſtigium non obſcurum extat in *l. verum* 8. §. 1. *de inuiſt. teſtam.* & expreſſe id tradit *Gaius d. lib. 1. Inſt. tit. 6. §. vlt. verſ. Fœmina. & Theoph. hic & Vlp. titul.* 10. & inde eſt, quod fœminæ & nepotes non neceſſario erant inſtituendi & exheredandi, de quo *infr. lib. 2. tit. 13.*

Vel ex Imperiali reſcripto.] Hic modus emancipandi eſt ex conſtitutione Anaſt. in *l. pen. C. de emancip.*

Noſtra

Noſtra autem prouidentia.] Quod in adoptionibus *l. vlt. C. de adopt.* idem conſtituit in emancipationibus *l. vlt. C. de emancip.* vt ſimplex conteſtatio ſufficeret apud magiſtratũ ordinariũ. Anaſtaſius voluit & ipſe magiſtratus autoritatem accedere, vt nimirum & pater & liberi apud magiſtratum hanc ſuam voluntatem & conſenſum atteſtentur, & deſuper reſcribat princeps iuxta *d. l. pen.* Iuſtin. illud ſolum ſufficere ſine reſcripto principis voluit. Nam & olim non opus hic erat reſcripto principis, ſed inter priuatos iſta peragebantur, non tamen ſine magiſtratu, vt apparet ex *l. 3. & 4. D. de adop. l. 2. de offic. præt.* quoniam manumiſſiones, & in iure ceſſiones deſiderabãt magiſtratum: itaq; Anaſtaſius in *d. l. pen.* vult inſinuari hoc apud competentem iudicem, ad cuius iuriſdictionẽ actus emancipationis pertinet. Nimirum, vt *ſup. de adopt.* notauimus eiuſmodi iudicis, ſiue magiſtratus potius (nam in conſtitutionibus poſteriorũ Impp. verbum iudicis ſumitur latius) apud quem eſt legis actio: quod expoluimus *d. tit. prec.* vnum ſupereſt. quod ibi nos hic explicaturos promiſimus: An in iſtis acti-
2 bus voluntariæ † iuriſdictionis, veluti adoptionibus, manumiſſionibus & emancipationibus ſit locus mandato: & magiſtratus ad hoc iuriſdictionem ſuam mandare poſſit, vt apud alium hi actus expediantur, aut etiã apud eum cui in genere iuriſdictionem ſuam mandauit prætor, vel alius ordinarius magiſtratus. Ego ita cenſeo olim omnes actiones legis, & illas quoq; quibus homines inter ſe mutuo diſceptarent, de quibus in *l. 2. §. deinde 6. de orig. iur.* ſolemnes fuiſſe, nec à quoquam niſi eo ipſo cuius res erat, non autem alieno nomine inſtitui & peragi potuiſſe, idq; probat *pr. Inſt. inf. per quos agere poſſ.* vbi docet Iuſtin. olim non niſi ſingularib. & perpaucis caſibus alieno & procuratoris nomine agi potuiſſe. Nec dubito ita quoq; in perſona magiſtratuum obtinuiſſe, vt apud eos ipſos tantum lege agi potuerit, nec aliis deſuper mandari iuriſdictionẽ potuiſſe. Poſt, cum variæ cauſæ impedirent quo minus quis ſemper proprio nomine ageret, receptũ fuiſſe docet Iuſtin. *d. loco,* vt per procuratorem agere & excipere liceret. Eodem modo ſenſim receptũ arbitror, vt magiſtratus ſuper his cauſis mandare potuerit iuriſdictionẽ. Atquin legimus, iure noſtro, actus qui expediuntur inter volẽtes, & dicuntur voluntariæ iuriſdictionis, veterẽ naturã retinuiſſe, & per procuratorẽ expediri non potuiſſe, veluti manumiſſiones, adoptiones, emancipationes. De manumiſſione textus in *l. 3. de vindict. manumiſ. l. etiam 15. §. 3. E. d.* iuxta quẽ cauſa tantum probari per procuratorẽ poteſt. De adoptione textus in *l. neq. 24. cum l. ſeq. 25. §. 1. de adopt.* & facit, quod iſta nõ fiebat ſine manumiſſione & in iure ceſſione: quo fit vt idẽ in emancipationibus obtinuiſſe fatendum ſit: quod & in emancipatione noua quæ fit per reſcriptũ quo ad inſinuationẽ quæ facienda eſt apud magiſtratũ, obſeruari voluit Anaſtaſius *l. pen. C. de emancip.* & in adoptione noua Iuſtin. *l. vlt. C. de adopt. §. ſed & ſi 8. infr. h. t.* Et huc refero, quod dicitur in *l. nemo 123. de Reg. iur.* neminẽ alieno nomine lege agere poſſe, quoniã n. qualitatẽ hanc, quæ antiquitus omnium legis actionũ propria erat, vt ne per aliũ expediri poſſent, retinuerunt & ſibi quaſi propriã fecerunt actus voluntariæ iuriſdictionis, inde accidiſſe opinor, vt & appellatio legis actionũ, his actibus fieret propria. Et inde nimirũ eſſe exiſtimo, quod apud magiſtratũ inferiorẽ vel parẽ iſti actus expediri nõ poſſunt *l. apud eum 14. de manumiſſ. l. apud 18. §. 1. de manum vind.* quia nõ decebat ipſum magiſtratũ maiorẽ vel parem, apud inferiorẽ vel ęqualẽ in iure coram agere, & eius quaſi iuriſdictioni ſe ſubmittere. Hinc porro ſicut nõ poterant iſta per aliũ peragi, ita puto nec apud aliũ niſi ipsũ magiſtratũ expediri potuiſſe: Et ob id cẽſeo cõtra Interpp. oẽs cõmuniter quos *ſup. ad pr. tit. de adop.* citaui, mãdari iuriſdictionem nõ potuiſſe, nec mandato generali iuriſdictionis actus iſtos cõprehenſos fuiſſe. Poſſint iſta videri ſupra tractationem & materiã Inſtitutionũ: non ſunt tamen ità ſubtilia, vt non à tyronibus ẽt intelligi poſſint. & cõtinẽt principia iuris, quæ ad aliarũ quæſtionum cognitionem aditum faciunt: eaque hic didiciſſe nõ pigebit: quæ tamẽ ad explicationẽ quoq; *tit. lib. 4. de his per quos ag. poſſ.* pertinent.

Competentes iudices vel magiſtratus.] Iudices in Digeſtis & reſponſis veterum Impp. vt plurimum ſignificantur pedanei; qui à magiſtratibus maioribus dabantur cum formula cognoſcendis & iudicandis cauſis priuatis. Apud hos conſtat, actus voluntariæ iuriſdictionis tractari & expediri non poſſe. Poſt ſublato more dandi iudices, ceperunt ipſi magiſtratus, quibus cognoſcendi & iudicandi neceſſitas tunc incumbebat, iudices appellari: itaque
3 puto quod hic dicitur, vel *magiſtratus* † accipiendum eſſe explicatiue: & non placet, quod video à quibuſdam, *iudices* de maioribus magiſtratibus, ſed *magiſtratus* de minoribus, & nimirum municipalibus explicari: quamuis alias non ignorem verbo *magiſtratus* aliquando intelligi municipales, vt in §. *ſed hoc iure* 4. *inſ. de Attil. tut.* ſed nimirũ cum opponũtur magiſtratibus maioribus, vt in *d.* §. 4. Theoph. hic reddidit, παρὰ τῷ ἁρμοδίῳ δικαστῇ, ἤγουν τῷ ἄρχοντι, quo nomine ἄρχοντος in genere ſolet magiſtratus ſignificari, velut apud Modeſtinum in *l. ſcire* 21. § 4. *de tutorib. datis.* ὁ ἐν Ῥώμῃ ἄρχων, & ita in *l. Spadones* 15. §. *ſi ciuitatis* 9. *de excuſ.* ὁ τῆς πόλεως ἄρχων, intelligitur magiſtratus municipalis: quo eodem ſenſu vſurpatur verbum στρατηγὸς vt & Romæ prætorem, & in municipiis decemuiros ſignificet: velut in *d. l.* 15. §. 9. Modeſtinus, quod dixerat ὁ τῆς πόλεως ἄρχων, mox explicat τοῦτ' ἔστι στρατηγός: quo eodẽ verbo στρατηγὸς magiſtratum municipalem intelligit *Theoph. in* §. *ſed hoc* 4. *&* §. *vlt. infr. de Attil. tut. & Harmen. lib.* 5. *tit.* 11. §. 19.

A ſua manu dimittunt.] Manus ſignificat poteſtatem: & ſerui quoque de manu dimitti dicebantur in *pr. ſup. de libert.* & liberi emancipati innumeris locis dicuntur manumiſſi, velut bis hoc loco *&* §. *ſeq. & t. t. ſi à par. quis manum.* propter antiquum ius poteſtatis, & poſt quoque obſeruatas venditiones & manumiſſiones, quibus etiam licet imaginariis, quas Theoph. vocat εἰκονικῶς in imaginariam ſeruilem cauſam deduci dicebatur, *l.* 3. §. 1. *de cap. minut.* tum propter eos quoque effectus, quos in eum tamquam patronus in libertum pater habebat, de quibus iam dicamus.

Et tunc.] Duos refert † effectus, in quibus 4
filius emancipatus ſimilis eſt ſeruo manumiſſo. Videbatur rationis, vt ſublata cauſa imaginariæ ſeruitutis, venditionibus & manumiſſionibus, ceſſarent etiam effectus, qui ex his ſequebantur. Sed Iuſtin. noluit quidquam derogatum iuri parentum, quippe quod nec etiam neceſſario à modo illo dependet, ſed magis ab ipſa re, quod filius iuris ſui factus eſt, & inde cepit ſibi ipſi acquirere poſſe, qua ratione vtitur *ICtus in l.* 1. *in pr. ſi à par. quis manum.* Ait Iuſtin. eadem iura præſtari parenti, quæ patrono: quod cum mica ſalis accipiendum eſt: nam nec actio Caluiſiana datur patri quæ datur patrono *l.* 2. *ſi à par. quis man.* nec datur ius ſuccedendi parentis liberis, quod datur liberis patroni *l.* 1. §. *vlt. d. t.* nec operas à filio recto ſtipulatur pater *l. pen. d. t.* Videtur amplius hoc reſtringere Theoph. ad bonorum poſſeſſionem contra tabb. de qua etiam agitur tantum ſub d. t. Verum qui habet ius impugnandi teſtamenti, ille etiam & magis ab inteſtato, vbi nulli liberi ſuperſunt, admittetur. Plane *infr. ſub tit. de ſucc. libert. lib.* 3, nulla penitus eſt liberorum emancipatorum mentio: & per ius nouiſſimum fere differentiæ poteſtatis & ſui iuris ſublatæ ſunt, & de ratione inuicem ſuccedendi pleniſſime cautum, vt iſtud ius antiquum abrogatum effectu videatur: & tamen cogitandum, an filio emancipato ſine liberis moriente, & patri tantum legitimam relinquente, ſuperſit patri *bon. poſſ. cont. tabb* quæ tamen cum ſit ad tertiam partem hodie, inutilis erit, ſi per N. 18. parentum quoque legitimam auctam eſſe admittamus. Plane cum mater hodie æquale ius cum patre habeat in ſucceſſione filii ab inteſtato & teſtamento facto N. 118. *cap.* 2. *&* N. 115. *cap.* 4. non poterit amplius ad bona filii pater venire iure patroni, quo ſane excluderet matrem.

Et præterea.] Hoc magis onus eſt quam commodum, & de eo tractatur *infr. titul.* 18. *hoc libro.*

TEXTVS.

Digitized by Google

TEXTVS.

7. Admonendi autem ſumus liberum arbitrium eſſe ei, qui filium, & ex eo nepotem vel neptem in poteſtate habere filium quidem de poteſtate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere: & è conuerſo filium quidem in poteſtate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere: vel omnes ſui iuris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta eſſe intelligantur.

COMMENTARIVS.

1 *An inuitus emancipetur.*

NIhil habet obſcuri hic textus. Sæpius diximus ex §. *vlt. ſup. de pat. pot.* & primi & vlterioris gradus liberos in poteſtate eius eſſe quem vocant ſtipitem, à quo omnes deſcendunt, & igitur poteſtatis huius iure, quos vult liberos dimittit & retinet. Itaque ſi emancipauerit filium, nepotes manebunt in poteſtate *h. §. & l. liberum 28. h. t.* obiicitur tamen, quod eadem ſit ratio liberorum naturalium & adoptiuorum *arg. pr. h. t.* atquin emancipato filio adoptiuo, etiam nepotes ex eo nati licet durante adhuc adoptione ſimul exeunt ex poteſtate per *l. ſedetiam 14. de adopt.* nam apparet ex *l. 13. præc.* intelligi emancipationem filii, non nepotis, vt male putauit *Ioan. relatus ab Acc.* & fere magis probatus. Itaque ratio differentiæ erit, quod longe facilius diſſoluitur ius quæſitum per adoptionē: adeo cum ex ea pendeat totū ius patris adoptiui, poſtquam per emancipationem totum illud ius perit, perinde ac ſi numquam adoptio facta eſſet, conſequenter nec filius nec nepos in poteſtate amplius eſſe poſſunt. Illud videndum eſt, an oporteat hic liberorum voluntatem concurrere, aut an etiam inuiti poſſint emancipari. Equidē emancipatio in beneficio iure noſtro ponitur *l. 1. in pr. ſi à par. quis manum.* ex quo precii vel præmii pro emancipatione, mentio in §. *hoc quoq; infr. lib. 2. tit. 9.* vt fruſtra videatur quæri, an inuitus accipiat beneficium, quod nemo in dubio recuſare intelligitur. Verum ſi ex iure antiquo diſputemus, quo emancipatus ab omni ſuccedendi iure ab inteſtato penitus excludebatur, non leuis eſt dubitandi ratio: & omnino poteſt quis malle manere in familia & domo patris, quam extra eam eſſe, ſub incerto euentu acquiſitionis bonorum. Et conſtitutum plane eſt nouiſſimo iure *N. 89. cap. XI.* inuitos filios non emancipari: quod tamen ibi non tamquā nouiter ſancitum, ſed quod ante obtinuerit, Iuſtin. proponit: & probatur ſine idem ex conſtitutione Anaſtaſii in *l. pen. C. de emancipat.* quod liberos conſentire oporteat, quin & *Paul. 2. ſent. 25. inf.* ſcribit, filiumfam. inuitum non emancipari. Sed in contrarium mouetur *Iaſon in addit. ad Porc. ad pr. tit. præc.* & quod inuitus potuerit ante † Iuſtinianum emancipari 2 filius, probat initio ex *l. pen. C. de adopt.* vbi Iuſtin. tollit effectum adoptionis in perſona extranei, eo quod eueniebat, vt filius adoptatus amitteret hereditatem vtriuſque patris, ſi videlicet fuiſſet emancipatus poſt mortem patris naturalis. Quod ſi vero ipſius filii conſenſu hæc emancipatio facta ponatur, & conſenſus ipſius ad hoc omnino neceſſarius ſit, non erat quod ob iſtam rationem ius vetus emendaret Iuſtinianus, cum debeat imputari filio, qui conſenſit, & vt habet vulgata regula, damnum quod quis culpa ſua ſentit, ſentire non intelligitur. Deinde adducit textum in *l. quidam 132. in pr. de V. O.* vbi ſi quis filium in adoptionem dederit, & ſtipulatus fuerit pœnam, ſi eum aliter quam filium tractauerit: & poſt eū pater adoptiuus, exheredauerit, aut emācipauerit, committi dicitur ſtipulatio. An forte conſenſus filii non poteſt adimere patri naturali ius quæſitum? Sed ſane ſi filius voluit, non poteſt dici tractatus aliter quā filius: & cetera vrgent, quod ait ICtus ſolere patres hæc circa filios facere, vt illos exheredent, aut emancipent, vtriq; autem inuitus exheredatur. Accedit 3. quod in materia impuberis arrogati, de qua in § 3. *tit. præced.* tractatur, ſi eum pater ſine cauſa iuſta emancipauerit, cogi relinquere

quartam bonorũ: ad quod eum obſtringi abſurdum eſſet, ſiquidem conſenſu filii emancipatio fieret. Accedit vetus illud ius poteſtatis: vt quem vendere ius habeo, etiã inuitum vendere poſſum, veluti nõ dubitatur inuitiſſimos ſeruos vendi poſſe. Verum poſtquam imaginariæ tantum factæ ſunt venditiones, iſta ratio ſufficere non poteſt: & datio in adoptionem itidem per venditiones fiebat, vt ſupra diximus, & tamen diſſentiens expreſſe in adoptionem dari non poterat *l. in adop.* 5. *l. neq.* 24. *de adopt.* Idem ſtatuam in emancipationibus, vt oporteat filium non diſſentire & contradicere, non autem neceſſum ſit expreſſe conſentire: itaq; ſi filius pudore aut metu reuerentiali non contradicat, valebit emancipatio: ſed & qui teneræ ætatis eſt, poteſt blãditiis induci, vt ne emancipationi contradicat: ſed & ſicut infans in adoptionẽ dari, ita & emancipari poſſe docet *d. l. pen. in f. C. de emancipat.* multo magis paulo maior infante impubes, *l. pupillus* 239. *in pr. de verb. ſig.* in quo tamen verus conſenſus eſſe non poteſt: & quod de quarta impuberis arrogati dicitur, ad eum caſum pertinere videtur, quo ille quoq; adhuc impubes eſt emancipatus.

TEXTVS.

8. Sed & ſi pater filium, quem in poteſtate habet, auo & proauo naturali, ſecundum noſtras conſtitutiones ſuper his habitas, in adoptionem dederit, id eſt, ſi hoc ipſum actis interuenientibus apud competẽtem iudicem manifeſtauerit, præſente eo qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo qui adoptat: ſoluitur quidem ius poteſtatis naturalis, tranſit autem in huiuſmodi parentem adoptiuum, in cuius perſona pleniſſimam eſſe adoptionem ante diximus.

COMMENTARIVS.

1 *An tacens pro conſentiente.*

Istud hic recte referri ait Hottom. quia Iuſti. nouum modum adoptandi introduxerit: ceteroquin pertinere ad modum emancipationis: nam & in adoptione emancipationes interueniſſe. Sed nimirum finis & ſcopus differentiam facit: & emancipatio in ſpecie toto iure noſtro dicitur, vbi hoc agitur, vt filius ita exeat è poteſtate patris, vt non redigatur in poteſtatem alterius, & fiat ſui iuris, quod in adoptione ſecus eſt. Principaliter quoq; *h. t. vt ex pr.* apparet, tractatur de modis ſoluendæ poteſtatis patriæ, ſicut *ſub tit.* 5. *ſup.* de modis poteſtatis dominicæ ſoluendæ: vt ſerui liberi, & v. c. filii ſui iuris fiant: itaque iſte modus quo filius ex poteſtate vnius transfertur in aliam, obiter ſaltem hic referri videtur.

Auo vel proauo.] Hæc enim demum adoptio eſt plena & perfecta, iuxta dicta in §. *ſed hodie tit. præc.* ſi alteri dederit in adoptionem, manet integra poteſtas patris naturalis. Et propterea etiam in *pr.* addidit ſi pater filium *quem in poteſtate habet*, extraneus enim adoptans in poteſtate non habet: itaq; nec alteri talem filium in adoptionem dare poterit.

Id eſt ſi hoc ipſum.] Hoc tradendum erat *titul. præced.* quæ hodie ſit forma adoptionis: diximus ad *pr. eius tit.* Ceterum ex verbis, *actis interuenientibus* colligunt Interpp. hic, requiri ſcripturam. Sed puto intelligere Iuſtin. vt hoc fiat apud magiſtratum, apud quem ſolent confici acta. Plane tutius erit, vt hoc in actis conſcribatur: & communiter receptum eſt, requiri ſcripturam de eſſentia, vt late *Ang. hic n.* 1. & 2. quod non eſt improbabile, poſtquam veteres ſolemnitates ſunt ſublatæ.

Præſente & non contradicente.] Paulo ante diximus hoc requiri, vt adoptandus conſentiat: & conſentire dici, ſi taceat & non contradicat. Qua occaſione Dd. tractant hoc loco, An qui taceat, intelligatur † conſentire. Non eſt huius loci, iſtud plene tractare dicam, hoc ſaltem: Tacere eſſe negatiuum quiddam, imo in eo nihil eſſe per ſe aut conſenſus aut diſſenſus, quæ poſitiuum aliquid ſignificant, vnde ICtus in *l. qui tacet* 184. *de R. I.* ait, eum qui tacet, nec fateri, nec negare. Sed aliquando ex taciturnitate 1

tate

tate præſumi ur adſenſus, veluti in noſtro caſu, ſiquidem ius dandi in adoptionẽ, aut emancipandi pendet fere à iure poteſtatis: & vbi in alicuius præſentia quid tractatur, ex quo alteri aut exceptio aut etiam actio quæratur, quod ille præſens, diſſenſu ſuo impedire poſſit, præſumitur vtiq; negotii adprobatio, ex quo eſt, quod qui pro ſe præſente al quem patitur fideiubere, præſumitur mandare *l. ſemper 60. de R. I.* Itaque recte Ioh. Fab. negat in taciturnitate eſſe conſenſum, ſed ait, quod, ſi accedat ad taciturnitatem aliquid extrinſecum adminiculum, tunc præſumatur conſenſus. Itaque vbi ſufficit ſcientia, ibi taciturnitas ſola ſufficit, vt in *l. 1. §. ſcientiam. de trib. act.* contra vbi requiritur expreſſus conſenſus, ſufficit numquam, velut hic notat etiam *Fab. & Mynſ.* qui affert etiam plura exempla, quibus præiudicium fit tacenti, quæ v. & Ioh. de Plat. hic, vbi ait, quod quando aliqui diſponunt & agunt de aliquo tacente aut iure & re eius, præſumi illum conſentire, ſecus quando agitur de diſpoſitione alicuius inducend: & plene diſtinguit *Angel. hic n. 3.*

TEXTVS.

9. Illud autem ſcire oportet, quod ſi nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium poſtea emãcipaueris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea naſcitur in poteſtate tua naſcitur. Quod ſi poſt emancipationem vel adoptionem cõceptus fuerit, patris ſui emancipati vel adoptiui poteſtati ſubiicitur.

COMMENTARIVS.

CVm quæritur in cuius poteſtate naſcatur nepos ex filio, non natiuitatis, ſed conceptionis tempus ſpectamus. Rationem reddit Theoph. quoniam in iuſtis nuptiis ſpectetur tempus conceptionis: forte quia cenſetur exinde ius quæſitum auo: & ita aliis quoq; caſibus obſeruatur: veluti in eo qui conceptus eſt antequam pater Senatu moueretur *l. emancipatum 7. inf. pr. de Senatorib.* item eo qui ante patris deportationem conceptus eſt *l. ex facto 17. §. ex facto 5. ad Trebell.* Et an igitur, qui conceptus eſt ex homine ſui iuris, & natus poſtquam ſe dedit adrogandum, non erit in poteſtate patris adrogatoris? Puto omnino eſſe, vtique enim cum ille omnimodo naſcatur in poteſtate patris ſui, fieri non poteſt, vt ſit extra poteſtatem aui adrogatoris, cum adrogatus in poteſtate patris adrogantis exſiſtens liberos ſuos in poteſtate habere non poſſit. Igitur ſunt ponendi termini habiles. Occurrit hic autem ſingularis modus, quibus quis amittit poteſtatem: quam habet in liberos, præter eum qui ponitur in *§. praeced.* nimirum ſi quis ſe dederit adrogandum. Ita enim cum ipſe cum liberis tranſeat in poteſtatem *§. pen. tit. ul. prae.* conſequenter ipſe liberos ſuos in poteſtate habere deſinit. Aut an ille ſimul liberos in poteſtatem dediſſe intelligitur? vtique non omnimodo amittit ius poteſtatis, vt in *§. prae.* Sed potentia illud retinet, quæ ſe exerit patre adrogato mortuo, aut ſecuta emancipatione, per ea quæ diximus ad *§. admonendi ſup. h. t.*

TEXTVS.

10. Et quidem neq; naturales liberi, neque adoptiui vllo pene modo poſſunt cogere parentes, de poteſtate ſua eos dimittere.

COMMENTARIVS.

1 *Monachiſmo an tollatur poteſtas.*
2 *An per matrimonium.*

RAtio certa eſt à ſummo iure poteſtatis, quod ex Lege Romuli patres in liberos acceperunt. Sed idem erit, vtcunque ex ratione iuris gentium diſputes, & de qualicunque poteſtate quam parentes in liberos habent. Nec obſtat quod ſup. diximus ad *§. 2. de pat. pot.* poteſtatem patris in liberos eſſe quaſi regiam: Etenim Rex fere ex conſenſu ſubdi-

Digitized by Google

ſubditorum imperare cenſetur: at pater ex natura quaſi poteſtatem ſuam habet: ſed nec ſubditis ſimpliciter eximere ſe poteſtate ſui principis & alio migrare conceſſum eſt *arg. l. Idem* 12. §. 1. *de excuſat. iunct. l.* 4. *C. de iur. fiſci.* de quo hic non eſt tractandi locus. Rurſus liberi ſiue ab initio ſui iuris, ſiue poſt facti, non rediguntur inuiti in patriam poteſtatem *l. vlt. de his qui ſunt ſui iur.* N. 89. *cap.* 11. ſed nec inuiti exire coguntur ex poteſtate, iuxta dicta *ad §. admonendi.* ſed non eſt idem vtique INVITI gradus: vbi emancipantur liberi vel adoptantur, ſufficit eos non contradicere. Atquin certum eſt ſine expreſſa voluntate patris non poſſe eos exire ex poteſtate per emancipationem.

Vllo PENE *modo.*] Ait hoc de liberis naturalibus & adoptiuis. In adoptiuis facilius hoc accidit, maxime in impuberibus arrogatis *l. nonnumquam* 32. *de adopt.* ceteroquin iuſta cauſa eſt vt filius petat, & pater cogatur emancipare, ab improbitate patris, ſi liberos ad turpitudinem adigat, vel nimis duriter tractet *l. vlt. C. de ſpectac. l. lenones* 12. *C. de Epiſcop. aud. l. vlt. ſi à par. quis manum.* Et denique ſi ſub conditione emancipandi quid relictum & agnitum ſit *l. ſi cui* 92. *de condit. & demonſtr.* Ex aduerſo notant hic Dd. quod filius offendens patrem poſſit cogi, vt emancipationi aſſentiatur: contra quod tamen probabiliter diſputat *Ang. hic in fin.* quoniam & ipſe pater iure poteſtatis, aut per iudicem poſſit coercere improbum filium: ceterum ſi filius acceperit legatum, ſub hac conditione relictum, vt emancipari ſe patiatur, & ipſe Ang. conſentit cogi conſentire filium volenti patri eum emancipare, qui tamen caſus procul dubio rarior eſt.

Colophonis loco libet annotare, an Mo-
1 nachiſmo vel † matrimonio ſoluatur patria poteſtas. De illo affirmat Angelus, negat Ioh. Faber. Ego Angelum magis probo: quoniam à negatis effectibus, negatur cauſa. Præcipuũ ius poteſtatis LL. Romanis eſt, vt iure Quiritium vindicare filium poſſit, *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* atquin filium qui ingreſſus eſt monaſterium, pater abducere inde non poteſt: tum nec pater coercere filium monachum, nec adquirere quidquam per eum poteſt: ſed iſta iura Abbatis ſunt & monaſterii, & monachus mundo mortuus eſt, itaque amplius in poteſtati patris eſſe non poteſt.

Quod ad matrimonium attinet, filium qui
vxorem duxerat, iure † Rom. in poteſtate pa- 2
tris manſiſſe liquidiſſimum eſt. Moribus noſtris creditur eſſe quædam ſpecies emancipationis, ſi filius ſeorſim habitationem & familiam habeat. De filia nubente ex iure veteri diſputari poteſt, vbi in manum mariti per coemptionem conuenerat: Verum ſupra *ad tit.* 10. diximus, illa veſtigia iuris veteris nuſquam in corpore iuris noſtri exſtare, ſed certis textibus probari indiſtincte, & filiam quæ nupſit, manere in poteſtate patris: contra quam inepte diſputat *Hottom. ad §. vlt ſup. de pat. pot.* cuius diſtinctio inter matremfam. & matronam, iure antiquiori vera, iure noſtro nulla eſt: & *ad tit.* 10. exploſimus eius errorem, quo *l.* 1. §. *vlt. de liber. exhib.* explicat de caſu, quo nuptiæ ſine patris conſenſu contractæ fuerunt. Textus quibus probatur filiam etiam nuptam eſſe in patris poteſtate, ſunt in *l. patri* 20. *de adulter. l.* 1. §. *vlt. de iniur. ibi vxori filiæfam.* Cui ſi iniuria facta ſit, actio datur patri: *l.* 1. §. 1. *de liber. agnoſc. l. nuptiæ* 18. *de ritu nupt. l. ſi vt* 7 *C. de nupt.* vbi diuortio facto in repetendis nuptiis requiritur conſenſus patris: & apertiſſime quod innumeris locis tractatur de iure patris in repetenda dote, vbi filia eſt vel ante mortem fuit in poteſtate *l.* 2. §. 1. *l. quotiens* 29. *ſolut. mat. l. eas* 8. *&* 9. *de cap. min.*

AD TITVLVM XIII.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE TVTELIS.

TEXTVS.

Tranſeamus nunc ad aliam diuiſionem perſonarum. Nam ex his perſonis, quæ

quæ in poteſtate non ſunt, quædam in tutela ſunt, vel in curatione, quædam neutro iure tenẽtur. Videamus ergo de his, quæ in tutela vel curatione ſunt: ita enim intelligemus ceteras perſonas, quæ neutro iure tenentur. Ac prius diſpiciamus de his, quæ in tutela ſunt.

COMMENTARIVS.

HÆc vtique ſubdiuiſio eſt. Et nimirum membrum vnum diuiſionis ſub *tit.8.ſup.* explicatum hactenus eſt, eorum qui ſunt alieni iuris, & hi vel ſerui, vel filijfam. quorũ ſtatus in præmiſſis explicatus eſt. Sequitur alterum. Hi qui ſunt ſui iuris; qui ad modum hic propoſitum diſtinguuntur. Et nimirum iſtæ perſonæ vel omnino ſibi relinquuntur, vt ſe ſuaque bona tueantur ipſæ & adminiſtrent; quædam aliorum opera indigent; & ſunt vel in tutela, vel in cura.

Videamus ergo de his.] Eodem modo egit *ſupra tit.* 8. *in fin. princ.* explicatis perſonis quæ alieni iuris ſunt, apparituram quæ ſint ſui iuris. Ita hic explicatis quæ ſunt in tutela vel cura, vltro conſtiturum, quæ neutro iure teneantur, nimirum præter hactenus enumeratas, reliquæ omnes. Ratio ipſa ſuadet, vt prius agatur de his, qui ſunt in tutela.

TEXTVS.

2. Eſt autem tutela, vt Seruius definit, vis & poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem ſe ipſe defendere nequit, iure ciuili data ac permiſſa: Tutores autem ſunt, qui eam vim ac poteſtatem habent: exque ipſa re nomen acceperunt, itaque appellantur tutores quaſi tuitores: ſicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.

COMMENTARIVS.

1 *Caput liberum quod.*
2 *Pupillus quis & quotuplex.*
3 *Æditui an recte.*

EST *vis atque poteſtas.*] Theoph. videtur legiſſe *Ius*, reddidit enim, δικαίον τι: *& Harmen. 5.tit.11.in pr.* Sed tamen mox Theoph. in verſ. ſeq. vbi legitur, *tutores ſunt qui eam vim.* reddidit, οἱ τὴν εἰρημένην δύναμιν καὶ ἐξουσίαν. qui dictam vim (neque enim propter verbum ſeq. aliter explicari poſſe videtur) & poteſtatem. Et δυνάμεις vim vel facultatem ſignificat; vt plane inepti ſint, qui hic violentiam quandam ſibi imaginantur; Ita enim vim mentis, ingenij, & infinita alia dicimus; itaque non placet, quod Hottom. id verbum eo refert, quod pupilli etiam inuiti accipiant tutores. Et omnino nihil refert, ſiue ius, vim, poteſtatem aut facultatem dicas; neq; ICti hoc egerunt, vt accuratas definitiones ex Logicorum præceptis nobis concinnarent, ſed vt eſſentiam rerum exprimerent, itaq; & futilis obiectio eſt, quod definitio bona non debeat habere duplex genus.

Eſt poteſtas.] Si conferas princ. huius tit. apparet ὁμωνύμως vſurpari verbum poteſtatis: ſiquidem Iuſtinian. in princ. eos qui in tutela ſunt, negat eſſe in poteſtate, quæ alias eſſet contradictio; Nimirum in d. princ. ſumitur in ſpecie pro ea quæ in dominicam & patriam diſtinguitur, in *prin.ſup.tit.* 8. At in *h.* §. 1. latius ſumitur, & pro ea poteſtate, quæ non ſicut illa magis ad commodũ imperantium, ſed ad pupilli commodum directa eſt, ſicut & alias verbum poteſtatis latius vſurpatur paſſim.

In capite † libero.] Alibi quoque defendi, 1
hæc verba accipienda de pupillo: (quę eſt explicatio *Acc.Hott.Mynſ.Weſemb.Baronis*) qui recte dicitur caput liberum, oppoſitiue ad ſeruum, qui in tutela non eſt; quin & ad filiũfam. ſi veterem illam ex L. Romuli poteſtatem attendas; qua conſideratione ideo non poterũt iſta referri ad tutorem, quia hic poteſt etiam

eſſe filiusfam. Hinc in *l. ſi filius 8. de probat.* filius qui ſe negat eſſe in poteſtate, contendere dicitur, ſe liberum eſſe: & ita pupillum appellat *Gell. libr. 5. cap.* 19. caput liberum fidei tutorem commiſſum. Nec ſolæciſmum facit hæc formula loquendi; quin ita veteres loqui amauerunt, vt in illo 12. tabb. ſi furioſus exiſtit, agnatorum gentiliumq; in ea pecuniaque eius poteſtas eſto. Nec articulus ſequens *QVI* refertur ad *CAPVT*, ſed ad proxime antecedens *EVM*, ſicut nec particulam iſtam *EVM* neceſſe eſt ad *CAPVT* referri. Et ſatis conſtat, ſeruum omnium munerum ciuilium incapacem eſſe; obiectum autem tutelæ omnino plane in definitione proponendum erat; tum etiam verbis iſtis pupillum deſignantibus verbum poteſtatis alias ambiguū coarctatur, ad poteſtatē in homine qui eſt ſui iuris qui enim eſt alieni iuris ſiue in patria, ſiue in dominica poteſtate, in tutela eſſe non poteſt, quod ipſum & *Theophil. in princ. tit.* monet.

Ad tuendum eum.] Hic eſt finis tutelæ; & ſimul hoc innuitur, tutorem dari principaliter perſonæ non Rei, de quo plura in ſeqq. Diſtinguitur n. hoc modo tutela à patria poteſtate, quę ſignificat ius patris in coercendo & adquirendo per filium; & plane eo modo ad tuendum filium non pertinet, quo tutela ad pupillū tuendum; ex quo etiam eſſe videtur, quod nec autoritate patris impubes filius obligari poteſt *l. vlt. §. 2. d. V. O. §. pupillus 9. in fin. inf. de inutil ſtipul.* Vbi dicemus.

Qui per ætatem.] Notant hanc eſſe differentiam tutelæ à cura. Et an igitur pubes ſeipſum per ætatem defendere poteſt? Vtique non ei fini tutela introducta videtur, vt ab iniuſta violentia, quæ in Republ. bene conſtituta nemini, ne dum pupillo infertur, pupillus ſit tutus; & præcipua pars defenſionis in iudicio requiritur: nec minus pubes etiā hic defenſione opus habet, cum legitimam perſonam vtiq; in propria cauſa ſtandi in iudicio non habeat. An dicimus defenſionem pupilli omnino debere fieri per tutorem; nōque minoris per curatorem ordinarium: ſed ſufficere quemuis curatorem ad litem, ex quo nec omnes minores indigent curatore vniuerſali, de quo *inf. de curat.* Plane cura poſita eſt in adminiſtratione bonorum, & curator non perſonæ, ſed Rei dari dicitur. Alia ratione hoc recte refertur inter differentias tutelæ & curæ; quod omnis tutela eſt propter defectum ætatis; non autem omnis cura: cum & quidam maiores 25. annis accipiant curatores, de quo *infr. d. l.* Atque ita etiam ſeparatur à poteſtate patria, quæ ætate liberorum non finitur; curatores autem minoribus quoq; propter eorum infirmam ætatem dari (ſed nimirum propter quam nec dum adminiſtrare bona poſſunt ſua) probatur ex *l. 1. §. vlt. cum l. ſeq. de minorib. l. quod ſi 14. §. curatori 7. de ſoluto l. 4. §. vlt. rem pup. ſalu. for.*

Cum autem obiectū tutelæ ſit pupill⁹, locus hic poſtulat, vt & de † pupilli definitione & 2
diſtinctione hic quædam proponamus, cum nullus cōmodior iſta tractandi loc⁹ occurrat. Pupillus in hac materia eſt perſona impubes ſui iuris; quomodo & definit in *l. pupillus 239. de verb. ſign.* & innumeris locis, & cū dicimus, pupillum ſine tutoris autoritate non obligari *l. obligari 43. de obl. & act.* nec aliter hoc verbum accipitur, cum dicimus pupillares tabulas, pupillare teſtamentū; quia iſta nullam vim habent, nec de ijs quæritur, niſi poſtq̃ morte patris filius ſui iuris factus eſt. Interdum tamen hoc verbū tantum ætatem notat, & eum quoque cōprehendit, qui eſt in poteſtate patris *l. vlt. §. pupillus 2. de V. O.* Pupillorum tres ſpecies ſeu gradus potius ab ætate conſtitui ſolent, ex *d. §. pupillus 9 inf. de inutil. ſtipulat.* infantis, proximi infantiæ, & proximi pubertati, vbi vltro apparet, alio ſenſu dici proximum pubertati, alio proximum infantiæ: Illum qui necdū pubertatem attigit; hunc, qui infantiā eſt egreſſus; nec aliter poteſt, quippe cum à prima natiuitate dicatur infans. Receptum porro eſt apud Doctores, infantiam dici vſq; ad ſeptimū annum, per *l. ſi infanti 18. in pr. C. de iur. delib.* cū quo conuenit *l. 1. §. 2 de admin. tut.* Cum autem infans dicatur qui fari non poſſit, & ipſa pro-

prie-

prietate verbi & textib. quoq; iuris *l. 1. in pr. de V. O. l. 3. §. 2. de tutelis l. 2. & l. ſeruum 6. rem pup. ſalu. fore. l. mulier 70. de V. O.* Vtiq; conſtat ante ſeptimum ætatis annum, quin tertio aut altero quoq; anno pueros loqui poſſe. Itaq; dicendum eſt, loqui, intelligi emphatice, ita loqui, vt aliquomodo diſcernere poſſint, & intelligere quid loquatur, & agatur, quomodo hoc explicat *Theoph. in d. §. 9. inſ. de inutil. ſtipul.* τοῦτο (loquitur de eo qui ſeptimum annum agit) ὃ καὶ ἐκφωνεῖν δύναται τὰ ῥήματα, ἀλλὰ διαγνῶναι οὐ δύναται ὅτι ποτὲ νοεῖ τὰ λεγόμενα. Hic quamuis eloqui verba poſſit, tamen nequit diſcernere, quid ſibi velint ea quæ dicuntur. Ab hoc igitur tempore, & impleto ſeptennio incipit altera pars pupillaris ętatis, quę dicitur infantiæ proxima, vbi aliquid intelligere incipiunt pupilli, vt ex eo perſpicuum eſt, ꝗ hac ætate recte contrahuntur ſponſalia, *l. in ſponſalib. 14. de ſponſalib.* quæ vtiq; requirunt aliquem conſenſum. Itaq; quod Iuſtin. *in d. §. 9.* ſcribit huiuſmodi quoq; pupillos nullũ habere intellectũ; vel de intellectu perfectiore vel cõparatiue accipiendum eſt, dũ hi pupilli cũ alijs cõferũtur; quo ſenſu & ſecundũ ſubiectam materiam dictũ eſt in *§. 1. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt.* de omnib. pupillis, nullũ eſſe eorũ animi iudicium. Ceteroquin in his pupillis & in altero gradu huiꝰ ætatis eſſe aliquid intellectus, ex ipſo *d. §. pupillus 9. inf. de inut. ſtip.* ꝓbatur, vbi idẽ ius illis tribuitur ꝗ pubertate proximis; nimirum, vt ſibi alios obligare, & ſe quis cũ tutore recte agere poſſint; de quib. agitur in *l. in negotiis, 5 de Reg. iur.* vbi dicitur, pupillos qui fari poſſunt, omnia recte agere poſſe: namq; ibidẽ additur, eos nõ intelligere actum, ad veram & perfectam intelligẽtiam referendũ eſt, & ſatis eſt intelligere eos quod loquuntur; quomodo etiam accipitur in *l. 6. rem pup. ſalu. fore.* non intelligere eum quid agat, quamuis ibi ſaltem pro ſolemnitate interueniat ſtipulatio; in cuiuſmodi terminis etiam infans cum tutore aliquid agit in *l. ſeruo 65. §. 3. ad SC. Trebell.* quoniam etiam in hoc aliquis eſt ad rem adſectus, ex quo rem donatam adquiri infanti, quo ad poſſeſſionem corpore, traditum eſt in *l. 3. C. de adq. poſſ.* Itaq; diuerſo reſpectu poteſt pupillꝰ proximus infantiæ dici nõ intelligere quod agitur, vt *ſup. dd. textib. & in l. 1. §. huic 13. de O. & A.* & tamen aliqua intelligere, quomodo in *l. 1. §. 3. inſ. de adq. poſſ.* ibi, *ſi eius ætatis ſint, vt intellectum capiant*, vt ſcilic. aliquid intelligant, vbi & hoc notandum, fauorabiliter quædam admiſſa eſſe, præter rigidam iuris rationem, veluti quod infans tutore autore poſſidere poteſt, quod vtilitatis cauſa receptum dicitur *l. quamuis 32. §. 2. de adq. poſſ.* Ceteroquin vt pupillus quid faciat tutore autore, ipſum quoq; intelligere aliquid neceſſe eſt. Et igitur vt concludamus eſt pupillus quidam infans, quidam proximus infantiæ, non infans, vt dicitur in *l. pen. de manum. vind.* Et adeo conſequenter, vt initio propoſuimus, ſunt tres gradus pupillaris ætatis, nam de tertio, proximo pubertati, quam fere ætatem 12. aut circiter anno definiunt, non dubitatur; quin talis pupillus omnimodo etiam intelligat quod agatur, qui & doli capax dicitur *l. pupillum. 111. de Reg. iur. l. impuberem 23. de furtis.* de quo accipienda *l. 5. §. 2. in fin. ad L. Aquil.* Hoc adieciſſe voluimus breuiter: nam omnia quæ circa pupillos diſputantur; hic tractare, loci iſtius non eſt. Iam in textu pergamus.

Iure ciuili data ac permiſſa.] Dicitur iuris ciuilis, ſicut & nuptiæ & patria poteſtas ſucceſſiones, teſtamẽta, &c. ad ius ciuile referũtur, quę tamen eſſentia ſua ſunt à iure gentium; & teſtatur ipſe *Iuſtinian. in §. pen. inſr. de Attil. tut.* vt impuberes ſint in tutela, iure naturali conueniens eſſe; quod & pleraſque gentes ſecutos eſſe haud dubium eſt; & de Athenienſibus teſtis eſt oratio inſignis *Demoſthenis contra Aphobum.* tutorem ſuum; multa autem propria habet tutela apud Romanos, propter quę non immerito ad ius ciuile refertur. Rurſus iure ciuili aut directo, aut per conſequentiam, vt loquitur ipſe *Vlpian. tit. 11.* & exemplum eſt *inf. tit. 17.* Et amplius iure ciuili ſiue Legib. veterib. aut nouis, vt ex ſeqq. patebit. Ait *Data & permiſſa*, vbi verbum *permiſſa* videtur omnimodo deſignare teſtamentariã,

Digitized by Google

arg. §. *ſeq. in princ.* Verbo *permiſſum*. Verbum data, pertinet ad tutelã legitimam, quippe quæ immediate conſtituta eſt per L. 12. tabb. cuius tamen verba in hanc rem non exſtant, ſed atteſtatur Vlpian. *tit.* 11. §. 2. vbi ait per Legem 12. tabb. propalam legitimam adgnatorũ tutelam induci, & L. ex 12. facit tutores *l. legitimos* §. 5. *in pr. de legit. tutor.* Ad permiſſionem autẽ teſtamẽtariæ referri ſolent verba vulgata L. 12. tabb. *vti quiſque legaſſit ſuper pecunia tutel. ſuæ, &c.* Sed & ſub hoc verbo dicendũ fuerit comprehendi datiuã; aut an forte de ea nihil cauit L. 12. tabb. Sed ea poſtea neceſſitate ſuadente acceſſit, ex nouis LL. vt dicetur *inf. de Attil. tut.*

Tutores ſunt.] Argumentum à coniugatis, vna cum notatione tutorum, à tuendo; hoc n. eorum officium eſt, vt ipſa oſtendunt definitionis verba, *ad tuẽdum eum.* Altera notatio, (quæ ꝓ confirmatione additur) & etymologia verbi *Æditui* † ab ædibus ſacris tuendis, nõ caret dubio. Sane ita *Varro 6. de Ling. Lat.* Tutor, inquit, duo ſignificat, vnum ab adſpectu; alterum à curando ac tutela; à quo quidam etiam illum qui curat ædes ſacras, æditumm non æditumum; & *Paulus ſiue Feſtus*: Æditũus, ædis ſacræ tuitor, ſiue curam agens; & *Non. Marc. c. 2. ſub lit. A.* Æditũor, id eſt, ædem tueor; Et tamen verendum, ne ſcribendum ſit, *æditimus*, ita vt TIMVS nihil ſit quam productio verbi, vt olim exiſtimaſſe Seruium refert *Cicer. in Topicis.* & magis probat *Gell. lib 12. cap. 10. Varro 1. de re ruſt. cap. 2.* in pr. *Æditima*, vt dicere didicimus à patribus noſtris, vt corrigimur à recentibus vrbanis, *Æditũo.* Illud ſane videtur inſulſius, quod extat apud Feſtum ſiue Paulũ potius, & Grammaticum Soſipatrum Chariſium; vt æditimus dicatur qui ædem ſeruat, quaſi ædis Intimus.

TEXTVS.

3. Permiſſum eſt itaque parentibus liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, teſtamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo, nepotibus vero neptibusque ita demum parentes dare tutores teſtamento poſſunt, ſi poſt mortem eorum, in poteſtatem patris ſui non ſunt recaſuri. Itaq; ſi filius tuus mortis tuæ tempore in poteſtate tua ſit, nepotes ex eo ex teſtamento tuo habere tutores non poterunt, quamuis in poteſtate tua fuerint: ſcilicet, quia mortuo te in poteſtatem patris ſui recaſuri ſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Tutela hæc pura & mixta.*
2 *Qui non ius habeant dandi.*
3 *Confirmatio duplex.*
4 *Tutor exhæredato datus.*
5 *An mater det tutorem.*

SIcut teſtamentariæ ſucceſſionis & hæreditatis *l. quamdiu* 89. *d. R. I. l. quamdiu* 39. *de adquir. hæred.* ita & teſtamentariæ tutelæ prima & potior cauſa eſt in *pr. inf. tit.* 15. *l. ſi tutor.* 9. §. 1. *in f. de tut. & rat. diſtr.* Ergo pater liberis iure dat tutorem; vnde colligit Hottom. poteſtatis patriæ ius etiam poſt mortem durare: parum ſubtiliter. Nimirum cum pupillus neceſſario habere deberet tutorem vel legitimũ vel à magiſtratu datum, placuit merito, parẽtibus hoc potiori iure permitti, qui optimũ conſilium pro liberis capere intelliguntur. Tutorem autem dant parentes

Liberis impuberibus.] Hi enim tantum egent tutore: puberes non habent tutorem ſed curatorem, quem an pater teſtamento dare poſſit, tractatur in §. 1. *infr. de curatorib.*

Quos in poteſtate habent.] Legimus autem tutorem etiam dari emancipatis §. *vlt. infr. h. t.* Item naturalibus liberis *l. vlt. C. de conf. tut. l.* 7. *D. eod.* Item tutorem dari à matre *leg.* 4. *d. teſtam. tut. l.* 4. *C. eod.* imò ẽt à patrono, pátruo, vel alio extraneo *l.* 1. §. 1. *l.* 5. *de conf. tut.* Legimus ẽt codicillis ab inteſtato dari tutorem *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.* aut teſtamento non iuſto ſiue imperfecto *l.* 3. *de confirm. tut. l.* 2. *C. eod.* cum tamen hoc

Digitized by Google

hoc §. requiratur, vt detur tutor teſtamento,
quod intelligitur iuſtum & perfectum. Quæ
vt expediantur, ita diſtinguendum ſtatuo,
quod tutela teſtamentaria alia eſt pura, alia
1 mixta: puram dico, † quæ ex ſola diſpoſitio-
ne vltima citra aliud adminiculum vires ſu-
mit. Hoc an locum habeat ex tribus æſtima-
tur, ex perſona dantis, ſi eſt pater, ex perſona
eius cui datur, ſi ſit impubes in poteſtate: &
ex modo dandi, ſi fiat teſtamento perfecto,
iuxta hunc §. in quo omnino agitur de tutela
teſtamentaria pura. Ex his tribus ſi vnum de-
ficiat, fit tutela mixta, & alio adminiculo opus
eſt: Adminiculum iſtud duplex, inſtitutio pu-
pilli, & confirmatio magiſtratus, quod poſte-
rius facit præcipue mixturam, vt ſcil. tutela
partim teſtamentaria, partim datiua cenſea-
tur. Confirmatio iſta rurſus duas habet ſpe-
2 cies; † alia enim eſt ſimplex & nuda adpro-
batio: alia requirit quid aliud; & iſtud aliud
rurſum duplex: & vel eſt inquiſitio, vel ſatis-
dationis exactio præſtatioque. Satisdationem
exigunt tantum minores magiſtratus, *l. tuto-
ris 5. de conf. tut.* de quo *inf. §. vlt. de ſatisdat. tut.*
& vero eam exigere coguntur *d. l. 5.* Maiores
confirmant aut ſimpliciter per decretum, aut
adhibent inſuper inquiſitionem, in bona ſcil.
& mores, an tutor ſit idoneus. Variant ita-
que iſta tum à qualitate magiſtratuum, qui
confirmant: tum, quod præcipue notandum
eſt, à qualitate perſonarum quæ dant tutores:
nam perſonam cui datur, omnimodo opor-
3 tet eſſe pupillum. Et in ſumma † intereſt, an
ille non iure dederit tutorem, (iure enim
κατ' ἐξοχὴν dicitur datus tutor, vbi tutela pure
teſtamentaria eſt, & ſupra relata concurrunt)
cui alias ius dandi eſt ex L. XII. Tabb. an cui
ius dandi non eſt. Ille qui ius dandi habet, vno
nomine eſt pater: qui non habent, ſunt reli-
qui omnes, mater, patronus, patruus, alius
extraneus. Et pater dupliciter non rite aut
iure dat tutorem, ſi dederit codicillis nō con-
firmatis teſtamento, aut alias teſtamento non
iuſto nec perfecto, & ſi dederit tutorē eman-
cipato. Et hoc tribuitur reuerentiæ & iuri pa-
terno, vt tutor datus confirmetur ſimpliciter
§. vlt. h. t. l. 1. §. 2. de conf. tut. vbi additur, *vt pluri-
mum.* quia ex cauſa poteſt adhiberi inquiſitio,
velut in caſibus qui proponuntur *in l. in con-
firm. 8. cum 2. ll. ſeqq. de conf. tut.* Notant limita-
tionem ex nouo iure, vbi teſtamētum vitium
habet, quia factum contra formam *N. 115. c. 3.*
eiuſmodi teſtamento tutor datus, non indi-
gebit confirmatione, quoniam præter inſti-
tutionem cætera autoritate Legis cōfirman-
tur. Vix autem puto recte huc referri *l. hac con-
ſult. 21. §. Ex imperf. C. de teſtam.* id enim ad diſpo- 2
ſitionem ſuper bonis pertinet. Et quod dixi
regulariter ſufficere hic ſimplicem confir-
mationem, oſtenditur *l. 3. de confir. tut.* vbi dici-
tur ſatiſdationem remittēdam eſſe, vbi nimi-
rum magiſtratus minores cōfirmant: etenim
vt dixi, vbi maiores inquirunt, ibi minores
exigunt ſatisdationem: quæ loco inquiſitio-
nis ſuccedit: & vbi illi confirmantes non in-
quirunt, ibi hi confirmantes non exigunt ſa-
tisdationem, quamuis exiſtimari poſſit, ma-
giſtratus minores non poſſe confirmare ſine
ſatisdatione; ſicut nec ſine hac dare tutores
poſſunt, quod ſi ita eſt, accipienda erit *d. l. 3.* in
hunc ſenſum, quod iſti tutores non ſint re-
mittendi ad magiſtratus municipales confir-
mandi, ſed ab ipſis magiſtratibus maioribus
confirmari debeant, quod ſuadetur per *§. vlt.
inf. h. t.* Hoc quod ita dixi de patre, procedit in
patre legitimo, qui liberos in poteſtate ha-
beat, quibus codicillis dat tutorē; vel habuit,
cum emancipatis dat tutorem: Secus in pa-
tre non legitimo, qui ſi liberis naturalibus de-
derit tutorem, inquiſitione opus eſt *l. naturali
7. in pr. de confirm. tut.* & de eiuſmodi confirma-
tione accipienda eſt *l. vlt. Cod. de conf. tut* aut di-
ſtinguendum, an pater aliquid iis reliquerit,
de quo caſu eſt *d. l. vlt.* vt tum ſufficiat confir-
matio nuda: an nihil reliquerit, *vt in d. l. 7.* Ego
puto tamen aliud ſtatuendum in filio naturali
ex concubina nato, de quo eſt *d. l. vlt* & omni-
no ibi ſimplicem confirmationem non ſuffi-
cere: aliud in filio naturali qui in ſeruitute ex
cōtubernio, quod eſſentia ſua matrimonium
eſt, ſuſceptus fuit, quem & *Iuſtin. infr. de ſeruili
cognat.* cum iuſtis liberis ad ſucceſſionem ad-

mittit, vt huic poſſit dare tutorem, licet ei nihil reliquerit, vt tamen quia legitimus pater non eſt, requiratur inquiſitio. Ex quo con-
4 firmatur, quod † omnimodo legitime alius pater det tutorem filio exheredato, vt nec confirmatione vlla opus ſit, quoniam (quod vtrumque in patre naturali deficit) & legitimus pater eſt, & filium in poteſtate habet; quo fit, vt etiam exheredato filio ſubſtituere poſſit §. *non ſolum 4. infr. de pup. ſubſtit.* quandoquidem exheredatus & in poteſtate & ſuus manet, vt oſtendemus *ad d.* §. 4. Et probatur iſta ſententia, per *l. 4. de teſtam. tut. iunct. l. ſi pater 31. eod. tit.* vbi pariter prædicatur de exheredato & inſtituto, quod pater eis tutorem dare poſſit. Item probatur ex *l. iure 26. §. 2. d. t.* vbi tutor exheredato datus, vbi pronuntiatum eſt pro teſtamento, ex hoc dicitur eſſe tutor: ceteroquin, ſi contra teſtamentum ſit ſententia lata, vires ſumit ex decreto prætoris, quod propter incertum euentum iudicii interim interponitur. Et quod dicitur *in l. ſæpe 53. in pr. de V. S.* tutorem ſeparatim ſine pecunia dari non poſſe; non ſignificat, quod non poſſit dari tutor ei qui non eſt inſtitutus, vel etiam qui plane nihil accepit: ſed quod nemo poſſit tutorem dare, niſi teſtamento, quo etiam dationis ſuę ritus ſecundum LL. diſpoſuit.

5 Hæc de patre. Mater † & reliqui ex Lege ius dandi tutores non habent, itaque tantum ex humanitate ſuſtinetur datio, ita vt non ſufficiat confirmatio ſimplex, ſed inquiſitio aut ſatisdatio ſit neceſſaria. Humanitatis ratio, & cur hæc datio fuerit hactenus admiſſa, pendet ex eo, quod iſtæ perſonæ pupillos inſtituunt heredes, vt non tam perſonæ quam in rem & quaſi curatorem dediſſe videantur. Hoc ita de aliis extra patrem probatur *in l. 1. §. 1. l. 4. & 5. de confirm. tut.* & in terminis de matre, quod hic opus ſit inquiſitione, (tum quia vt diximus ius dandi ex L. non habet, tum quia, qua ratione Dd. vtuntur, fragile & infirmum eſt muliebre conſilium) & quod oporteat pupillum eſſe heredem inſtitutum probatur *in l. 1. de conf. tut. l. pater 4. de teſtam. tut. l. peto 69. §. 2. de legat. 2.* & aperte *l. vlt. §. vlt. in fi. qui pet. tut.* Itaque *in l. mater 4. C. de teſtam. tut.* quæ contradicit, aut cum Cuiacio negatio expungenda eſt, aut dicendum, aliquando ex cauſa & circumſtantiis poſſe magiſtratum etiam confirmare tutorem, quem mater filio pupillo non inſtituto dedit. Illud inſuper hic monendum, quod licet mater cum ceteris v. c. patruo, patrono, ita conferatur, vt nuda & ſimplex confirmatio non ſufficiat, hanc tamen eſſe differentiam, quod vbi tutor datus eſt à patruo vel patrono, eum magiſtratus maiores cōfirmare non ſolent regulariter, ſed fere remittere cōfirmandum ad magiſtratus municipales, ex quo fit, vt hi tutores, quod onus ſatis graue eſt, cogātur præſtare ſatiſdationem *l. tutores 5. de conf. tut.* at cum tutoribus datis à matre hactenus videtur mitius agi, vt non onerentur ſatisdatione, ſed ab ipſis magiſtratibus maioribus ex inquiſitione confirmentur, quæ ſententia eſt *l. 2. de conf. tut.* quod ſi tamen v. c. prætor & hos remittat cōfirmandos à minoribus magiſtratibus, & hi ſatisdare tenebuntur. Apparet ex his, tutelā teſtamētariam quam dixi eſſe mixtam, non eſſe ęqualiter talem. Nam cum confirmare ſit, quodammodo dare *arg. l. 6. de iuriſdict.* quo plus minuſue eſt in confirmatione, & plus minuſue datio teſtamento facta accepit à cōfirmatione magiſtratus, eo plus minuſue quoque tutela ad teſtamentariam accedit, & teſtamētaria eſt. Et nimirum ſi pater tutorem dedit filio emancipato, vel dedit codicillis tutela magis eſt teſtamentaria, quia ſimplex ſaltem accedit confirmatio & approbatio, & perinde vt in aliis teſtamentariis non opus eſt ſatisdatione: Vbi autem alii dederunt, videtur magis eſſe datiua, quia cōfirmatio fit cum inquiſitione aut e acta ſatisdatione. Itaque inepti ſunt, qui ad hanc quæſtionem an tutor confirmatus magis ſit datiuus quam teſtamētarius, ſine diſtinctione reſpondent. Denique cum mixtum dicatur, quod de duobus pluribusue participet, addendum eſt, in quibus iſta tutela ſit mixta, & quænam trahat à tutela teſtamentaria pura & datiua pura. Prima cauſa huius mixtæ tutelæ eſt ex teſtamento, & hic

tutor

tutor præfertur legitimo arg. *l. idem 27. in fin. pr. de teſtam. tut.* cui alias cedit datiuus, idque interpp. hic communiter probant contra gl. & ab ordine titulorum confirmant; & text. *l. pen. in pr. de curat. fur.* ex quo etiam fit, vt qui recuſat hanc tutelam ſibi delatam, quod teſtamento relictum eſt, perdat *l. Neſennius 32. de excuſat. tut.* Ex aduerſo quodammodo proxima cauſa videtur eſſe à magiſtratu, (quamuis ſane non eſt in arbitrio eius regulariter, an defuncti iudicium ſequatur nec ne, arg. *d. l. pen.* & ibi fortius in terminis curatoris à patre dati) & qui confirmat, quodammodo dare videtur *arg. d. l. 6. de iuriſdict.* cum & hoc occurrit, quoniam ita datus, non obligatur periculo tutelæ ante cõfirmationem *l. 1. C. de teſta. tut. l. 1. & 2. C. de confirm. tut.* quod in vere & plene teſtamentario tutore ſecus eſt *l. 1. §. 1. de adminiſt. tut.* Amplius vbi adeſt verus teſtamentarius, nulliter datur tutor à magiſtratu: at vbi confirmatio requiritur, datio vtilis eſt, *l. 3. C. de conf. tut.*

Si poſt mortem eorum.] Hoc dependet *ex pr. tit. præced.* & quod non ſemel diximus, in filio eſſe potentia patriam poteſtatem in liberos ex ſe natos, quę mortuo vitio deducatur in actum: qui autem mortuo teſtatore ſunt futuri in alterius poteſtate, hi tutores habere non poſſunt.

TEXTVS.

Cum autem in compluribus aliis cauſis poſthumi pro iam natis habeantur, & in hac cauſa placuit, non minus poſthumis, quam iam natis tutores teſtamento dari poſſe: ſi modo in ea cauſa ſint, vt ſi viuis parentibus naſcerentur, ſui heredes & in poteſtate eorum fierent.

COMMENTARIVS.

QVid ſit poſthumus, & quotuplex, & vnde dictus, tractabitur *inf. lib. 2. de exhered. liber.* Apparet hic intelligi eum qui tempore teſtamenti facti adhuc in vtero eſt; & qui quoties de commodo eius agitur, fere pro nato haberi ſolet *l. qui in vtero 7. & 26. de ſtat. hom.* fauorabile autem habetur, vt liberi patris teſtamento accipiant tutores; qua ratione ex *d. l. 7.* vtitur Iuſtin. hic, poſſit autem videri potior ratio à iure & poteſtate patris, in iſtos quoque, qui necdum quidem nati, ſed eius conditionis ſunt, vt ſi tempore teſtamenti naſcerentur vel nati eſſent, ſui heredes eſſent futuri; ex quo fundamẽto poſthumus quoq; ſubſtitui docet §. non ſolum 4. *in fi. inſt. de pupill. ſubſt.* imo & ipſi exheredari poſſunt. §. 1. *inſ. de exhered. liber.* Et iſtis nimirũ poſthumis recte datur tutor, vt docet *Iuſtin. h. §. in verſ. ſi modo.* Talis poſthumus eſt, qui in vtero vxoris eſt, & (cuius gratia præcipue adiectum iſtud eſt, quoniam manente eodem ſtatu teſtatoris non poteſt non talis eſſe qui in vtero vxoris eſt) qui ex nuru vxôre filii, in poteſtate, viuo auo teſtatore tempore teſtamenti iam conceptus, poſt prę-mortuo vel emancipato, aut in adoptionem dato filio, naſciturus eſt; hic enim fit ſuus & adeo in poteſtate, ita vt poſt mortem aui in alterius poteſtatem recaſurus non ſit; ceteroquin non poſſit dici ſuus. Neque enim nepotes quos filius in poteſtate præcedit, aut ſui ſunt, vt tractatur *inf. lib. 2. tit. 19.* Quoniam autem effectus ſuitatis præcipue ſpectatur in hereditate & ſucceſſione, & ſuus eſt quaſi epitheton quoddam heredis, ideo recte hoc §. legitur ſui *heredes* & impudenter illud verbum expungit Hottom. quem etiam aut non intelligo, aut abſurde ſcribit, ſuum eſſe & dici, qui eſt ſui iuris; cum ſui appellatio aliam hic habeat ſignificationem, vt maxime is, qui effectu ſuus heres eſt, non poſſit non eſſe ſui iuris.

TEXTVS.

Sed etſi emancipato filio datus à patre tutor fuerit teſtamento, confirmandus eſt ex ſententia præſidis omnimodo, id eſt ſine inquiſitione.

Ad hunc §. quæ pertinent, dicta ſunt ad §. *permiſſum 3. cap. h. t.*

AD

Digitized by Google

Ad Titvlvm XIV.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

QVI TESTAMENTO TVTOres dari poſſunt.

TEXTVS.

1. Dari autem tutor poteſt teſtamento, non ſolum paterfamilias, ſed etiam filiusfamilias. Sed & ſeruus proprius cum libertate recte tutor dari poteſt. Sed ſciendum eſt, eum & ſine libertate tutorem datum, tacite directam libertatem accepiſſe videri, & per hoc recte tutorem eſſe. Plane ſi per errorem quaſi liber tutor datus ſit, aliud dicendum eſt. Seruus autem alienus iure inutiliter teſtamento datur tutor. Sed ita, *cum liber erit*, vtiliter datur: Proprius autem ſeruus inutiliter eo modo tutor datur.

Commentarivs.

TRactatio de tutela teſtamentaria quatuor capp. abſoluitur, qui poſſint dare tutores, & quibus, qui poſſint dari, & quo modo. Duo priora explicata ſunt tit. præc. poſteriora duo hic exponuntur.

Sed etiam filiusfamilias.] Hoc non proprium eſt tutelæ teſtamentariæ, nam & à magiſtratu filiusfam. tutor dari poteſt *l. ſi filius. 7. de tutel.* De teſtamentaria eſt *L. Lucius 11. de admin. tut.* Legitima autem filiofam. deferri non poteſt; quoniam ſemper eum pater gradu præcedit. Duo autem huic loco obiicit Hotto. 1. quod qui in poteſtate eſt alium in poteſtate habere non poſſit. *l. ſic eueniet 21. de adult.* 2. quod qui omnia adquirit patri, non videatur debere adminiſtrare patrimonium alterius. Prior obiectio perſpicue inepta eſt; quoniam regula d.l. 21. loquitur de poteſtate eiuſdem ſpeciei, non de diuerſa; & poteſtas tutoris homonyme ita dicitur collata cum patria & dominica. Nec difficulter ad poſteriorem reſpondetur; quod nimirum non defectus iudicii aut conſilii facit filiumf. inhabilem adquiſitionis, ſed merum ius poteſtatis ex LL. Romanis; ceteroquin nec adminiſtratio Reipub. filiisfam. eſſet permittenda; atquin cum hactenus patrumfam. loco cenſeantur *l. filiusf. 9. de his qui ſunt ſui iur.* nihil impedit, quominus filiusf. recte bona pupilli adminiſtret; idque exemplo peculii caſtrenſis, & quaſi apparet, in quibus loco patrisfam. habentur filiifam *l. 2. ad Macedon.* cum etiam ſint caſus, quibus aduentitia iure ſuo adminiſtrant, præſertim iure nouiſſimo *l. 7. & vlt. l. de bon. quæ liber. N. 117. cap. 1.* & omnino iſta poteſtas publica magis quam priuata eſt, de quo *infr. de excuſ. in pr.* Et hinc Dd. hic notant, filium ſine conſenſu patris qua tutorem in iudicio eſſe & patrem ſine venia in ius vocare poſſe, nomine quippe alieno; nam alias quod patrisfam. loco eſt, non concludit: cum emancipatus venia opus habeat.

Seruus proprius.] Quod de ſeruis h. §. traditur proprium eſt tutelæ teſtamentariæ; ſeruus enim nec agnationem, nec cognationis iura habet, & à iudice tutor dari nequit. In vniuerſum ita diſtinguendum eſt; quod ſeruus aut datur Tutor teſtamento per errorem, dum teſtator eum putat eſſe liberum; & inutilis eſt datio *h. §. verſ. plane*; ratio generalis, quia error excludit conſenſum & voluntatem *l. ſi per 15. de iuriſdict.* (poteſt autem fieri vt ſeruus meus ſe pro libero gerat, præſertim ſi forte ex cauſa hereditaria obuenerit) aut datur ex certa ſcientia; & hic datur tutor ſeruus vel proprius, vel alienus. In vtroque duplex tractatur caſus; ſi ſimpliciter ſine libertate, *Stichus tutor eſto.* &, ſi cum libertate adſcripta, tutores dati fuerint; qui caſus ſubdiſtingui poteſt, quod aut pure datur tutor, *Stichus tutor & liber eſto.* vel ſub conditione, *Stichus cum liber erit, tutor eſto.* Dicamus primo de ſeruo proprio,

Digitized by Google

prio, certum eſt, eum cum libertate recte tutorem dari: *h. §. in pr.* Certum & hoc, eum inutiliter dari ſub conditione, cum liber erit, *h. §. in fin.* quia cum ſit in poteſtate domini libertatem dare, qui ita diſponit, videtur iocari & ludere; veluti ſi quis dicat, Hæc res ſibi empta ſit ſi voluero, vel, vbi eam vendidero, & quod in noſtra manu eſt & poteſtate, in caſum conferri non debet, vt Theoph. hic ait. quamuis iſtud non ſit perpetuum. Supereſt tertius caſus, ſerui proprii dati tutoris ſine libertate, *Stichus ſeruus meus tutor eſto.* Et Iuſtin. hic ſcribit, eum tacite videri accepiſſe directam libertatem. Sed contra fideicommiſſariam ex hac cauſa competere reſcriptum eſt in *l. etſi 9. C. de fideicomm. liber.* & reſponſum ab *Vlp. in l. ſi hereditas §. vlt. de teſtam. tut.* vbi hactenus comparat ſeruum proprium & alienum; vt ſi pure ſint dati tutores ſine libertate, in vtriuſque perſona defendatur fideicōmiſſoria libertas. Hottom. amplius ex reſponſis Papiniani & Pauli probat, ſeruo proprio competere directam libertatem, per *text. in l. qui tutelam 28. §. 1. & l. quæro 32 §. 2. de teſtam. tut.* quos textus cum ceteris conciliari poſſe negat. Ego exiſtimo olim ſeruo tantum competiiſſe libertatem fideicommiſſariam, idque ex humanitate receptum, cum ſtricto iure datio inutilis eſſet, & maneret ſeruus, quod communius olim in ſeruo ſine libertate herede ſcripto obtinuiſſe ipſe ſcribit *Iuſtin. in § idemque 2. ſup. tit. 6. & in § 1. infr. de hered. inſt.* Quod ſi quæras, ſi pupillus ſolus ſit heres ſcriptus, quomodo ſeruus poſſit peruenire ad libertatem; reſpondetur, vel quod ad hunc actum ſingularem detur extraordinarius tutor, quod & alias cōtingit, de quo *in § certæ inf. h. t.* vel quod pupillus habeatur hactenus pro abſente, vt libertas fideicommiſſaria poſſit repręſentari ex SCto Daſumiano, vt accidit *in l. neque 36. in pr. l. non tantum 51. §. 4. de fideicomm. libert.* atque ita remouetur iſta obiectio, quam late ſatis Theoph. proponit, inepte autem idem dubitat, an hæc ſit iuſta manumittendi cauſa; quæ quia plane eſt ſingularis, ex voluntate teſtatoris procedens, ideo in numero iuſtarum cauſarum ſup. *titulo 6.* relata non eſt: Et hoc quod dixi de SCto, diſerte probat *Paulus 4. ſent. 13. de fideicomm. in fi.* Et ex textibus ab Hottom. citatis nego probari directam libertatem. Et quod attinet *ad d. l. 32. §. 2. de teſtam. tut.* reſpondeo, non quod Cuiac. ex adiectione prænominis *Lucius*, quod liberorum proprium erat præſumi directam libertatem: ſed, quod ibi dicitur, ſtatim & ab hereditate adita ſeruum liberum fieri, non ſignificare, quod directo & citra factum heredis & manumiſſionem fiat liber: ſed cum ibi ſeruus ætate minor, & adeo ad tutelam actu gerendam inhabilis tutor datus eſſet, ſtatim liberum fieri, opponitur tempori legitimæ ætatis 25. annorum, vt fauore libertatis ſeruus ſtatim manumittatur, qui non niſi ea ætate completa, qua gerere poteſt tutelam, quæ cauſa libertatis eſt, manumittēdus videbatur. Porro *d. l. 28 §. 1. de teſtam. tutel.* magis oppugnat ſententiam Hottomanni; quoniam ſi datione tutelæ directa libertas contineretur, ſeruus ante per fideicommiſſum manumiſſus, recta tutor & liber fieret; neque enim dubitari poteſt, quin ſi poſt datam fideicommiſſo libertatem, ſeruum directo liberū eſſe iubeat teſtator, præualeat ſcriptura poſterior. Sed enim in d l. teſtator, tutorem dediſſe ſeruum intelligitur, vt perſiſteret in ante data libertate fideicommiſſaria; quod ideo non recte fieri ait Papinianus, quoniam ea tutela vere & recte teſtamentaria dicitur, quæ ſine alio adminiculo ex ſolo teſtamento competit: quod iſto caſu locum nequit habere, vbi prius ſeruus manumittendus eſt ab herede, antequam ſuſcipiat tutelam. Sed quid dicemus ad hunc §. noſtrum? Et duplicem video tradi ab aliquibus reſponſionem & conciliationem. Vna eſt; quod Iuſtin. hic opponat ſeruum proprium alieno, qui ex ipſius ſententia, ſimpliciter datus tutor, inutiliter penitus datur: ſeruus autem proprius vtiliter; vt eo reſpectu cum proprius ſeruus libertatem conſequatur, videatur ex ipſa tutelæ datione liber fieri, maxime cum Iuſtinianus dicat, Eum VIDERI TACITE conſequi libertatem. Altera non

Digitized by Google

longe hinc abit, quam proponit (*Bar. 1. re o ſim. vlt.* non eſſe ſcopum Iuſtiniani hic tractare quæ & qualis libertas competat ſeruo, ſed tantum quod ei competat libertas, & quidem per ipſam tutelæ dationem, cui datio libertatis ineſt. Nihil ſane mirum ſit Iuſtinianum fauore libertatis aliquid noui ſtatuiſſe; & quidem ad illud exemplum, quo etiam ſeruo inſtituto ſine libertate dat directam libertaté: quo argumento etiam vtitur *in l. quidam, pen. in pr. C. de neceſſ. ſeru. hered. inſtit.* quamuis ex illo ipſo loco modo dicta cōciliatio & explicatio huius §. probatur. Argumentatur enim ibi Iuſtin. à ſeruo ſine libertate tutore dato, ad ſeruum ſine libertate inſtitutum heredem: ait iure hoc inductum (& loquitur de iure anteriori) vt ex ipſa tutelæ datione præſumatur ſeruo conceſſa & impoſita libertas; ſecūdum quem locum hic quoque §. erit explicandus: probauimus autem, ante Iuſtinianum, ſeruo competiſſe libertatem fideicommiſſariam. Nec quiſquam hic vrgeat & obiiciat comparationem ſerui tutoris dati & heredis inſtituti, comparantur enim hactenus vt vterque efficiatur liber, non autem, vt eodem modo. Et differentię ratio manifeſta eſt, tum quod longe plus eſt in hereditatis, quam in tutelæ datione, tum quod ſeruo tutore dato eſt, qui ipſum manumittat: atquin ſi ſeruus ſolus heres inſtitutus ſit, aut ceteri repudient, (quod maxime fit, vbi ſoluendo non eſt defunctus, quæ res huic iuri præbuit occaſionem, vt apparet ex *§. idemque ſupra tit. 6.*) non eſt qui manumittat ſeruum; vt adeo ipſa eo neceſſitas rem deduxerit, vt ſeruus directo liber fieret. cum alias etiam non conueniat, cohæredem à cohærede manumitti; & imo omnem qui iure heres eſſe debet, tempore mortis teſtatoris capacem eſſe oporteat. Illud autem ineptum eſt argumentum Hottomanni, quod qui vult conſequens etiam velit antecedens, & quod teſtator cum ipſa tutela etiam libertatem dediſſe intelligendus ſit. Satis enim dedit, ſi ſeruus per fideicommiſſum manumittitur: tum etiam iſta regula extra terminos ſuos trahenda non eſt; vt vel inde apparet, quod olim frequentius pl[...] paulo ante diximus, ſeruum ſine libertate fruſtra hæredem inſtitutum. Illud quoque ineptum eſt, quod Baro, vt conciliet textus alios cum hoc loco, inter formulam qua teſtator vſus eſt, vult diſtingui; *& d. l. 9. C. de fideic. lib.* ad eiuſmodi caſum reſtringendum, quo v.c. teſtator dixit, Rogo te mi hæres, vt ſeruus meus ſit tutor. Quod pene ridiculum eſt fuiſſe.

Hæc de ſeruo proprio. Paucula de alieno, conſtat hunc recte tutorem dari, *cum liber erit*: Sed ex Iuſtiniani ſententia hoc loco dicendum videtur: inutiliter eum dari, ſiue ita: *Stichus ſeruus Sempronii tutor eſto*: ſiue, *tutor & liber eſto.* Ait enim pure inutiliter tutorem dari; quoniam ſcilicet in eius manu non eſt, nec heredis, vt ſeruus alienus liber fiat. Sed Vlpianus non obſcure & hic putat ex æquitate poſſe ſubintelligi conditionem, *Cum liber erit*, quippe ſine qua tutor eſſe non poſſit, ex quo fundamento defendit & huic ſeruo fideicommiſſariam libertatem *d. l. 10. §. vlt. de teſtam. tut.* ex quo ſupplendus erit hic locus; & ſæpe in Inſtitut. ſummæ rerum, & propoſitiones breues traduntur, quæ ex aliis locis ſunt explicandæ. Qui defendunt ſeruo proprio ſine libertate tutori dato, directam libertatem; reſpondent, quod Iuſtin. ſeruum alienum inutiliter dicat tutorem ita dari, reſpectu ſerui proprii, cui directa libertas competat, cum alieno tantum competat fideicommiſſaria, ſed repugnat, tum quod vbi libertas per fideicommiſſum competit, non poteſt dici inutiliter data: tum præcipue, quod Iuſtin. iſtum caſum opponit alteri, quo ſeruus datus eſt tutor cum liber erit; vbi certum eſt competere tantum fideicommiſſariam libertatem; quo caſu cum dicatur vtilis eſſe datio, conſequenter, quo caſu inutilis eſſe dicitur, nulla libertas competet. Ant. Contius inutiliter ait dari ſeruum alienum tutorem, pure, ſi pure detur, quo ad verba & ſententiam: Licet autem ita datur, *Stichus tutor eſto*, vel, *tutor & liber eſto*, quo ad verba videatur pure datus, tamen non ex ſententia, quoniam

ſub

ſubintelligatur, ſi à domino redimi poſſit, & omnino cum liber fuerit. Sed enim ea quidem eſt ſententia Vlpiani: atquin nimis diuinatorium eſt fingere, in hoc §. intelligi puritatem in verbis & ſententia; nec minus diuinatorium eſt, quod Baro Iuſtin. de eo caſu explicat, quo teſtator voluit ſeruum alienum directo ſtatim liberum eſſe. Quæ nimis commentitia ſunt.

TEXTVS.

2. Furioſus vel minor vigintiquinque annis, tutor teſtamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis aut maior 25. annis fuerit factus.

COMMENTARIVS.

POteſt hoc quoq; referri ad perſonas, quę dari tutores poſſunt, ſed forte rectius ad modum dandi. Docemur enim cum tutor dari poſſit ſub conditione, §. *ſeq.* id non tantum fieri ſub expreſſa, ſed etiã ſub tacita & ſubintellecta. Eſt autem hoc quoq; proprium tutelæ teſtamentariæ: Lex enim pure dat tutorem, itemque magiſtratus *l. muto 6. §. 1. de tutel.* Hactenus ſcil. proprium eſt, quatenus furioſus & minor ſub conditione tacita dati intelliguntur; ceteroquin cum lex ſimpliciter agnatum proximum faciat tutorem, furioſus quoq; & minor ipſo iure tutores erunt; de quo *infr. ad §. pen. de curatorib.* Iſtud de furioſo controuerſum fuiſſe docet *l. ſi hered. 10. §. ſi furioſus 3. de teſt. tut.* & poſſit videri non ſerio agere qui furioſum dat tutorem, quem vtique ſciuit adminiſtrare non poſſe, & patris eſt, proſpicere ſtatim pupillo, ceteroquin potius magiſtratus eæ partes eſſe debent, placuit tamen & hoc patri dandum, vt ſub conditione poſſit dare tutorem, quo modo etiam differtur & ſuſpenditur tutela, & ideo quoque ſub tacita cõditione tutorem poſſet dare, & de datione teſtamentaria procul dubio accipienda eſt *l. furioſus 11. de tutelis.* Quod autem ad minorem attinet, ponendi ſunt termini habiles, vt talis ſit minor, qui ante pubertatem pupilli poſſit 25. annum ætatis implere; ceteroquin ſi forte minor 16. annorum, & pupillus 6. vel 7. annorum ſit, eluſoria erit datio, & tunc protinus dandus erit à magiſtratu tutor. Cur autem minor actu tutor eſſe non poſſit, expedita ratio eſt, quod ipſe, ſi in contractibus læſus ſit, reſtituitur. Et de minore agemus plenius *inf. de fiduc. tut. in fi. & in §. Item minor 13. inf. de excuſ. tut.* vbi refutabimus errorem eorum, inter quos eſt *VVeſemb. hic*, qui olim etiã à magiſtratu, minorem tutorem dari potuiſſe putant. An autem in locum furioſi & minoris, interim detur tutor an curator, attingemus *inf. ad §. vlt. de curatorib.*

TEXTVS.

3. Ad certum tempus vel ex certo tempore, vel ſub conditione, vel ante heredis inſtitutionem, poſſe dari tutorem, non dubitatur.

COMMENTARIVS.

1 *Datio tutoris an actus legitimus, & an ſub conditione.*

HOc quoque teſtamentariæ tutelæ proprium, & viſum eſt hactenus quoque indulgere patriæ poteſtati: Lex ita tutorem nõ dat, nec iudex *l. 6 §. 1. de tutel.* Ex quo notãt dationem † tutoris quæ fit teſtamento non eſſe actum legitimum, quoniam actus legitimi non recipiant diem vel conditionem *l. actus 77. de R. I.* quod quamuis non ſatis liquidum ſit, & lectio dubia *d. l. 77.* tamen & ipſe puto, non dici teſtatorem Lege agere cum dat tutorem, non magis quam cum legata relinquit: Et Lex XII. Tabb. liberam facultatem patri permiſit. Non conuenit autem, vt iudex & magiſtratus actus ſuos ſuſpendat & relinquat imperfectos: & nuſquam legimus prætorem decretis ſuis aut ſententiis adieciſſe conditionem: neq; enim aditur magiſtratus, niſi cum officio eius & autoritate opus eſt in præſenti: ceteroquin non neceſſum eſſet ab eo iam petere curatorem vel tutorem, ſi decretum ſub conditione poſſet ſuſpendi. Addunt vulgo & hanc rationem, quod vbi pater ſub cõditione dedit, ſit, qui interim vicẽ ſuppleat

 & deſi-

Digitized by Google

& defectum, magiſtratus; ſed nullus alius ſit, qui huius ſuppleat defectum. Iaſon tamen in addit. ad Porc. ait hanc rationem eſſe periculoſam, quia ſint plures magiſtratus, qui poſſint tutores dare. Reſpondeo, præterquam, quod hoc vix verum eſt, cum fuerint & Romæ & in prouinciis certi magiſtrat⁹, & ſinguli quibus hæc res curæ erat (excepto eo de quo dicem⁹ *in §.5. infr. de Attil. tut.*) inſuper, poſſit etiã alter & ſecundus adijcere diem vel cõditionem, & ita res nõ haberet exitum; quod enim vni licitum eſſet, alius quoq; iure vſurparet. Et licet plures ponantur magiſtrat⁹, qui in dandis tutoribus concurrant, attamen vno occupante ceteri amplius tutores dare non poſſe videntur.

Ad certum tempus vel ex.] Nimirum vt tempus adiiciatur, & tamquam terminus à quo, & tamquam terminus ad quem.

Vel ſub conditione.] Addendum, & *ad conditionem*, quæ verba forte exciderunt; quæ enim ratio eſt diei, eadem eſt conditionis, & eſt expreſſum *in l. tutor 8. §. 2. de teſta. tut. & in §. ſed & ſi infr. quib. mod. tut. fin.* Hinc autem & quod vbi ſub conditione pater dedit tutorem, interim alius datur à magiſtratu, notant Interpp. limitationis loco ad *l. 6. §. 1. de tutelis*, poſſe magiſtratum ſub tacita conditione tutorem dare. Sed non ſatis ſubtiliter. Intelligitur enim *in d. §. 1.* conditio ſuſpenſiua, vt non poſſit dare ſub & ex conditione; ſed datur tacite vſque ad conditionem; idque ſane hic annotandum eſt: commune quadantenus hoc eſſe tutelæ datiuæ cum teſtamentaria, vt & illa vſque ad conditionem, ſed eam tacitam dari poſſit, & inſuper vſque ad eam conditionem quam habet tutela teſtamentaria. Idem eſt de die, v.c. ſi teſtator iuſſerit aliquem poſt triennium eſſe tutorem: Interim enim tutor datus à magiſtratu, vſque ad triennium tantũ tutor erit; neq; valde mirum, cum ipſa tutela natura ſua tempore finiatur. Idque recte notat Br. *in d. l. furioſus 11. de tutel.* quod exempla *gl. ad l. 6. §. 1. eod.* pertineant ad cõditionem tacitam ſub qua finiatur tutela, non qua ſuſpendatur; & errat procul dubio *gl. in d. l. 6. §. 1.* dum limitationem ad eum locum per[illegible] *l. 11.* quam recte Br. accepit de te[illegible] tela; cui adeo in[illegible] male ſequitur opinionẽ gl. Porro an [illegible] habere tutorem, qui habet datum ex die vel conditione, dicemus ad §. pen. infr. de curat. vbi de Regula, Quod tutorem habenti tutor non datur.

Vel ante heredis inſtitutionem.] Apparet hoc aliunde deſcriptum, nam olim dubitandi ratio erat, quod ante heredis inſtitutionem nihil poterat legari; ſed fauor pupillorum in tutela ſuaſit contrarium; ſed poſt illud ius mutatum, quæ mutatio his ipſis Inſtit. libris refertur *infr. de legatis §. ante 34.* nulla amplius ratio dubitandi ſupereſt.

TEXTVS.

4. Certæ autem rei vel cauſæ tutor dari non poteſt: quia perſonæ, non cauſæ vel rei tutor datur.

COMMENTARIVS.

HOc commune eſt omnibus tutelis. Tutor enim quicunque, datur perſonæ; id arguunt in definitione, verba, *ad tuendum eum, &c.* & ibi Theoph. allegat τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελὲς, imperfectionem ętatis, quod habet *Harmenop. 5. tit. 11. in pr.* vbi addit. τὸ τῆς συνταγίας ἀσθενὲς, (ita n. procul dubio legendũ. Etenim tutor perſonæ quidẽ datur; ex quo eſt, quod ſupra diximus, etiã exheredato poſſe dari tutorem (licet ſane etiã exheredatus alia bona habere poſſit) itemq; quod mater cui ius dandi tutorẽ ex Lege non eſt, dicitur magis in rem q̃ in pſonam dare tutorem *l. 4. de teſtam. tut.* Perinde ac ſi is verus tutor non eſſet; eo quod pater recte dat tutorẽ, licet matri omniũ bonorũ relinquerit vſumfructũ *l. tutores 18. C. de excuſat. tut.* Sed tamen ſi pupillus bona habeat, hic etiã omnino per conſequentiam datus cenſetur *§. dictus 17. inf. de excuſat.* à quorũ adminiſtratione minime ſe excuſare poteſt, q tutelam ſuſtinet, vt apparet vel ex *t. t. de admin. tut.* adeo vt tutor nec poſſit dari perſonæ pupilli deductis reb⁹ *l. cert. 12. de teſt. tut.* ita vt alter bona adminiſtret: quod præſertim ex bonis alendus eſt pupillus.

Et

Digitized by Google

Et vtrumque hoc eleganter expreſſit *Theophil. in §.1.ſup.de tutel.* Vbi tutores eſſe ait, οἷς ἀνάγκη προνοεῖσθαι τοῦ ἀνήβου, καὶ τὰ τούτου φυλάττειν πράγματα, quibus incumbit neceſſitas prouidere pupillo, & eiꝰ res bonaq; cuſtodire. Et in hoc conſiſtit pręcipua differentia tutoris & curatoris, qui principaliter datur rebus & bonis *l. in copulandis 8. de nupt.* Sicut & conſtat curatorem ad vnum actum & vnam cauſam negotiũue dari poſſe, de quo *in §. vlt. infr. de aut. tut.* quod ſecus eſſe in tutela hic §. docet. Plane docet diſerte *C. d. l.8.* quod curator tãtum ſuſtineat rei familiaris adminiſtrationem; cui fini etiam Marcus conſtituit, omnib. minoribus dari curatores, de quo *inf.tit.23.* In perſonã minoris nihil iuris habet. Nec aliud puto curatore furioſi, cum etiam nihil hic ſit quod furioſus gerere poſſit cũ tutore, nec aliud in cura prodigorum, nam bonis, quib. prodigo interdicitur, curator datur: & fatendum propterea eſt, cum obligatio inhæreat perſonæ, curatoris adſenſum non facere, vt tanto magis vel minus hi obligentur qui curatorẽ habent: de quo *inf. in materia obligationum*, quamuis ſane verba, quib. L.12.tabb. vſa perhibetur *In eo pecuniaq; eius poteſtas eſto.* (Cic.ad Heren.) videantur etiam poteſtatem in perſona furioſi inferre. Et ſcil. vt diximus, per conſequentiam adminiſtratio bonorum quoq; incumbit tutori, quę connexa eſt cum cura perſonę ipſius; Ceteroquin vt curet quis tantum bona nõ ſimul pupillum, tutor dari non poteſt, multo minus ad ſingulare aliquod negotium aut actum, quippe qui ſemper remotus eſt à cura perſonæ, tutor poterit conſtitui. Neque reuera ad hæc exceptio eſt, quæ ſumitur ex *l. ſi tamen 15. de teſt.tut.* Siquidem ibi nihilominus tutores ſinguli pupilli inſolidum dati eſſe intelliguntur, nec tutela, tam ipſa, quam adminiſtratio diuiſa; quod admitti ſuaſit fauor ipſorum pupillorum, vt à diuerſis, patrimoniũ pupilli in diuerſis prouincijs poſitum commodius adminiſtretur, & erit iſte huius rei effectus, vt pro adminiſtratione vnius alter nec in ſubſidium teneatur. Et illud ipſum tamen non ſtricti iuris eſſe, docet quod *Vlp. in d. l.15.* ait, eo iure nos vti. Potius exceptio ad hũc locum erit, quod aliquando datur tutor ad actum adeundæ hæreditatis: videlicet, quem caſum ponit *Ang. hic* ſi teſtamento datus ſit tutor pupillo, cum ante aditam hæreditatem nihil in teſtamento ſcriptum valeat *l. ſi hæreditas, 10. in pr. de teſtam.tut.* vt per aditionem confirmetur tutoris datio, oportebit ad iſtum actum dari tutorem, quoniam teſtamẽto ſcriptus ante illud per aditionem confirmatum, tutor eſſe non poteſt. Idque procedit ſi pupillus ſolus ſit hæres, aut alij cohæredes non adeant; Ceteroquin vno cohæredum adeũte, tutelæ datio confirmata eſt *l. ſi nemo de teſtam. tut.* At an ponimus pupillum ſuum hęredem? & videtur ipſa exiſtentia confirmari tutelæ datio; an forte effectum hunc exiſtentia non operatur; & opus eſt pupillo tutore, quo autore abſtineat ſe vel immiſceat? Poteſt forte & in pupillo emancipato poni caſus. Licet n. hic confirmatione opus ſit §. *vlt. tit. præced.* vtiq; tamen confirmationi non videtur locus, antequam teſtamentum ſit confirmatum, ex quo prima tutelæ cauſa eſt. Audiuimus hunc tutorem cõfirmari à magiſtratu recta, vt poſt eius autoritate adeatur hęreditas; & videbitur tamen hic quodammodo ad adeundam hæreditatem datus, quamuis illa cõfirmatio ſufficiet, vt poſt aditam hæreditatem alia confirmatione non ſit opus. Eſt & alius caſus quo tractatur de tutore ad adeundam hæreditatẽ dando; veluti ſi tutor datus prouocauerit, & interim pendente cauſa ab extraneo pupillus inſtituatur hæres, nec expediat differri aditionem, dabitur tutor ad adeundam hæreditatẽ; qui caſus eſt *l. cum in vna 17. §. 1. de appellat.* Atq; ad hanc rem pertinet *l. impuberi 9. de tut. & cur. dat.* permiſſum ex cauſa eſſe, vt ad hunc actum tutor detur; & ipſum verbũ, *permiſſum* arguit, id ex neceſſitate eſſe receptum; quamuis hic etiam tutor detur perſonæ, non rebus. Adde quæ noto *inf. ad tit. 20. §. ſed & ſi.* Itemq; exceptionẽ ad hunc §. & caſum ex iure veteri; quo tutor ad vnum actum dabatur in §. *vlt. infr. de autor.tut.*

Digitized by Google

TEXTVS.

5. Si quis filiabus ſuis vel filijs tutores dederit, etiam poſtumę vel poſtumo dediſſe videtur: quia filij vel filiæ appellatione, & poſtumus & poſtuma continentur. Quod ſi nepotes ſint, an appellatione filiorum & ipſis tutores dati ſint? Dicendum eſt, vt & ipſis quoque dati videantur, ſi modo liberos dixerit: Ceterum ſi filios, non continebuntur: aliter enim filij, aliter nepotes appellantur. Plane ſi poſtumis dederit, tam filij poſtumi quam ceteri liberi continebuntur.

COMMENTARIVS.

PErtinet ad interpretationem verborum quorundam. Omittit caſum vnum Iuſtin. quo quis filijs tutorem dedit, & hic etiam filiabus dediſſe intelligitur *l. ſi quis 16. in pr. de teſtam. tut.* Alter caſus eſt, ſi Liberis dederit tutores, & hic primi & ſecundi gradus (qui videlic. in poteſtatem patris recaſuri nõ ſunt,) continentur, itemq; nati & needum nati, *h. §.* Tertia quæſtio eſt, ſi dederit tutores filijs vel filiabus, an etiam contineantur nepotes, quod hic negat Iuſtin. Legimus in *l. filij 84. de V. S.* appellatione filij omnes liberos intelligi, idem in *l. liberorum 220. eod.* Sed nimirum iuſta interpretatione *l. iuſta 201. eod. tit.* non autem ex proprietate verbi, quod Dd. fere ita accipiunt vt obtineat in fauorabilibus. Sed nimirum iuſta interpretatio ſignificat id ita obtinere, vbicunq; eadẽ ratio militat. Ita SCtum quo prohibetur tutor pupillam iungere filio ſuo, etiam habet locum in nepote *l. Senatus 59. de ritu n. pt.* Ita mater, ſi non petierit tutores nepotibus, eorum ſucceſſione priuatur *l. 2. §. ſuis 28. ad SC. Tertul.* Et SCtum Macedonianum, quod de filijs locutum eſt, etiam in nepotibus locum habet *l. filium 14. ad Maced.* Ex quibus locis colligit *Alciat. 3. parad. 14.* etiam in odioſis appellatione filiorum nepotes contineri: quamuis ſane iſta non ſint mere odioſa, & v. c. Macedonianum, eſt in odium iuſtiſſimum fœneratorũ, ſed in fauorem parentum; ita in ſpecie *d. l. 59.* eſt fauor pupillæ; in ſpecie *l. 2. §. 28.* fauor pupillorum itidẽ. Prorſus ratio ſumma illis caſibus, ſuadet extenſionem; quæ nulla eſt in noſtro caſu vt recedamus à proprietate ſermonis, & oneremus nimium tutores, quod nec ipſis pupillis cõmodum ſit, quorum intereſt per plures negotia eorum curari; & ſatis ijs proſpicitur per Legem vel magiſtratum. Plane ſi teſtator nullos filios, ſed ſolos nepotes habeat, appellatione filiorum tum nepotes venient; ne nihil teſtator egiſſe videatur; idque hic Faber notat. Plura de hoc an appellatione filiorum veniãt nepotes, *v. ap. Br. in l. liberorũ 220. de V. S. & apud Ang. h. t.* qui etiam late tractat, an & quãdo maſculinum comprehendat fœmininũ. Quarta quæſtio eſt, an filiorum appellatione etiam veniant poſtumi; quod affirmatur *h. §. in prin.* Obijciatur l. qui filiabus 17. in pr. de legat. 1. Quęrenda eſt ratio differentiæ inter legata & tutelas. Angel. hanc reddit, quid ſi tutelas ſciuiſſet plures ſibi eſſe liberos, pauciora dediſſet legata, ſed vera ratio eſt, quam ex gl. tradit Porc. quod legata dentur ex affectione, quæ nõ pręſumitur erga poſtumam, ſed tutela pẽdet à iure poteſtatis & filiationis; pariter autem poſtumi liberi ſunt. Quinta eſt de appellatione poſtumorum *in f. §.* Et ait Iuſtin. tam filios poſtumos, quam ceteros liberos contineri. Haloander putauit intelligi omnes liberos ceteros etiam iam natos, itaq; pro *poſtumis* ſubſtituit, *poſteris.* Sed non eſt ea mens Iuſtin. vt vel hinc apparet quod ait, *tã filij poſtumi:* quę verba confutant Haloandrum, verum, quod; (vt Theoph. expreſſit) contineantur poſtumi primi & ſecundi gradus, qui ex vxore filij, hoc forte præmortuo, vel poſt eorum conceptionem emancipato, ſunt naſcituri, quod & confirmat *l. 1. §. 1 de teſt. tut.* nam de poſtumis alijs ex vxore teſtatoris, id eſt, poſt teſtamentum natis id nõ poteſt explicari, qui vtiq; filij ſunt, & de ijs eſt *l. ſi quis 16. §. vlt. de teſtam. tut.* Plane de quaſi poſtumis id eſt, nepotib. qui poſt teſtamentum factum præmortuo filio in locum eius ſuccedunt, de quib. in §. *poſtumorum 2. inſt. de ex-*

de exhared. lib. iſtud quoq; accipi non incommode poſſit. Perſpicue autẽ falſum eſt, quod Iaſ. in addit. ad Porc. ſcribit, ſi poſtumis dati ſint tutores, ẽt iam natis tum tempore datos videri: ad quod inepte allegat *l. ſi quis 6. §. vlt. de teſt. tut.* vbi poſtumus poſt teſtamentum viuo patre natus eſt. De poſtumis plenius dicemus ad *d. §. 2.*

Dicendum eſt.] Inepta hic eſt reſpõſio. Quæritur an nepotes contineantur appellatione liberorum; & reſpondetur contineri, ſi liberos dixerit; Inepte, quia hoc non erat in quæſtione, qui veniant appellatione liberorum, ſed filiorum: Et tamẽ ita quoq; loquitur *ICtus in l. 6. de teſtam. tut.* vt appareat non ſemper ita ſubtiles & accuratos ICtos fuiſſe.

AD TITVLVM XV. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE LEGITIMA ADGNAtorum tutela.

TEXTVS.

Quibus autem teſtamento tutor datus non eſt, his ex Lege 12. tabb. adgnati ſunt tutores, qui vocantur legitimi. Sunt autem adgnati, cognati, per virilis ſexus cognationem cõiuncti, quaſi à patre cognati: velut frater ex eodẽ patre natus, fratris filius nepoſue ex eo: item patruus & patrui filius, nepoſue ex eo. At qui per fœminini ſex⁹. perſonas cognatione iunguntur, adnati nõ ſunt, ſed alias naturali iure cognati. Itaq; amitæ tuæ filius nõ eſt tibi adnatus, ſed cognatus, & inuicem tu illi eodem iure coniungeris: quia qui ex ea naſcuntur, patris non matris familiam ſequuntur.

COMMENTARIVS.

Q*Vib. autem.*] Iam ſupra diximus primã cauſam eſſe tutelæ teſtamẽtariæ, qua ceſſante ſuccedit demũ legitima. Nam vt vulgo dicunt, diſpoſitio hominis facit ceſſare diſpoſitionem Legis; & Lex melius præſumit de tutore quem pater dedit: & omnino ſub conditione, hactenus non teſtati tutelam defert agnatis, ex ratione ſucceſſionis. Ita autẽ ceſſare oportet teſtamentariam, vt nec amplius eius ſpes ſit. Etenim vbi v.c. teſtator tutorẽ dedit ſub conditione, necdum legitimæ loc⁹ eſt ſed datiuæ *l. ſi quis 11. in pr. de teſt. tut.* quoniá legitim⁹ ſemel tutor factus, non cedit alij tutori: cedit autem datiuus, vbi conditio aduenit, q̃ adſcripſit teſtator quam voluntatem teſtatoris LL. ratam eſſe voluerunt: & ipſæ ſc. LL. 12. tabb. quæ ſub conditione ceſſantis teſtamentariæ tutelæ legitimum vocauerunt.

Adnati ſunt tutores] Ex ratione ſucceſſionis, quæ ꝓponitur *inf. de legit. patr. tut. in f.* Lege autem 12. tabb. poſt ſuos ſoli agnati cognatis excluſis vocãtur, de quo *inf. de legit. agn. ſucc.* Itaq; poſtquã ex prærogatiua gradus cognatos, aut concurrere cum agnatis, aut his præferri voluit Iuſtin. merito etiam ad tutelá cognatos vocauit N. 118. *c. 3. & 5.* Vbi etiã ſpeciali ratione primas præ omnibus cognatis defert matri & auiæ, ſi velint ſuſcipere tutelam. In his n. hoc eſt volũtatis; in ceteris, niſi cauſis iuſtis excuſentur, neceſſitatis. Ante Iuſtin. ſpecialiter poſtulantibus matribus id conceſſum fuiſſe docet *l. 2. C. quand. mul. off. tut.* quin & ex diſpoſitione patris, potuiſſe matrem adminiſtrare oſtendit *l. 2. §. Quod ſi 25. ad Sc. Tertull.* vbi dicitur mater hoc caſu tutelá adminiſtrare, & ita poteſt accipi, & eo referri quod ſcribit *Liuius libr.* 39. Æbutium ſub tutela matris & vitrici educatũ fuiſſe. Ceteroquin tutela virile mun⁹ eſt cui⁹ regulariter fœmina incapax *l. 1. C. quand. mul. off. tut. l. vlt. de tut. in f. inf. de legit. patr. tut.*

Sunt autem adnati.] Non ſemel in L. 12. tabb. adnatorum & gentilium mentio facta eſt: & in ea L. qua tutelam legitimam introduxit, Hott. putat agnatorum & gentilium factam mentionem. Id vt intelligatur paucis adnotandum quid gens, quid familia apud Romanos fuerit. Habuerunt Romani tria fere nomina; prius dicebatur prænomen, alterũ in ſpecie nomẽ, tertiũ cognomen, v.c. Publius Cornel. Scipio, Publius prænomẽ eſt, quod

nos

nos proprium nomẽ dicimus; Cornelius nomen gentis, Scipio nomen familiæ. Gentes n. ſingulæ fere in plures familias abibant. Et in hoc ipſa gente Cornelia, fuerunt familiæ Scipionum, Lentulorum, Cethegorum. Ex quo intelligere licet errare hic Baronem, qui cõuerſo modo latius facit nomen agnatorum, cum omnino gentilium latius pateat: ſiquidem omnes Cethegi, Lentuli, Scipiones, gẽtiles erant, ſed non agnati, quia diuerſarum erant familiarum. Cum enim conſtet gentiles & agnatos diuerſos fuiſſe, non poſſunt agnati alij intelligi, quam qui ſunt vnius familiæ; cum gens & familia eodem modo diſtinguantur. Ergo agnati ſunt, qui vnius ſunt familiæ, quibus defertur hæc tutela, iiſque deficientibus itur ad gentiles. Et inde hæc tutela legitima vocatur, & tutores hi legitimi *t. t. de legit. tuterib. in f. pr. h. t.* quia eſt à Lege immediate, quomodo ſucceſſio ab inteſtato hoc ſenſu Legitima appellatur. Ait autem *Vlpian. tit.* 11. *de tut.* hos tutores per excellentiam appellari legitimos, qui ſunt ex L. 12. tabb. ceteroquin & qui ex LL. nouis ſunt tutores, in genere ſunt legitimi; & tales ſunt hodie cognati, itemq; mater & auia.

Per viriliſ ſexus.] Adde, eos qui ſunt de familia. Nam emancipatus exit è familia, & proinde, qui per eum mihi coniunctus eſt, non poteſt mihi eſſe agnatus, velut emãcipati fratris filius, aut nepos. Refert autem Iuſtin. hic tantum maſculos, quoniam licet etiam fœminæ quædam ſint agnatæ, veluti ſoror, amita, fratris filia, tamen communi iure à tutela excluduntur.

Sunt cognati] Supra ad *pr. de adopt.* notauimus cognationis nomen ex eorum numero eſſe, quæ in ſpecie & genere vſurpantur; Ceteroquin cognati paſſim agnatis opponuntur.

Atqui per fœminam.] Ratio ſolida eſt, quæ additur in f. quia natus ex fœmina, & verbi cauſa ex ſorore mea, non illius ſed patris ſui familiã ſequitur. & agnatio non niſi ex iuſtis nuptijs & ex matrimonio naſcitur. Ait Iuſtin. *amitæ filius*, quia cum amita ſit agnata, oſtẽdit ne quidem ex agnata fœmina natum, agnatum eſſe.

TEXTVS.

Quod autem L. 12. tabb. ab inteſtato ad tutelam vocat agnatos, non hanc habet ſignificationem, ſi omnino non fecerit teſtamentum is, qui poterat tutores dare: ſed ſi, quantum ad tutelam pertinet, inteſtatus deceſſerit: quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is qui datus eſt tûtor, viuo teſtatore deceſſerit.

COMMENTARIVS.

SVſpicatur Hottom. Legẽ quæ agnatis detulit tutelam, ita ſcriptam fuiſſe: Si paterfamilias inteſtato moritur, agnatorum in pupillo eiuſue pecunia poteſtas eſto: vel potius, vt puto, *proximus agnatus tutelam habeto.* Explicat igitur Iuſtin. quis hic dicatur inteſtatus: quod præſertim eadem L. 12. tabb. vbi ſucceſſionem defert agnatis, inteſtati verbo aliter vſa eſt: nimirum pro eo, qui teſtamentum non fecit. Vnde ratio dubitandi ad hũc §. quo Iuſtin. docet eum hic dici inteſtatum, qui quãtumcunque facto teſtamento liberis ſuis nõ dedit tutores, dicitur enim inteſtatus quo ad tutelam. Inſuper & amplius in *f.* §. is pro inteſtato hic habetur, qui tutores dedit, ſed qui eo viuo deceſſerunt, quoniam perinde tum eſt, ac ſi initio nullos dediſſet; Et effectus in eo eſt, vt ne ſit locus tutelæ datiuæ; quæ locum ſibi vindicat excluſa legitima, vbi ſemel datiua tutela competijt, quæ rurſus eſt ratio dubitandi, ſed nimirum id obtinet, vbi tutela teſtamentaria deducta fuit in actũ. Et hoc tamen non ita ſimpliciter verum eſt, ſed ita ius eſt, vt vbi teſtamentaria tutela finita eſt, quaſi, vt ita loquar, ex natura ſua, vt tum ſuccedat legitima, ſed vbi finita eſt interueniẽte facto magiſtratus, tũ non legitimę ſed datiuę loc⁹ eſt. Et videlicet ſi teſtamẽtari⁹ tutor ſit remotus vt ſuſpectus, datur à magiſtratu alius tutor *l. ſi quis* 11. §. 1. *de teſtam. tutel.*

Idem-

idemque ibi ſtatuatur, ſi tutor teſtamentarius fuerit excuſatus: neque enim hæc eſt ordinaria ratio finiendi tutelam. Quod ſi vero mortuus ſit teſtamentarius, locus ſit legitimo *d.l.11.§.2.* ex quo tamen loco apparet, non ſolidam & certam rationem in huiuſmodi caſibus ſemper dari poſſe, ad quam nec prouocat ibi ICtus, ſed ad SCtum. Idem plane quod in naturaliter mortuis, ſtatuitur in iis qui ciuiliter mortui ſunt *d.l.11.§ vlt.* vbi videlicet nullus ſupereſt tutor teſtamentarius, de quo etiam agemus *infr. ad §. pen. de curat.* Hoc ſaltem addendum eſt ad *hunc §. inf.* de tutore qui viuo teſtatore deceſſit, exempli cauſa proponi, non vt excludatur caſus quo tutor poſt teſtatorem antequam gerere ceperat mortuus eſt: nam & hic legitimo ſit locus, quin & ſi poſt cœptam tutelam mortuus ſit, *d.l.11.§.3. de teſtam.tut.l.6. de leg.tutorib.* aut forte Iuſtin. ſignificare voluit, eum demum quo ad tutelam inteſtatum dici, quo mortuo nullus ſuperfuit tutor ex teſtamento: minus enim proprie ita dicitur, poſt cuius mortem demum tutor datus mortuus eſt, licet idem iuris ſit, vt legitimus tutor habeat locum: aut potius intelligit caſum, quo legitima tutela initio cœpit, non quo teſtamentariæ ſuccedit: add. quæ dicimus *inf. tit. ſeq. §. vlt.*

TEXTVS.

Sed adgnationis quidem ius omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio iuris ciuilis nomen eſt: cognationis vero ius non omnibus modis commutatur: quia ciuilis ratio ciuilia quidem iura corrumpere poteſt: naturalia vero non vtique.

COMMENTARIVS.

PRoponit hoc propter effectum agnationis, qui ſpectatur in tutela legitima: quod videlicet ſublata cauſa tutelæ ceſſet effectus, ſublata, vt dixi agnatione: idque non tantum ita vt ne deferantur tutelæ in futurum, ſed etiam vt præſentes & in actu perimantur per §. *ſed & 4. infr. quib. mod. tut. fin. l. legitimus 5. §. vlt. de legit. tut.* in quo errat gl. hic, quæ male eandem rationem ſtatuit hereditatis iam quæſitæ *l. vlt. vnde lib er.* & tutelæ adhuc durantis; & habentis ſucceſſiuam adminiſtrationem: atquin hereditas adquiritur ſemel & vno actu, qui ex quo perfectionem accepit, ex ſuperueniente caſu irritari, & quod ſemel acquiſitum eſt, adimi non debet. Hoc accidere ait, omnibus modis capitis deminutione, id eſt quauis capitis deminutione etiam minima; eaque occaſione in *tit. ſeq.* de capitis deminutione tractat: vt nihil neceſſe ſit, pro *deminutione* legere cum Hottoman. *deminutionis*: quæ ſane minutæ ineptiæ ſunt. Addit tamen Iuſtinianus *plerumque*, quoniam ſunt caſus, quibus etiam poſt minimam capitis deminutionem ſupereſt ſi non reuera agnatio, vtique ius agnationis, de quo in *pr.* loquitur, certis quibuſdam LL. reſeruatum: & id nominatim in tutela conſeruatum voluit Anaſtaſius fratribus emancipatis, vna cum iure ſucceſſionis, perinde ac ſi emancipati non fuiſſent. *l. frater 4. C. de legit. tut.* & refert Iuſtin. in *§. 1. inf. de ſucc. cogn. §. vlt. infr. de ſeruil. cognat.* Hodie autem, vt paulo ante diximus, cum tutela deferatur pariter cognatis, & cognatio minima capitis deminutione non tollatur, conſequenter etiam tutela legitima per iſtam capitis deminutionem non poteſt interuerti: quod & in eis tutelis quæ ex LL. nouis & SCtis, non ſub agnatorum nomine deferebantur: ita fuiſſe docet *l. tutelas 7. in pr. de cap. min.* itemque in ſucceſſionibus, ad quas nouæ LL. quaſdam perſonas ſub naturalibus magis nominibus vocabant, *§. 2. infr. de SC. Orphit.*

Agnatio iuris ciuilis nomen eſt.] Non quod apud alias gentes non etiam fuerit habita familiarum ratio: ſed quia LL. Romanis conſtituendi & diſſoluendi & effectuum propria quædam ratio, propter quod & alia multa ad ius ciuile referuntur. Ex quo diluitur obiectio Hottomanni, quod etiam agnatio in ſe habeat conſanguinitatem naturalem; & inſuper

Digitized by Google

ſuper iſta non poteſt eſſe de agnationis eſſentia, cum etiam per adoptionem conſtituatur. Altera eiuſdem obiectio eſt: quod quæ iuris ciuilis ſunt, ea retineantur ab omnibus iis qui ſunt & manent ciues Romani: adrogatos autem & emancipatos manere vtrque ciues Romanos: adeoque nullam eſſe rationem Iuſtiniani, tum in iſtis verbis, quod agnatio ſit nomen iuris ciuilis: tum in mox ſeqq. quod ciuilis ratio, iura ciuilia corrumpere poſſit. Equidē quod ad emancipatos & adoptatos attinet, illi in quandam imaginariam ſeruitutem deducebantur, ex quo capitis deminutionem defendit ICtus in *l. 3. de cap. min.* ſed in genere reſpondeo: Iura ciuilia dici non tantum quæ omnibus ciuibus Romanis data ſunt, ſed etiam quæ familiis priuatorum & agnationibus: quarum etiam propria ſepulchra & ſacra fuerunt: itaque ſicut qui exibat ex ciuitate, amittebat iura omnibus ciuibus Romanis conceſſa: ita qui exibat ex familia, iura ſingulis familiis conceſſa amittebat. Itaque quamuis matrimonium referatur ad ius ciuile, tamen emancipatione vel arrogatione non ſoluebatur: quoniam id non ad familiarum propria, ſed ad communia ciuium Romanorum iura pertinet. Ex eadem ratione non poſſunt per hanc deminutionem tolli iura cognationis, quæ magis æſtimatur ex ſanguine: eoque hic refertur ad ius naturale, de qua re dicemus ad *§. pen. tit. ſeq.* Cauillatur porro Hottomannus, dum à Iuſtin. ait hic poni Enthymema. Agnatio eſt nomen iuris ciuilis. E. tollitur per minimam capitis deminutionem: & tamen propoſitionem maiorem, quam requirat hoc Enthymema, quod omne nomen iuris ciuilis tollatur per emancipationem, ait, eſſe falſam, quoniam vſucapio ita non perimatur: itaque ille in alium neſcio quem ſenſum Iuſtin. accipit. Sed iam reſponſum eſt, quod nimirum ea tantum perimantur, quæ pendent à familiæ iure, non quæ omnium ciuium communia ſunt.

* * *

AD TITVLVM XVI. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE CAPITIS DIMInutione.

TEXTVS.

Eſt autem capitis diminutio, prioris ſtatus mutatio: eaque tribus modis accidit, nam aut maxima eſt capitis diminutio: aut minor, quam quidam mediam vocant: aut minima.

COMMENTARIVS.

Capitis appellatio etiam beſtiis aliquando tribuitur *§. ſed ſi gregis 39. inſ. de rer. diuiſ.* Hic ſignificat hominem ſiue perſonam in certo ordine conſtitutam: cuius ordinis tres ſpecies ſunt, liberorū, ciuium, & agnatorum. Nam cum alias verbum ſtatus latius patere poſſit, hic tamen & dum ponitur pro genere diminutionis capitis, reſtringitur ad hæc tria, quæ ſingulos ciues in ciuitate habere oportet: libertatem, ciuitatem & familiam, vt apparet ex hoc tit. & diſerte docet ICtus in *l. vlt. D. eod.* Ex quibus ſi aliquid, vel quædam, aut omnia amittat quis, dicitur minui capite, & ſcil. aliquid amittere ex iis, quæ antea caput vel perſona eius habebat. Nec improbabile eſt, quod Hottom. ſcribit, per translationem, dictum fuiſſe de perſonis, quod proprie loquendo de ordine ipſo dici debuiſſet. Et nimirū cum quis deportabatur, ciuitas capite vno minuebatur: cum quis emancipatur, ordo agnatorum caput vnum amittebat: id poſtea mutatum ita, vt ipſe cui hæc accidebant, capite minui diceretur, qui ius quod ante habebat, amittebat. Acc. hic in definitione putat addendum, aut ſubaudiendum, *facto hominis interueniente*: quoniam filius qui fit ſui iuris, mortuo patre, non dicitur minui capite, ſed nimirum nec ſtatum mutare dicitur, pro vt ſtatus hoc loco ſumitur: & notauimus *infr. h. t.* fallaciam homonymiæ in verbo *familia*.

TEXTVS.

Digitized by Google

TEXTVS.

2. Maxima capitis diminutio eſt, cum aliquis ſimul & ciuitatem & libertatem amittit: quod accidit his, qui ſerui pœnæ efficiuntur, propter atrocitatem ſententiæ: vel libertis, vt ingratis erga patronos condemnatis: vel his, qui ſe ad precium participandum venundari paſſi ſunt.

COMMENTARIVS.

PErſequitur iam ſingulas ſpecies. Maxima eſt quæ tollit libertatem, & conſequenter reliqua duo, quæ in ſeruo eſſe non poſſunt. Ergo qui ſeruus fit, patitur maximá capitis diminutionem: ſiue hominis fiat ſeruus. (quod duobus exemplis declaratur) ſiue pœnæ, de quo genere ſeruitutis diximus *ſup. ad* §. 1. *tit.* 12. Illa ex iure veteri ſunt, quæ hic affert Hottom. de venditis pub'ice iis, qui ad delectum non reſpondebant, aut in cenſu inter ciues nomen ſuum nō profitebantur *l. qui cum vno* 4. §. *grauius* 10. *de re milit.* & de modis quibus quis in ſeruitutem redigitur, *diximus ſupra tit.* 3.

Vt ingratis.] Hottom. vult, *ingrati* ſcil. crimine: & eam lectionem quoque Accuſ. annotat: ſed ita delenda quoque foret particula *VT* & nimis putidum eſt iſta conſectari, præſertim in Tr boniano: neque enim ille ſemper ipſa verba ex aliis deſcripſit: & ipſi quoque ICti noſtri declinante Latinæ linguæ puritate vixerunt.

TEXTVS.

3. Minor, ſiue media capitis diminutio eſt, cum ciuitas quidem amittitur, libertas vero retinetur: quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit, vel ei qui in inſulam deportatus eſt.

COMMENTARIVS.

HÆc media eſt, inter duo extrema, maximam, ſiue, quis eam ſummam dixerit: & minimam ſiue infimam. Ait eam contingere per aquæ & ignis interdictionem, ſiue deportationem in inſulam. Quid ſit deportatio, diximus ad § 1. *&* 2. *ſup. tit.* 12. Hic de aquæ & ignis interdictione, & an ea ICtorum noſtrorum tempore etiamnum vſitata fuerit, aliquid videndum eſt, quod & *d. loco* nos hic facturos promiſimus. Scitum eſt, olim, nouis nuptis, aquam & ignem, præferre ſolita, quod calor & humor eſſent principia generationis, vnde illud in *l. pen* §. 1. *de don. int. vir. & vx. priusquam aqua & igni acciperetur.* Alterum, inquit *Lactan.* 2. *Inſt. diuin.* 10. quaſi maſculinum elementum eſt, alterum quaſi fœmininum: alterum actiuum, alterum patibile: ideoq; à veteribus inſtitutum eſt, vt ſacramento ignis & aquæ nuptiarū fœdera ſanciantur. Eodē loco cauſam huius pœnæ & quaſi originem idem autor oſtendit. Exſulibus, inquit, ignis & aqua interdici ſolebat: adhuc enim videbatur nefas, quamuis malos, tamen homines, ſupplicio capitis afficere. Interdicto igitur vſu earum rerum, quibus vita conſtat hominum, perinde habebatur, ac ſi eſſet, qui eam ſentētiam exceperat, morte multatus. Et ita LL. Romanis cautum fuiſſe ſcribit *Briſſ.* 3. *ſelect. antiquit.* 5. vt inuito nec ciuitas nec ſpiritus eripi potuerit. Id nec verū olim fuiſſe, oſtendunt, quæ ad *tit.* 3. de modis amittendi libertatē diximus: & Hottom. hic Cicer. *in orat.* pro Cecinna, nō veritati, ſed cauſæ & tempori ſeruiſſe ſcribit: vtiq, ab initio vrbis Romæ & poſt in reos capitaliter animaduerſum fuiſſe in confeſſo eſt: & pœna iſta aquæ & ignis interdictionis non niſi in abſentes vſurpata fuiſſe videtur: aut vtiq; in eos qui dignū morte ſcelus non admiſiſſent: eamq; pœnam ſub Impp. adhuc in vſu fuiſſe oſtendunt autorū loca aliquot, apud *Taci. lib.* 3. *ann.* de Lepida, Rea. Itum in ſententiam Rubellii Blandi, à quo aqua & igni arcebatur, & apud *Dionem libr.* 46. de interfectoribus Cæſaris, quibus abſentibus diem Octauus dixit: damnatos fuiſſe ait, αὐτοί τε πυρὸς καὶ ὕδατος εἴρχθησαν. illi igni

& aqua arcebantur: quod ſi vero præſentes deprehenſi fuiſſent, procul dubio in eos capitaliter animaduerti Octauius curaſſet, & *libr.* 57. idem huius pœnæ meminit, ſub Tiberio ἀπεῖπε τοῖς πυρὸς καὶ ὕδατος εἰρχθεῖσι μὴ διατίθεσθαι. vetuit teſtari eos, quibus aqua & igni interdictū fuerat. Rurſus *li.* 56. de Auguſto; ἀπηγόρευσε μηδένα πυρὸς καὶ ὕδατος εἰργόμενον ἐν ἠπείρῳ διατρίβειν. edixit, ne quis eorum quibus aqua & igni interdictum eſſet, in continenti moraretur. Oportuit itaq; ita damnatos aut extra Romanum Imperium ſe conferre, aut inſula ſe continere, & ea quidem, quæ vt *d. loco* ſcribit Dion, à continente non minus 400 ſtadiis abeſſet. Ex quo licet æſtimare de differentia quam Theoph. hic reddit inter deportatum, & eum cui aqua & igni interdictum eſt, quod hic omni loco arceatur. Inde poſtea factum ſuſpicatur *Cuia. 6. obſ. 39.* vt in inſulā talem deportarentur. Et inde paſſim in iure noſtro dicitur in locum interdictionis illius ſucceſſiſſe deportatio *l. 2. §. 1. de pœnis. l. 3. ad L. Iul. peculat. l. pen. §. vlt. de extraord. cog.* quod *Myn. ſup. ad §. 1. tit. 12.* ſcribit factum, poſt quam ampliato imperio inſulas ſibi ſubiecisſent Romani: Inepte, quoniam ex præced. apparet etiam ſub Impp. Auguſto & Tiberio, qui nullam inſulam Romano Imperio adiecerunt, aqua & igni interdictum fuiſſe: imo etiam ſub Domitiano: teſte *Plinio 4. Epi. 11.* vbi de Liciniano, carent inquit, togæ vſu, quibus aqua & igni interdictū eſt. Ex quo loco & iſtud apparet, pro arbitrio Impp. exilium leuius aut durius fuiſſe. De illa tamen ſubrogatione ſunt qui dubitant propter hunc locum, vbi alternatiue duplex iſta pœna proponitur: ſicut & in *§. publicorum 2. inſ. de publ. iud. & in l. 1. §. 2. de leg. 3.* quibus aqua & igni interdictum eſt, item deportati: & *l. res vxoris 24. C. de don. int. vir. & vx.* aqua & igni interdictum, vel deportatio illata. *iunct. l. 1. C. de repud.* ſicut & ſimpliciter iſtius pœnæ mentio fit *l. 2. de iud. publ. l. 10. §. vlt. ad L. Iul. de vi publ. l. edicto 13. de bon. poſſ. l. 4. §. vlt. de gradib. l. Imperator 18. de ſtat. hom. l. 5. in pr. de cap. min. l. cum quis 38. in pr. de ſolut.* facit bene *l. eius 8. §. 1. & 2. de teſtam.* vbi ſeorſim vtriuſque pœnæ mentio fit. Itaque vix eſt vt tot locis, ad ſubrogationem & ſucceſſionem nouæ pœnæ in locum veteris, reſpexerint ICti. Et nimirū vt paulo ante tenui, exiſtimo reos præſentes, & non meritos vltimum ſupplicium, vel cum quibus mitius agi placebat, in inſulam deportatos fuiſſe: abſentes licet vltima quæque meritos non aliam fuiſſe pœnam, quam interdictionis ignis & aquæ: idq; ex eo quod modo de interfectoribus Cæſaris ita damnatis, dixi, apparet, qui deprehenſi procul dubio capite luiſſent.

Libertas retinetur.] Diſerte ait, deportatos retinere libertatem, idque ex eo neceſſario ſequitur, quod hæc eſt ſpecies mediæ capitis deminutionis. Itaque neſcio quid in mentem venerit Hottom. hic vt ſcriberet, deportatos in inſulam, libertatē amiſiſſe, & tum demum eam retinuiſſe, cum tantum in longinquam aliquam regionem amandarentur. Et contrario errore labitur, dum putat interdictionem aquæ & ignis fuiſſe leuiorē: quin imo contra eſt, & vt ii qui ob ſcelus capitale ita abſentes damnati eſſent, pro ſeruis pœnæ magis haberentur, procul dubio iure occidendi vbi deprehenderētur. Et ſententiā huius loci aperte confirmat *l. ſunt quidam 17. de pœn.* vbi deportati opponuntur ſeruis pœnæ: & ergo oportet eſſe liberos, cum nec priuatum dominum habeant. Accedit, quod deportatus confertur in *d. l. 17.* ſicut & in *l. 1. C. eod.* cū damnato in opus publicum, qui non amittit libertatem, ex quo ita non damnatur ſeruus. *l. ſeruus 34. de pœn.* qui tamen damnatur in metallum *l. fruſtra 8. C. de ſent. paſſ.* quia iſta eſt ſupremū fere ſupplicium, (præterquam quod non adimit vitam) *l. aut damnum 8. §. 4. de pœnis.* Et omnino alias vix vlla pœna eſſet, quæ iure noſtro, (poſtquā omnes ciues Romani ſunt *l. in orbe. 17. de ſtat. homin.*) adimeret ſolam ciuitatem: Ad hanc etiam pœnam refertur aquæ & ignis interdictio *l. 6. in pr. de interd. & relegat.* vbi, vt obiter hoc moneam, ad cognitionem veteris iuris, nimis aperte errant, qui olim ſola deportatione peregrinitatem contigiſſe putant. Omnes enim peregrini habebantur, qui non erant ciues Romani: adeo antiquitus multi ex Italiæ populis

pulis

Digitized by Google

pulis peregrini erant : & qui olim ſub primis Impp. pro magno beneficio honorabantur iure ciuitatis Romanæ, peregrini erant : & Claudius, vt Sueton. refert, Senatorem ignarum Latinę linguæ ad peregrinitatem redegit: qui vtiq; non fuit deportatus. Ei autem quod diximus ex *h.§.* deportatione libertatem amiſſam non fuiſſe obiicitur reſponſum Calliſtrati in *l. cognitionum 5. §. vlt. de var. & extraord. cogn.* vbi videtur affirmare, quod deportatione libertas adimatur. Commentum eſt, quod quidam ad iſta concilianda offerunt diſtinctionem, inter libertatem ex iure gentium & ex iure Quiritium : licet iſta conciliatio placeat *Cuiac. in notis ad hunc locum, Goueano 2. var. lect. 11. & Duar. 1. diſput. annui, 9.* Nimirum ICtus ibi ſub magna capitis deminutione comprehendit vtramque ſpeciem, maximam & mediam, quomodo etiam in *l. 1. §. capitis 8. in f. ad SC. Tertullian.* & forte etiam in *l. 1. in f. de vſufr. legat.* vſurpatur magna capitis deminutio. Itaque ſubiecta duo exempla in *d. l. 5. §. vlt.* non ad vnam, ſed ad vtramque ſpeciem deminutionis ſunt referenda : & particula *veluti* non ita eſt accipienda quaſi explicaret, quod præceſſerat de amiſſione libertatis, ſed per quã nouũ exemplum proponatur. Et ſcilicet, quotiens magna capitis deminutio interuenit, id eſt cum libertas adimitur (hoc eſt exemplum maximæ deminutionis) veluti cum aqua & igni interdicitur:(hoc eſt exemplum mediæ capitis deminutionis. Quam explicationem *Reuard. 3. verſ. 5.* & alii ſibi arrogarunt, quæ tamen expreſſa eſt apud Accurſium : vbi etiam monet, in quibuſdam Codicibus legi *vel* pro *veluti*, quo modo res tota eſt liquida, nec minus, ſi cum *Alberico Gent. 3. lect. 10.* particulam *veluti* diſtrahat in duas *vel vti* : citra vllam correctionem, quoniam vt *A. Aug.* & alii teſtantur in Pandectis Florentinis, nullæ aut rariſſimæ ſunt diſtinctiones & interpunctiones. Adducitur etiam *l. ex facto 17. §. ſi quis 6. ad Trebell.* ibi, *cui liber factus*. Et *Cuiac. 3. obſ. 10.* ex notis errorem natum, & pro *liber factus*, cenſet eſſe legendum, *liberorum*. Et Accurſ. quoq; monet, rectius dictum fuiſſe *liber exiſtens* (paulo tamen inconcinnius) quin adhuc deportatus & ſcil. liber adeo exſiſtens poteſt eligere cui fideicommiſſum reſtitui velit : nec enim ad hoc neceſſum eſt, vt reſtituatur : nec bona fideicommiſſa ſubiecta occupat fiſcus.

TEXTVS.

4. Minima capitis deminutio eſt, cum ciuitas retinetur & libertas, ſed ſtatus hominis commutatur; quod accidit his, qui cum ſui iuris fuerint, cœperunt alieno iuri ſubiecti eſſe, vel contra : velut ſi filiusfamilias à patre emãcipatus fuerit, eſt capite deminutus.

COMMENTARIVS.

CVm ſtatus commutatur.] Atqui omnis capitis deminutio habet mutationem ſtatus *in pr. h. t.* & vel maxime duæ priores ſpecies. Itaque fatendum eſt verbum ſtatus ambigue ſumi, in genere, & in ſpecie, vt *h. §.* pro priuato cuiuſque ſtatu quem in familia habet : aut forte emphaſis eſt in verbo *commutari*, nam duobus prioribus modis non tam mutatur ſtatus quam plane amittitur, ſi ciuitatem Romanam conſideres : nam ſi hominem in ſe, lane & ſic mutatur ſtatus, aut falſum oporteat eſſe in *pr. tit.* traditam definitionem. Plane ita & *Vlp. in l. 1. §. capitis 8. ad Tertull.* contrario modo, capitis minimam deminutionem contingere ait ſaluo ſtatu, intelligens ſtatum quem quis habet qua ciuis: contra idem *Vlp. tit. XI. de de tutelis §. minima 12.* vt hic Iuſtinianus ait, per minimam cap. deminutionem, ſalua ciuitate & libertate, ſtatum duntaxat hominis mutari.

Refert autem hic Iuſtin. duas ſpecies huius capitis deminutionis : adoptionem & emancipationem. Illa ſiue arrogetur homo ſui iuris, ſiue filiusfam. auo vel proauo, iuxta mutationem Iuſtiniani in adoptionem datur : itaque tantum pro exemplo poſitum accipiendum

eſt, quod Iuſtin. ait de eo qui cum ſui iuris eſſet, alieno iuri cepit ſubiectus eſſe, quod contingit per adrogationem. Vtique enim quamuis per adoptionem in ſpecie dictam maneat filiusfam. & alieni iuris, ſicut ante fuit, vtique tamen in aliam familiam transfertur: & proinde eum capite minui negari non poteſt, ſiquidem ſtatus mutatur. Et in hac ſpecie, & v.c. arrogatione manifeſte apparet mutatio ſtatus, per ea quæ ſupra diximus ad *tit. de adopt.* Sed in altera ſpecie emancipatione obſcurum eſt, in quo conſiſtat capitis diminutio; Etenim cum maneat emancipatus ciuis, qui poterit eſſe ſine familia, & quomodo in nullius erit familia? Et v.c. ſi P. Cornelius Scipio emãcipauerit filiũ ſuũ, an hic deſinet eſſe Corneliæ gentis, aut familiæ Scipionum? & quo nomine tandem appellabitur. Hottomannus hoc loco id ita explicat, vt dicat, ius triplex eſſe agnationis, nominis, pecuniæ & ſacrorum: nomen retinuiſſe emancipatum, ſed amiſiſſe ius ſacrorum & pecuniæ. Sed enim retento nomine, vt emancipatus ſit & maneat Cornelius, & Scipio, non animaduerto, quomodo fieri potuerit vt familiam & agnationem amiſerit: & à nomine communi pendent ſacrorum iura. Ait Hottomannus, emancipatum amittere iura hereditatum & tutelarum, quæ L. XII. tabb. gentiles inter ſe habere voluit. Atqui ſi manet Cornelius, quod eſt nomen gentis, quomodo non eſt gentilis? aut ſi iura amittit, quæ Lex XII. tabb. tribuit gentilibus, quomodo poteſt fieri vt maneat gentilis? Connanus 2. *comm.* 13. *inf.* ait, emancipatos tantum ſubductos fuiſſe poteſtati patris, gentem autem eius non amiſiſſe. Et quomodo igitur amittitur ita ius agnationis? Aut an forte putat Connanus, gentem manſiſſe, ſed familiam mutatam fuiſſe: Et igitur emancipatus à P. Cornelio Scipione, Cornelius erit, ſed non Scipio: Quod ſi gentilis eſt, ad eum pertinebit L. XII. tabb. quæ de agnatis & gentilibus coniunctim locuta eſt: neque vero puto fuiſſe gentiles, qui non iidem haberent familiam. ICtus in *l.* 3. *de cap. min.* rationem, ob quam emancipatio ſit capitis diminutio, petit ab imaginaria ſeruitute, in quam deducatur emancipatus per ſolemnes illas venditiones, de quibus ſupra. Verum iuxta hanc imaginem ille diceretur & libertatem & ciuitatem amittere: & perabſurdum ſit, in nuda imagine & puta puta ſubtilitate tot ponere inſignes effectus circa hereditates tutelas, &c. quibus iure noſtro priuati ſunt emancipati. Ego aliis cogitandum relinquo.

Supereſt illa quæſtio, an emancipatio hodieque adhuc ſit capitis diminutio. Non leues ſunt dubitandi rationes: Et à ſublata cauſa concludimus ad ſublatum effectum. Quod ſi cum Paulo in *d. l.* 3. *de cap. min.* cauſam petimus ab illis imaginariis venditionibus, illæ vtique hodie ſunt ſublatæ *l. vlt. C. de eman ip.* Accedit, quod ſublatæ ſunt in materia ſucceſſionum & tutelarũ differẽtiæ veteres cognatorũ & agnatorũ: quin & emancipati hodie pariter vt ſui iure ciuili ſuccedunt: & præteritione emancipatorum hodie quoque teſtamentum patris nullum fieri, multorum ſententia eſt: de quo vtroque agemus infra propriis locis. Sed ſane ob ceſſantes illas venditiones non protinus deſinere eſſe capitis diminutionem, illud perſpicuo argumento eſt, quod ante Iuſtinianum ex conſtitutione Anaſtaſii per reſcriptum principis facta fuit emancipatio ſine ſolennibus priſcis: & tamen Anaſtaſius neceſſe habuit emancipato conſeruare iura tutelarum & ſucceſſionum, vt ad *tit. præced.* diximus: Itemque quod petenti eo qui per reſcriptum emancipandus fuit, indulget idem Anaſtaſius, vt iura legitima maneant integra *l. ſi ab eo* 11. *C. de legit. hered.* (& ergo citra ſpecialem petitionem & conceſſionem ſecus fuerit) qui tamen locus hoc ſimul oſtendit, modum eum emancipãdi per ſe non fuiſſe habilem vt perimeret legitima agnationis iura. Et ita plane cenſeo ſublatis fere per Anaſtaſium ſolennibus antiquis, propter reuerentiam quandam iuris veteris, & propter nomen emancipationis, effectus quoſdam veteres ſuperſtites relictos eſſe: quos tamen omnes ſimplici petitione tolli potuiſſe docet *d. l.* 11. & cum alia acceſſerint ex iure nouo, de quibus modo diximus,

Digitized by Google

ſimus, vix hodie emancipatio inter ſpecies capitis diminutionis poterit referri. Nec obſtat, quod emancipatus filius patri non adquirit. Neq; enim ob id familia mutata dici poteſt: & ex conſtitutionibus Iuſtin. multis caſibus filius fam. plenam proprietatē, ſemper aūt proprietatem adquirit: & filius qui per dignitatem poteſtate liberatur, & cui integra omnia ſeruantur, patri nō adquirit. Et olim erat hic effectus emancipationis, vt filius obligationibus ante contractis liberaretur: ita vt eſſet opus Edicto reſtitutorio *l. 2. §. 1. de cap. min.* quem effectum eſſe emancipationis Iuſtinianæ nemo ſanus affirmauerit. Obiter hic obſeruanda eſt ambiguitas in verbo *familia.* Significat enim aliquando plures perſonas quæ ſunt in vna domo, ſub vno capite qui dicitur paterfam. quo ſenſu *Vlpianus in l. pronuntiatio 195. verſ. iure proprio de V. S.* ait, cum paterfam. moritur, quotquot capita (videlicet ex liberis) ei ſubiecta ſunt, ſingulas familias incipere. An longe alio ſenſu hoc loco accipitur familia, cum eam per emancipationem mutari dicimus: quippe cum conſtet, patris morte nullam contingere liberis capitis diminutionem, & hoc quoque: plures liberos vnius patris, eiuſdem omnes eſſe gentis & familiæ, veluti, Corneliæ, & huius vel Scipiones vel Lentulos omnes, qui patrem communem habuerunt.

Vel contra.] Arrogatione qui ſui iuris erat, fit alieni iuris: emancipatione, qui alieni iuris erat, fit ſui iuris: nec video cur hic Hottom. expungat verbum *Veluti.*

TEXTVS.

5. Seruus autem manumiſſus, capite non minuitur, quia nullum caput habuit. Quibus autem dignitas magis quam ſtatus permutatur, capite non minuuntur: & ideo à Senatu motos capite non minui conſtat.

COMMENTARIVS.

SEruus manumiſſus.] Supra diximus, verbum *ſtatus* in ſpecie hic vſurpari, pro libertate, ciuitate & familia, ex quibus nihil ſeruus habet: ſed & hæc adcommodantur ad materiam ſubiectam de tutelis, quæ capitis minutione finiuntur, de quo *infr. titul. 22.* Ceteroquin generalius loquendo ſeruus ſtatum habet, cum ſub *titul. de ſtat. hom. & ſup. de iure perſ.* homines omnes diuidantur in liberos & ſeruos, quo ſenſu ſane ſeruus manumiſſus ſtatum mutat: ſed non mutat, eo modo quo hic vſurpatur ſtatus verbum: pro ſtatu ciuis; quo reſpectu ſeruus hic nullum caput: & in *l. 3. in f. D. eod.* nullum ius habere dicitur. Ridicula adeo obiectio eſt, quod ſeruus alibi dicitur affici ſupplicio capitis; hactenus enim eum caput habere pluſquam certum eſt. Sed & quo ſenſu dicuntur capita gregis *l. vetus 68. §. vlt. & l. ſeq. de vſufr.* & multo magis ſeruus dicetur caput; & ita dicitur pecuniam pro capite ſuo numerare *l. ſeruus 10. pro empt.* & paſſim apud alios autores, id eſt, pro perſona & corpore ſuo redimendo, quod eſt in mancipio alieno; male Hottoman. explicat, *pro libertate.*

Quibus autem dignitas.] De quibus hic tractatur, & quæ in ſpecie per caput & ſtatum ſignificantur, & ſunt de eſſentia vniuſcuiuſq; ciuis. Ex illo numero dignitas non eſt, quæ poſſit adeſſe & abeſſe, citra corruptionem ciuis, itaque cui adimitur dignitas, negatur capite minui: Ceteroquin ſupra diximus, fuiſſe tres ordines Romæ, Senatorium, equeſtrem, & plebeium. Et generali verbo ſtatus hi ordines comprehendi poſſunt; adeo hoc ſenſu, qui mouetur Senatu, cui adimitur equus, eius ſtatus poteſt dici mutari; ſed nimirum vnumquodque accipiendum eſt ſecundum ſubiectam materiam; Et non dicitur hic minui capite, qui ciuitatem & familiam retinet, & proinde iura quoque ſucceſſionum & tutelarum.

TEXTVS.

Digitized by Google

TEXTVS.

6. Quod autem dictum eſt, manere cognationis ius etiam poſt capitis diminutionem, hoc ita eſt, ſi minima capitis deminutio interueniat: nam ſi maxima capitis deminutio interueniat, ius quoque cognationis perit, vt puta ſeruitute alicuius cognati: & ne quidem ſi manumiſſus fuerit, recipit cognationem. Sed & ſi in inſulam quis deportatus ſit, cognatio ſoluitur.

COMMENTARIVS.

HOtom. hunc §. refert *ſub tit. praced.* nulla ratione: eſt enim hic titulus quaſi appendix quædam & pars *titul. præced.* cuius tractationem, inſerta per occaſionem iſta materia de capitis deminutione, quodammodo interruperat Inſtin. ad eam iam *h.* §. redit, qui ſe refert ad §. *vlt. tit. præced.* & iſta formula, *Quod autem diximus*, non proxime præcedens, ſed paulo remotius innuere videtur. Et dixerat nimirum in §. *vlt. tit. præc.* agnationem perimi capitis quauis deminutione, non æque cognationem: ſubiecta ratione quod ciuilis ratio perimat iura ciuilia, ſed naturalia non vtique: de quo ibi diximus: apparet autem ex *h.* §. verba *non vtique d.* §. *vlt.* recte expreſſa à Theophilo verbis *ὁ πάντως.* Nam poſſent illa verba *non vtique* ita accipi ac ſi omnimodo cognatio per nullam capitis deminutionem periret: quod contra eſſe docet *hic* §. & mentem Iuſtiniani in *d.* §. *vlt.* eſſe, quod non omnimodo quæuis cap. deminutio tollat cognationem, ſed quædam tollat: & nimirum maxima & media. Quod ipſum tamen mox rectiſſime ita explicat, vt dicat perire Ius cognationis, & nimirum effectus, quos in Romana Repub. cognatio habet: ceteroquin ipſa cognatio quæ exiſtimatur ex natura & ſanguine nec ſeruitute tollitur: per ea quæ ſupra diximus ad §. *Illud.* 10. *de nupt.* & res ipſa loquitur, cum natura omnes homines ſint æquales, cognationem naturalem, etiam cum deportatis etiam cum ſeruis eſſe, idque & docet *l. iura.* 8. *de R. I.* Dixerit quis, ita nullam videri differentiam inter agnationem & cognationem: cum & familiæ ſint ex iure gentium, & ita per minimam cap. deminutionem non tam agnationem, quam iura agnationis perire. Non abnuam omnino, hæc recte inter ſe comparari: Etenim hoc vtique eſſe puto iuris gentium, vt liberi patris familiam ſequantur, & vt proinde inter à patre & à matre cognatos ſit differẽtia: adeoque nec emancipatio reus in illud vinculum & coniunctionem quę eſt à patre ſoluere poteſt. Sed hactenus differentia eſt, tum quod iure ciuili Rom. ſunt plane propria & ſingularia quædam agnatorum iura, tum quod ius ciuile in deferenda ſucceſſione cognatis, magis Ius gentium & naturale ſecutum eſt: & proinde cognationis iura non male opponuntur iuribus agnationis, & difficilius quam hæc, perimi dicuntur: quod res ipſa oſtendit: cum & nudo iuris ciuilis commento agnationis ius adquiratur.

Et ne quidem ſi manumiſſus fuerit.] Non recipit iura cognationis quæ ſemel per ſeruitutem amiſit; & per manumiſſionem quaſi nouus homo hactenus effectus intelligitur. Et hoc ſcilicet procedit quo ad quædam iura & quoſdam effectus, præcipue qui ſpectantur in iure ſuccedendi in ordine cognatorum: quod edictum prætor propoſuit pro ingenuis, & noluit pertinere ad cognationes ſeruiles *l.* 1. §. 2. *vnde cognati*: id eſt, quæ naturaliter ſunt inter eos qui aliquando in ſeruitute fuerunt: (nam quod inter ſeruos nulla ſucceſſio ſit apertum eſt:) quomodo hic locus explicatur in *l. is, qui.* 7. *vnde cognat.* ſemel ſeruum factum non recipere cognationem manumiſſione. Secus eſt ſi ſeruus pœnæ reſtitutus ſit in principe *l.* 1. §. *filio* 4. *ad Tertull. l.* 1. §. *vlt. cum l. ſeq. de bon. poſſ. cont. tabb.* princeps enim reſtituit in priſtinum ſtatum, priuatus manumittendo ius tantũ ſuum remittit. Id tamen hodie ſecus erit poſtquam N. 78. libertini acceperunt iura ingenuorum: ſicut & Iuſtin. iam ante in §. *ſed eas* 2. *verſ. cum*

enim

[illegible] de bon. poſſ. [illegible] libertinorum ſucceſſio- ne [illegible] ad ſimilitudinem ingenuorum [illegible] cogn. in ſeruitute ſuſcepti [illegible] cum aliis liberi, admittuntur. [illegible] quo ad [illegible] etiam & præcipue effectum prohibendi nuptias, hic §. non procedit, vt notauimus ad §. *illud* [illegible] *ſup. de nuptiis.*

Si quis deportatus.] Soluitur cognatio quo ad effectus, qui ſunt inter ciues Romanos.

TEXTVS.

7. Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non ſimul ad omnes pertinet, ſed ad eos tãtum qui proximiori gradu ſunt, vel ſi plures eiuſdem gradus ſunt, ad omnes pertinet: veluti ſi plures fratres ſunt, qui vnum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.

COMMENTARIVS.

1 *An in tutela legitima ſit locus ſucceſſioni.*
2 *An poſt datiuam tutelam, locus fiat legitimæ.*

HVnc quoque locum Hottom. refert ſub tit. præc. & ſtultiſſime diuulſum, & huc reiectum ſcribit. Nimis impudenter, cum exemplarium omnium autoritas ipſi repugnet. Et vt diximus ad §. *praced.* interſerta per occaſionem fuit tractatio de cap. deminutione, qua abſoluta rediјt Iuſtin. ad *tract. de Legitima tutela.*

Sed ad eos tantum.] Quæ ſucceſſionis eſt ratio, eadem eſt tutelæ, cum illa huius ſit cauſa, vt docetur *t.t. ſeq.* Et ſicut igitur Lex 12. tabb. hæreditatem defert non omnibus agnatis, ſed proximis gradu, *infr. de legit. agn. ſucceſſ.* Ita etiam obtinet in tutela. Illud au-
1 tem hic explicatu dignum eſt, ſi † gradus proximus ad tutelam vocatus deficiat, an tum fiat locus ſequenti in tutela, an vero tutelæ datiuæ. Et hoc quæritur ſiue defecerit proximus gradus ante cœptam tutelam, ſiue poſt eam cœptam. Et videri poſſit eadem ratio eſſe hæreditatis legitimæ & tutelæ. In illa non erat ſucceſſio, ita videlicet vt ſi proximus qui fuit tempore mortis, defeciſſet, ad ſequentem gradum hæreditas non perueniret §. *pla. ebat 7. infr. de legit. agnat. ſucc.* vbi dicemus: magis eſt, vt diuerſa ſit tutelæ ratio. Et poſt teſtamentariam hæreditatem non poteſt eſſe locus legitimæ: atquin poſt tutelam teſtamentariam legitima locum habet, vt diximus ſup. *ad §. quod autem de legit. agn. tut.* Itaque & poſt legitimam tutelam proximi gradus, eo deficiente locus eſſe poteſt ſecundo; quoniam (quæ ratio differentiæ eſt) quamdiu ſupereſt pupillus; militat ratio deferendæ tutelæ, quia ſpes etiamnum eſt ſucceſſionis. Accuratius autem diſtinguendum eſt, vt ſi ſuperſit primus gradus, vel ex eo aliquis, ſed inhabilis ad adminiſtrandum, veluti minor, quoniam hic ipſo iure tutor eſt, ſequẽti gradui nõ ſit locus, ſed detur interim tutor ſeu forte curator per *l. non ſolum 10. §. ſi libertus 7. de excuſ. tut.* (de quo agemus *inf. §. pen. de curatorib.*) Et hic enim ſupereſt legitimus tutor ipſo iure. Itaq; etiam vbi legitimus tutor proximo gradu remotus vel excuſatus eſt (quoniam verum eſt ſupereſſe proximum gradum) ſequẽti non eſt locus *per l. 3. §. quæri 8. de legit. tut.* Idem ſi ex proximis aliquis deceſſerit, vt quamdiu vnus ſupereſt, non ſit locus ſequenti gradui, *per d. l. 3. §. ſed ſi. 5.* quoniam & ſi hic ab initio ſolus fuiſſet, ei ſoli tutelam Lex detuliſſet. Itaque demum vbi omnino non ſupereſt primus gradus, & omnes ex eo licet poſt cœptã tutelam mortui vel deportati fuerint, locus erit gradui ſequenti *d. l. 3. §. pen. de legit. tutoribus.* deportati inquam, ſecus enim ſi fuerint capti ab hoſtibus; tunc enim propter ius poſtliminij, ſequens gradus ſuccedit, ſed tutor à prætore datur *l. 1. §. ſi apud hoſtes 2. de legit. tutor.*
2 Videamus pro complemento & hoc, an † poſt datiuam tutelam fiat locus tutelæ legitimæ: de quo tractat *Angel. in §. quod autem in fin. tit. præcedent.* Conſtat regulariter locum eſſe legitimæ tutelæ ante datiuam, ſed vt ex modo & ad §. *quod autem tit. præcedent.* dictis appa-

 ret,

ret, ſunt ſpeciales cauſæ & caſus, ex quibus datiua tutela præcedit legitimam, non tam ex ſe quam ex accidenti: & in primis vbi ſpes eſt tutelæ teſtamentariæ, veluti ſi ſub conditione aut die ſit datus teſtamento tutor: quoniam enim legitima tutela ſemel conſtituta & in actum deducta alteri non cedit, fit vt hic detur tutor à magiſtratu, datiua autem tutela facile cedit. Itaque in his terminis dupliciter poſt datiuum, fit locus legitimo, & 1. mediate, ſi ceſſerit datiuus teſtamentario, & hic poſt deficiat, quo caſu perinde eſt, ac ſi ab initio fuiſſet tutor teſtamentarius, 2. inmediate ſi mortuo tutore datiuo vel deportato deficiat ſpes teſtamentarij tutoris; Ceteroquin ſi ſuperſtes maneat datiu⁹, vtcunq; deficiat ſpes teſtamentarij, crediderim manere eum qui ſemel datus fuit, nec locum eſſe legitimo. Atque hic eſt primus caſus. Alter eſt, quē ponit Angelus, ex *d.l.10.§.7. de excuſat.* ſi legitimus necdum fuerit habilis ad adminiſtrandū. Verum fortaſſis hic datur curator, qui facile cedit: & vt maxime fuerit tutor, attamen cū propter inhabilem ætatem tutoris legitimi dat⁹ fuerit, cenſetur tacite ad tempus datus, & itaque cedet legitimo, poſtquam hic ad ætatem iuſtam peruenit. Atq; ita hic caſus dubio caret. Eſt & alius caſus v.c. Tutor teſtamētarius remotus vel excuſatus fuit: Et non legitimæ, ſed datiuæ tutelæ locus eſt, *l. ſi quis 11. & 2. de teſtamen. tut.* Hoc tutore datiuo mortuo, quæritur an locus fiat legitimo? Ego adfirmandum puto, ſi eo tempore teſtamentarius ille remotus vel excuſatus tutor, itidem mortuus ſit: Ceteroquin obſtabit eadem ratio, ne legitimo ſit locus. Eſt deniq; & his ſimilis caſus. Legitimus proximus tutor remotus eſt, vel excuſatus, & hic non eſt locus ſequēti, ſed datur tutor *l. 3. §. quæri 8. de legit. tut.* quid ſi igitur hic datiuus ſit mortuus? Et idem quod in caſu præced. cēſeo reſpondendum. Etenim quod iſtis caſib. dicitur dandus eſſe tutor, ideo fit, quia illi remoti & excuſati ipſo iure quodāmodo videntur eſſe tutores, quibus ſublatis, ſublato etiam datiuo, res redit in eum ſtatum ac ſi initio nullus fuiſſet talis tutor: & proinde legitimo, aut ſequenti legitimo locus dari debet. Hæc fortaſſis nec inutilia, nec inſubtilia ſunt; quæ alij omiſerunt.

AD TITVLVM XVII.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

TEXTVS.

Ex eadem Lege 12. tabb. libertorum & libertarū tutela ad patronos liberoſq; eorum pertinet: quæ & ipſa legitima tutela vocatur: nō quia nominatim in ea lege de hac tutela caueat: ſed quia perinde accepta eſt per interpretationem, ac ſi verbis Legis introducta eſſet. Eo enim ipſo, quod hæreditates liberorū libertarumq; ſi inteſtati deceſſiſſent, iuſſerat Lex ad patronos liberoſue eorum pertinere, crediderūt veteres, voluiſſe Legem etiam tutelas ad eos pertinere: cum & agnatos, quos ad hæreditatem Lex vocat, eoſdem & tutores eſſe iuſſerit: quia plerumq; vbi emolumentum ſucceſſionis eſt, ibi & tutelæ onus eſſe debet. Ideo autem diximus plerumque, quia ſi à fœmina manumittatur, impubes, ipſa ad hæreditatem vocatur, cum alius ſit tutor.

COMMENTARIVS.

EX eadem Lege.] Explicat hoc *Vlp. tit. 11. de tutelis.* Per eminentiam inquit, legitimi tutores dicuntur, qui ex L. 12. tabb. introducū- tur: ſeu propalam (id eſt ex verbis) quales ſunt agnati: ſeu per conſequentiam: (id eſt ex men-

mente? quales ſunt patroni; Et ita vtraque iſta tutela eſt legitima, quoniam etiam hoc ex Legibus eſſe dicitur, quod eſt ex ſententia Legis *l. nominis 6. de verb. ſign.* Vbi videlicet, ſicut hic eadem ratio eſt, & infertur per directam conſequentiam; Siquidem vt hic teſtatur Iuſtinianus & *Vlpianus in l. 1. in pr. de legit. tut.* ex hac cauſa fuit delata agnatis tutela, quia iiſdem L. 12. tabb. detulerat hæreditatem, quam etiam detulerat patronis; de quo ſuo loco *inf. de ſucceſſ. libert.* cui conuenienter recte Dd. notant in *l. 1. in pr. vti poſſid.* quod quando Lex producitur vltra verba ex mente ipſa Legis (quæ ſcilicet per neceſſariam conſequentiam elicitur) tum actio dicatur directa, vtilis autem tum demum, quando introducitur per interpretationẽ ICtorum, ex æquitate propter aliquam probabilem rationem, de quo *infr. §. vlt. ad L. Aquil.* Vnde etiam notant Interpp. hic quod potius à verbis quam à mente L. recedere debeamus cum ratio ſit anima Legis *arg. l. ad gere 6. §. 2. de tut. patr.* niſi verba ita ſint clara, vt interpretationem non patiantur *vt in l. proſpexit 12. §. 1. qui & à quibus.* de qua re, & an & quando liceat recedere à verbis Legis plane tractat *Ioh. de plat. hic & Angel. n. 2.* vbi etiam n. 3. agit de regula, *vbi eadem ratio ibi idem ius.*

Vbi ſucceſſionis eſt emolumentum.] Imo videatur non recte ita cautum, quippe quod ab ijs qui ſucceſſionem ſperant, imminet periculum pupillo, ne qui ſucceſſuri ſunt, ſtruant inſidias vitæ pupilli arg. *§. ſin autem 3. inf. de pupill. ſubſt.* Sed nimirum vt maxime his tutelam non detuliſſet Lex, potuiſſent tamen inſidiari vitæ pupilli; itaque per iſtam delationem non fit periculum maius aut minus; quod ſi proximus agnatus idemq; tutor ſit, forte ſuſpectus alibi pupillus educari debet, vt docet *l. 1. § 1. & l. 5. vbi pupillus educ.*

Si à fœmina.] Diximus ſup. *de legit. agn. tut.* fœminam non poſſe gerere tutelam exceptis ex iure nouo matre & auia; nec dubito idem eſſe in proauia, licet dubitet *Angelus hic numer. 5.* Cum autem tantum excipiatur mater & auia, etiam hodieque obtinebit, vt quæ manumiſit impuberem ſeruum, eius tutrix eſſe non poſſit; niſi ſit filius naturalis, & in *l. vltim. de tutel.* videntur præciſe fœminæ à tutela excludi, vt fortaſſis verbum *plerumque in l. tutela 16. in princ. eod.* ſit emblema Triboniani; nam ex *l. 2. Cod. quand. mul. off. tut.* quæ eſt Valentiniani, explicari *d. l. 16.* non poteſt.

AD TITVLVM XVIII. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE LEGITIMA PARENtum tutela.

TEXTVS.

Exemplo patronorum recepta eſt & alia tutela, quæ & ipſa legitima vocatur: nam ſi quis filium, aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipauerit, legitimus eorum tutor erit.

COMMENTARIVS.

NOtant Interpp. *ad tit. 15.* ſupra ex generali quaſi mente L. 12. tabb. dici deſcendere omnem tutelam, quæ defertur propter emolumentum ſucceſſionis; & proinde licet L. 12. tabb. cognatis non detulerit hæreditatem, tamen ex quo hodie ſuccedunt iure ciuili, tutelam eorum poſſe referri ad L. 12. tab. Sed iſta propius ad eam Legem refertur; ſiquidem parentes emancipantes liberos habent iura patronorum *§. præterea 6. in fin. ſupr. quibus modis ius patr. pot. ſolu.* quibus Lex 12. tabb. defert hæreditatem: hinc ad legitimam filij inteſtati hæreditatem dicitur vocari pater manumiſſor *l. ſi ad patrem 10. de ſuis & legit. §. vltim. infr. de legit. agnat. ſucceſ. l. 2. C. ad SC. Tert.* & ob id vicem legitimi tutoris

ſuſtinere dicitur *l. 3. §. vlt. de legit. tutor.* & errat hoc loco Myſ. qui putat iſtam tutelam quaſi legitimam eſſe q̃ pater habebat qui emancipauerat non contracta fiducia, adeoq; ipſe filium non manumiſerat. Etenim textus diſerte loquuntur de patre manumiſſore. Et licet pater ita eſſet loco patroni, tamen cum illæ imaginariæ venditiones & manumiſſiones eſſent commentum ICtorum, non potuit dici Lex 12. tabb. cogitaſſe de iſto imaginario patrono; eoque nec perinde iſta tutela, ſicut verorum patronorum legitima appellari; cum & agnatio per emancipationem eſſet ſublata. Extra rem eſt, quod *Ioh. de Plat. & late Angel. hic* tractant, an & quando & quatenus exemplum probet.

AD TITVLVM XIX.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE FIDVCIARIA tutela.

TEXTVS.

Eſt & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur: nam ſi pater filium vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps, impuberes manumiſerit, legitimam nanciſcitur eorum tutelam. Quo defuncto ſi liberi eius virilis ſexus exſiſtant, fiduciarij tutores filiorum ſuorum, vel fratris vel ſororis, vel ceterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo liberi quoq; eius legitimi ſunt tutores: quoniam filius quidem defuncti, ſi non eſſet à viuo patre emãcipatus, poſt obitum eius ſui iuris efficeretur, nec in fratrum poteſtatem recideret: libertus autem ſi ſeruus manſiſſet, vtiq; eodem iure apud liberos domini poſt mortẽ eius futurus eſſet. Ita tamen hi ad tutelam vocantur ſi perfectæ ſint ætatis: quod noſtra conſtitutio in tutelis omnibus & curationibus obſeruari generaliter præcepit.

COMMENTARIVS.

1 *Defenſa vulgata lectio, & de ſpecieb. huius tutelæ.*
2 *Vnde appellata fiduciaria.*
3 *Explicatio textus.*

NAm ſi pater.] Repetitio *verſ. nam ſi. tit. præcedent.*

Legitimam tutelam.] Quo ſenſu ita dicatur; diximus *tit. præced.*

Quo defuncto.] Iam de fiduciaria tutela. Cõſtituenda † autem ante omnia eſt huius loci 1
lectio. Ita habent editiones vulgatæ omnes vt expreſſi: *Si liberi eius virilis ſexus exiſtant, fiduciarij tutores filiorum ſuorum, vel fratris vel ſororis, vel ceterorum efficiuntur.* Atque ita editio Pariſina, ita Contius, Baro, Weſembec. alij. Verum editio Ruſſardi non habet verba *filiorum ſuorum, vel ceterorum*, ſed ita: *fiduciarij tutores fratris, vel ſororis efficiuntur.* Vt tamen verba illa quæ editiones aliæ omnes agnoſcunt, annotet in margine, & hoc adiiciat, abeſſe ea à Digeſtis; adeoque apparet eum motum eſſe ex *l. quo defuncto 4. de legit. tut.* vbi etiam tantũ fratris & ſororis mentio fit, ſed minus leue hoc eſt argumentum, vt ex fragmento illo & centone quem deſcripſerunt conpilatores, emẽdetur hic loc⁹, quo ex profeſſo de hac tutela agit Iuſtinian. Itaq; omnino male Gothofr. in omnib. editionib. ſuis, quæ omnium manibus teruntur, omiſit, quæ omnino neceſſaria eſſe iſtud euincit, quod in pr. tit. agit Iuſtin. non tantum de filio emãcipati, ſed etiam nepotibus: & cõſequenter non tantum contingit caſus huius tutelæ vbi frater tutor fit fratris emancipati, ſed etiam pater filij ſui, quem auus filio in poteſtate retento emancipauit, & ſi pater non ſit,

Digitized by Google

ſit, patruus fratris ſui filii emancipati erit tutor: quos tres caſus expreſſit Iuſtinianus, verbis 1. filiorum ſuorum, 2. fratris vel ſororis, 3. ceterorum. Expreſſit itidem, (quod magnum pro lectione quam defendimus præbet argumentum) Theophilus, συμβαίνει, inquit, οὐ μόνον 1. ἀδελφὸν ἀδελφῷ γίνεσθαι φιδουκιάριον ἐπίτροπον, ἀλλὰ καὶ 2. θεῖον ἀνεψιῷ, καὶ 3. πατέρα παιδί: quos ſingulos caſus exemplis illuſtrat. Proxima quæſtio eſt de
2 cauſa appellationis, † cur dicatur fiduciaria tutela. Numquam mihi ſapere potuit, quod communiter Interpp. hinc dictum putant, quoniam Lex confidat & habeat iſtam fiduciam, iſtas perſonas recte tutelam adminiſtraturas: neque enim vlli citra iſtam fiduciam quæcunque tutela committeretur; quamuis ita ſenſiſſe videatur Theophilus, qui inſcripſit ſuum titulum περὶ τῆς θαρρεινῆς ἐπιτροπῆς, θαρρεῖν enim ſignificat, confido. Inepte, vt mihi videtur. Ego in ea ſemper fui opinione, à fiducia contracta in emancipatione hanc appellationem deductam eſſe; de qua diximus *ſup. tit. 12. §. præterea 6.* & ſcilicet pater contrahere fiduciam & contracta fiducia emancipare dicebatur §. *vlt. infra de legit. agn. ſucc. l. 2. §. obiicitur 15. ad SC. Tertull.* adeoque tutela illa quam pater in liberos emancipatos habebat, recte dicta fuiſſet fiduciaria, ſed quia ex cauſa ante dicta & ipſa legitima dicta fuit, videtur id nomen ad eam tutelam relatum, quæ perſonis hic enumeratis in liberas contracta fiducia emancipatis, competit. Atque ita deprehendo ſentire *Hottomanum hic*, vbi ait, abuſionem iſtius vocabuli, quod in patre defuncto non valuit, ad ipſius poſteros quaſi hereditariã alterius nominis penuria tranſlatam fuiſſe. Iam ad rem. Ait Iuſtinianus
3 † perſonas iſtas eſſe fiduciarios tutores non legitimos. Huic ſententiæ obiicit ipſe in *verſ. atqui.* ex quo videatur effici eſſe legitimos tutores. Si patrono qui ſeruum manumiſit & eius tutor legitimus fuit, defuncto, liberi eius eodem genere tutelæ, impuberi adhuc liberto ſunt tutores; ergo etiam defuncto patre emancipatore, qui inſtar patroni legitimus erat filii tutor, liberi eius debent cenſeri legitimi tutores. At verum prius. Ergo & poſterius. Hæc obiectio remouetur, & ſimul ratio diuerſitatis redditur in *verſ. quoniam*: quod libertus impubes ſi ſeruus manſiſſet, eodem iure fuiſſet penes liberos & heredes domini ſui, quo apud ipſum dominum fuit, æque nimirum ſeruus: ſed filius non emancipatus mortuo patre ſui iuris effectus fuiſſet, & minime in fratrum ſuorum poteſtatem reciciſſet. Hæc autem ratio tantum eſt particularis, & procedit in duabus ſpeciebus tutelæ fiduciariæ, qua frater fratris aut prædefuncti fratris emancipati ab auo liberorum tutor eſt; fallit autem in tertia ſpecie, quam habet pater in liberos ſuos emancipatos ab auo, quo mortuo nepotes non emancipati in patris ſui poteſtatem recidiſſent, & ei ſicut ante auo, omnia adquiſiuiſſent. Et an igitur propterea pater hic liberorum ſuorum ab auo emancipatorum erit tutor legitimus? Ita quidem affirmat Hottomannus hic, pater, inquit, auo defuncto filii ſui emancipati haud dubie tutor erit legitimus. Sed contradicunt diſerte verba *in princ. tit.* quæ ipſe Hottomannus agnoſcit, ibi *fiduciarii tutores filiorum ſuorum efficiuntur.* Itaque iuuandus eſt Iuſtinianus, & intelligendum tum demum tutelam liberorum etiam legitimam eſſe ſicut patris fuit, vbi ex ſucceſſione ius omne liberis quæritur, & vbi æque patroni ſunt liberi, & ius patronatus in eos ſimul deſcendit. Vnde apparet generalis & duplex diuerſitatis ratio. Nam liberi patroni ſi qua ratione excluſi à patris hereditate fuiſſent, nullum ius in ſeruo habuiſſent: at filius licet exheredatus mortuo patre liberos ſuos quos auus non emancipauerat, in poteſtate habuiſſet. Deinde in liberos vna cum hæreditate deſcendit ius patronatus: atqui ius patronatus, quod auus in nepote emancipato habuit, non deſcen-

 dit

dit in filium, nec filius eius quem pater emancipauit dicitur patronus, nec bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas filii ſui ab auo emancipati habet *l.1.§.pen. ſi quis à patr. manum.* Itaque recte negatur pater filiorum ſuorum ab auo emancipatorum eſſe legitimus tutor, & male Mynſ. ob iſtam rationem, quam propoſuimus, ſolum fratrem fiduciarium tutorem eſſe concludit, quæ & ſententia Iaſonis eſt *in addit. ad Porc.* qui putat patrem eſſe legitimum tutorem filii ſui, quem auus emancipauerat: & ob id, ſed omnino vitioſe, *in pr.* verba *filiorum ſuorum* explicat de liberis eius, quaſi *ſuorum* ſcriptum eſſet, pro, *eius*: & falſum eſt, quod ibi dicit, perinde vocari patrem ad ſucceſſionem, atque ipſum auum qui emancipauit.

Ideoque nec in tutelam.] Hæc verba expungit Hottom. quoniam (quæ ipſius ratio eſt) ſi filius emancipatus non fuiſſet, vtique patre mortuo, frater tamquam proximus agnatus, legitimus tutor eius fuiſſet. Sed cauillatio eſt: ſiquidem Iuſtiniani argumentum eo tendit, vt probet, non eam eſſe tutelam nec eam eius ſpeciem, quæ fuit penes patrem; ceteroquin non negat, quod filius nõ emancipatus in fratris tutela, quæ iure & proprie legitima dicitur, eſſe poſſit.

Illud notare recte videntur Interpretes, poſtquam Anaſtaſius fratribus licet emancipatis, iura agnationis conſeruauit, & Iuſtinianus in ſucceſſionibus, iura poteſtatis & emancipationis ſuſtulit, tutelam, quam hodie frater in fratrem emancipatum habet, legitimam recte appellari.

Si perfectæ ætatis ſint.] De hoc & an minor poſſit aut potuerit eſſe tutor, dicemus *infra ad §. Item maior 13. de excuſat. tutor.*

AD TITVLVM XX.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE ATTILIANO TVTORE, & eo qui ex L. Iulia & Titia dabatur.

TEXTVS.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in vrbe quidem à prætore vrbano & maiore parte Tribunorum plebis, tutor ex Lege Attilia: in prouinciis vero à præſidibus prouinciarum ex Lege Iulia & Titia. Sed & ſi in teſtamento tutor ſub conditione aut ex die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iiſdem LL. tutor alius interim dari poterat. Item ſi pure datus fuerat, quamdiu ex teſtamento nemo heres exſiſtebat, tamdiu ex iiſdem LL. tutor petendus erat: qui deſinebat eſſe tutor, ſi conditio extiterat, aut dies venerat, aut heres exſtiterat. Ab hoſtibus quoque capto tutore, ex his LL. tutor petebatur: qui deſinebat eſſe tutor, ſi is qui captus erat, in ciuitatem reuerſus fuerat: nam reuerſus recipiebat tutelam iure poſtliminii.

COMMENTARIVS.

PRoponũtur varii caſus, quib⁹ tutela datiua locum habet; abſoluto enim tractatu de tutela teſtamentaria & legitima, iam tertio loco agitur de Datiua, cuius poſtrema cauſa eſt; adeo vt ſi extante tutore teſtamentario aut legitimo iudex det tutorem, datio ſit ipſo iure nulla per *l. ſi ſororis 9. C. qui dar. tut.* proponitur

Digitized by Google

nitur autem cauſa efficiens huius tutelę & remota & proxima. Remota ſunt Leges, Attilia, itemque Iulia & Titia, proxima ſunt magiſtratus, qui ſecundum eas LL. dant tutores. Et ex L. Attilia Romæ, prætor cum maiore parte Tribb. plebis; vel potius prætor cum Tribunis; & ita apud *Liuium lib. 39.* Hiſpala Fecennia, tutorem à prætore & Tribunis petit; & quod maioris partis hic mentio fit, eo ꝑtinet vt ei ſtaretur, quod maiori parti Tribunorum placeret; cum alias quod & Hotto. hic notat, & innumeris Liuii locis probetur, ita ius eſſet, vt vnus Tribunus interceſſione ſua impedire poſſet, quod etiá ceteris omnib. placuiſſet; id ius ſublatum adeo in hac cauſa dandi tutores fuiſſe, apparet. Nimirum initio quidem duos tãtum tribunos plebis, poſt decem creatos, & totidem perſeueraſſe ex Liu. conſtat.

Si cui nullus.] Primus hic caſus eſt, quo ex iſtis LL. tutor datus, ſi omnes ſpecies tutelæ, de quibus hactenus actum eſt, deficiant. Sed quid cum fuiſſent tutores teſtamentarii, aut legitimi, & eorum vnus aliquis decedit (nam ſi omnes moriantur, certum ius eſt) an tum erit locus datiuo in locum demortui? Puto æſtimare prætorem an ſufficiant qui ſuperſint, & poſſe (non autem debere) ex cauſa in locũ defuncti dare alium, vt docet *l. ſi quis 11 §. vlt. de teſtam. tut.* & errat hic *Ioh. de Plat.* qui hoc tantum in teſtamentariis locum habere putat, non in legitimis: male adducta *l. 3. §. ſed ſi 5. de legit. tut.* vbi excluditur ſequens gradus, quamdiu ſuperſunt ex præcedenti proximo gradu; non autem excluditur datiuus, ſi eum neceſſarium eſſe prætor deprehenderit.

Sed & ſi teſtament.] Alter caſus eſt, quo tutor quidẽ datus ſeu potius deſignatus eſt pupillo, ſed q necdũ tutor eſſe poteſt: nã vt ſupra diximus, quoniam hic ſpes eſt teſtamentariæ, legitima ceſſat, & tutor à magiſtratu datur.

Sub conditiones.] Conditio ſuſpendit actum, adeo nullo modo poteſt interim dici tutor, ſed tantum ſpes eſt fore, ſicut in caſu conditionalis obligationis, ſpes tantum eſt, debitum iri *§. ſub conditione 4 infr. de V.O.*

Aut ex die certo.] Nam incertus ſub conditione cõprehenditur, de quo inf. Ratio a. hic poterat eſſe dubitãdi, vt interim nõ tutor, ſed curator dandus videretur, argumẽto obligationis in diem; ex qua iam actio nata eſt, & debitum iam eſt, ſed tantum differtur actio. Ita & tutor ita datus videtur ipſo iure tutor eſſe, nec proinde admittere alium tutorem, iuxta regulam *§. pen. inf. de curatorib.* Sed n. non bona eſt cõparatio, nec quidquam adhuc iuris ante diem habet tutor, nec ante quidquam in eum conferre voluit teſtator. An autem in locũ legitimi, qui ad gerendum inhabilis eſt, interim tutor vel curator detur, dicemus *ad d. §. pen.*

Quamdiu ex teſtamẽto.] Tertius caſus eſt, quo licet tutor pure ſit datus teſtamento, opus tamen eſt tutore datiuo, vbi ſcil. nec dum hereditatis aditio facta eſt, quę tum cetera, tum etiam tutelæ dationem cõfirmat *l. ſi nemo 9. cum l. ſeq. de teſtam. tut.* Poteſt autem longiuſculum tempus intercedere; quia forte conditio adſcripta, vel heres iure deliberandi vtitur. Hottoman. hunc locum negligentiſſime à Triboniano tractatũ affirmat, eo quod ꝑtineat hoc tantum ad caſum pupilli exheredati, non etiã inſtituti. Eum reprehendit *Alber. Gentil. dial. 6.* ait vtiq; hoc etiam obtinere quando pupillus nõ ſuus inſtitutꝰ eſt. Sed ſane huic iure nõ datur tutor, vt ſupra expoſuimꝰ ad *§. 2. ti. 13.* adeo referẽdum ita fuerit ad caſum, quo tutor eget cõfirmatione, à patre, emancipato, vel à matre aut aliis pupillo inſtituto datis, de quo tractauimus quædam *ad §. certa ſup. tit. 14.* tum etiam vbi pupillꝰ inſtituus fuit cui datus eſt tutor, tm̃ illi datur tutor ad adeundam hereditatẽ, vt eo loco diximus; quod curator hic inutilis eſt ex ratione *l. curatorem 19. de autor. tut. l. 17. §. 1. de appellat.* atquin Iuſtinianus hic magis agit de caſu, quo ſimpliciter non ad vnum actũ tutor datur. Neq; tñ eſt quod reprehendatur Iuſtinianꝰ, qui tm̃ voluit tractare caſum, quo opus eſt tutore datiuo; quod tantum illo caſu verũ eſſe videtur, & neceſſarium, vbi confirmatio teſtamenti pendet à facto & aditione alterius; ceteroquin in tutela teſtamentaria pura ſi inſtitutum ponat pupillum, exiſtentia ipſa

Digitized by Google

ipſa confirmabitur tutela, quæ verior eſt ſententia, vtcumque acceperit pupillus coheredem vel ſubſtitutum, licet eo caſu communiter Dd. velint iura ſuitatis quodammodo vulnerari, &, vt not. Ang. hic, requirant hoc caſu Attilianum tutorem, cuius autoritate adeat pupillus. Illorum autem ſententia probanda non eſt, qui putant iudicis autoritate adeundam hereditatem: neque enim iſtud ad officium magiſtratus pertinet. De ſuitate & eius effectibus agemus *infra libro 2. tit. 19.*

Qui deſinebat.] Repetit caſus quos propoſuerat: & pertinet hoc ad modos quibus finitur tutela datiua, quod attigimus *ad §. ad certum tempus tit. 14.* poſſe magiſtratum vſque ad tempus & quaſi ad tacitam conditionem tutorem dare.

Ab hoſtibus quoque tutore capto.] Atquin non videbatur tutori datiuo, ſed potius curatori eſſe locus, per regulam *d. § pen. de curatorib.* quoniam reuerſus ab hoſtibus, cum perinde habeatur, ac ſi retro ſemper in ciuitate fuiſſet, hac fictione ſtante fit, vt tutor intelligatur datus ei qui tutorem habuit. Et non confirmatur hic locus *ex l. 1. §. 2. de legit. tut* quem ad hoc adducit Hottom. ſed magis impugnatur: & ſcil. ſi proximus agnatus apud hoſtes ſit, negatur eſſe ſequenti locus. Propter ius poſtliminii ſcilicet, quod facit, vt pro tutore habeatur: quamuis ſane illa difficultas manet, quod *in d. §. 2.* à prætore dandus dicitur, &c, vt contextus arguit, *tutor*, videbimus *infra ad d. §. pen.* Interim hoc in mentem venit, quoniam pupillo recte & plene per curatorem proſpici non poteſt, arg. *l. cum in vna 17. §. 1. de appellat.* in incerto euentu tutoris redituri, placuiſſe potius tutorem dari quam curatorem.

Recipiebat tutelam.] Apparet adeo de eo tractari, qui cum iam tutor actu eſſet, ab hoſtibus captus fuit: ceteroquin facilius eſſet [illegible] locus.

Reuerſus.] Quid ſi apud hoſtes deceſſerit? Conſtat eum perinde haberi, ac ſi ipſo puncto captiuitatis mortuus fuiſſet; Quo poſito in veritate, locus fuiſſet legitimo, vel ſi [illegible] tutor captus fuiſſet, agnato ſequenti [illegible]. Itaque ſi hanc rationem ſequimur, [illegible] tum tutorem prætorium cedere, ad alium poteſtate iuris tutela deuoluta. Quod etiam addendum eſt & ſupplendum ad *d. l. 1. §. 2.* & *ad §. 1. h. t. in fin.* vt nimirum ſi conditio, ſub qua tutor teſtamento datus fuerat, defecerit, tunc ceſſante datiua, incipiat locus eſſe tutelæ legitimæ, quod firmatur per caſum *l. ſi tutor. §. 1. de tut. & rat. diſtrah.*

Obiter hic notandum de LL. quarum in pr. tit. mentio fit. Ex citato ante loco ex *Liuio lib. 39.* apparet hanc Legem antiquam fuiſſe; quod vnicum notat *A. Auguſt. de LL.* & ſuſpiciones tantum adducit *Hottomannus.* Bonus *Ferrarius Mont.* & eum ſecutus *Mynſ.* confidenter ſcribunt, à L. Attilio, & Claudio Martio tribunis plebis latam hanc legem. Sed enim ſcriptum eſt apud *Liuium lib. 9.* à L. Attilio & C. Martio latam Legem de Tribunis militum: huius autem de qua quærimus, nullum veſtigium, & inſuper indocte vocatur Claudius Martius, cum vtrumque & Martius & Claudius non prænomina, ſed gentis nomina ſint, quæ in vno non concurrebant. Iulia quoque & Titia Lex, quando aut à quibus lata fuerit, non reperio. A Cæſare vel Auguſto latam putat VVeſemb. ſed LL. Iuliæ nullam aliam habent coniunctam appellationem: hæc autem eſt Lex Iulia Titia; vitioſe enim dicitur L. Iulia, Papia: ſed Lex Iulia ſola ea de re fuit, à qua diuerſa Papia Poppæa, quæ à Conſulibus nomen accepit.

TEXTVS.

2. Sed ex his LL. tutores pupillis dari deſierunt, poſteaquam primo Cõſules, pupillis vtriuſque ſexus tutores ex inquiſitione dare cœperunt: deinde prætores ex conſtitutionibus. Nam ſupradictis Legibus neque de cautione à tutoribus exigenda, rem ſaluam pupillis fore: nec de compellen-

dis

dis tutoribus ad tutelæ adminiſtrationem quidquam cauebatur.

COMMENTARIVS.

MVltiplex ius circa datiuam tutelam hoc tit. recenſet Iuſtin. & poterat tamen ea ſuperſedere relatione, & ſimpliciter ius vſitatum proponere; primũ eſt, de quo initio huius tit. ex LL. Attilia, & Iulia Titiaque, ſequitur alterum h. §.

Poſteaquam primo Conſules.] Hoc Claudio tribuit *Sueton. cap. 23.* ſanxit, ait, vt pupillis extra ordinem à Conſulibus tutores darentur; eiuſq; rei veſtigium eſt *in l. 1. §. 1. in fi. de conf. tut.* vbi ſi quid deeſt, ſupplendum dicitur, per conſularem poteſtatem, & vt eſt in Græco, ἐκ τῆς τοῦ ὑπατικοῦ ἐξουσίας. Atquin cum Iuſtinianus hic non obſcure innuat, ius conſulum in dandis tutoribus ad prætores poſtea tranſiiſſe, (quod M. Antonino Phil. tribuit *Capitol. cap. 4.* prætorem, inquit, tutelarem primus fecit, cum ante tutores à Conſulibus poſcerentur) non potuit tempore Modeſtini, qui vtique poſt Antoninum vixit, ea poteſtas conſulum fuiſſe. An forte etiam tum ius iſtud aliquando ſibi conſules vſurparunt? an parum accuratus fuit Modeſtinus, dum meminit poteſtatis conſularis, quæ tum ceſſabat hac in re.

Ex conſtitutionibus.] Cur ait ad prætorem hoc translatum ex conſtitutionibus, & hac in re quaſi opponit ius anterius, quo Conſules dabant tutores, cum tamen vt oſtendimus, vtrumque hoc fuerit ab Impp. aut cur magis dicitur ex conſtitutionibus eſſe, quod ſanxit M. Antoninus, quã quod Claudius? An quod de conſtitutionibus dicitur, ad vtrumque referimus, an quædam aliæ & poſteriores conſtitutiones prætoribus ius hoc iterum tribuerunt?

Ex inquiſitione.] An igitur tum demum & ſub Claudio per conſules ex inquiſitione tutores dari cœpti, & ante prætores cum Tribunis ſine inquiſitione tutores dederunt? Id ſane vix probabile eſt. An forte propria quædam tum ratio inquirendi inſtituta? Multa eiuſmodi nos fugiunt, vt modeſtius nos iura tractare conueniat, nec propterea velim cum Hottom. mutare textum & legere *ex iuriſdictione*: quamuis ita Theoph. habeat, κατὰ *iuriſdictionem*: neque enim ille ſemper verbis Iuſtiniani inhæret: & omnino non ſequitur, conſules cœperunt dare tutores ex inquiſitione; ergo ante prætor cum tribunis non inquirebat.

Nam ſupradd. LL.] Cauſam reddit, quare à iure veteri & LL. Attilia, Titia & Iulia receſſum ſit, quoniam per illas non ſat pupillis proſpiciebatur. Duplex autem vitium illarum LL. notat, 1. quod iis nihil cautum erat, de ſatiſdatione exigenda à tutorib. de qua *infr. tit. 24.* Sed occurrit ſcrupulus *ex d. tit. 24. §. vlt.* vbi dicitur, quod maiores magiſtratus non exigant ſatiſdationem, adeo nec conſules, nec prætores, de quibus h. §. agitur, & quomodo igitur hoc poteſt vitium notari in illis LL. ſi cõſules & prætores, quibus ius hoc dandi tutores tributum eſt, non exigunt ſatiſdationẽ? Vix habeo quod reſpondeam; niſi forte poſt aliquid innouatum, vt ne prætores amplius exigerent ſatiſdationem: aut aliquãdo etiam ſatiſdationem ex ſpeciali cauſa exigerent: aut prætorum poteſtas in dandis tutoribus non tantum finibus vrbis Romæ cõcluſa fuit, ſed etiam ad municipia viciniora porrecta & pupillos ibi domicilium habentes, quibus vt darent tutores, magiſtratus municipales monebant (de quo *in §. ſeq.*) quibus ſatiſdationẽ exigere incumbebat, quod bene confirmat *l. 5. de confirm. tut. & infr. de ſatiſd. in pr.* dicitur, curare debere prætorem vt tutores ſatiſdent, & tamen mox ſubiicitur, non ſatiſdare tutores ex inquiſitione datos, quomodo ſane dantur à prætore, adde quæ dicemus *infr. ad pr. de ſatiſd. tut.* Alterum vitium notatur, quod LL. illis non erat cautum, de tutoribus ad adminiſtrationem compellendis; quod rurſus accipiendũ eſt, de certis inductis remediis, mulctis dicendis, & pignoribus capiendis; extra ordinem *l. 1. in pr. de admin. tut. l. 3. C. de ſuſpect. tut. l. 1. in fi. C. in quib. caſibus tut. hab.* adde notata *infr. ad §. ſciendum in fi. de ſatiſd. tut.* ceteroquin abſurdum

ſit exiſtimare, antea in arbitrio fuiſſe tutorum quos prætor & Tribuni plebis conſtituerant, an adminiſtrationem ſuſcipere vellent, necne. Addit VVeſemb. aliam rationē cur prior ratio dandi tutores ceſſauerit, quoniam poteſtas Tribunitia tum translata fuerit ad Auguſtos. Sed errat. Et Impp. enim vt ſacroſancti eſſent, aſſumebant ſimul tribunitiam poteſtatem: ſed non propterea ſublati tribuni plebis; quos adhuc ſub Impp. fuiſſe certiſſimum eſt. Et tamen pro VVeſemb. Suet. de Auguſto c. 27. Tribunitiam poteſtatem perpetuam recepit, in qua ſemel atque iterum per ſingula luſtra collegam ſibi cooptauit, & tamen contra videtur ſcribere *Dio. lib. 53.* quod Impp. quotannis poteſtatem hanc cum tribunis eius anni renouent.

TEXTVS.

3. Sed hoc iure vtimur, vt Romæ quidem præfectus vrbi, vel prętor, ſecundum ſuam Iuriſdictionem: in prouinciis autem præſides ex inquiſitione tutores crearent: aut magiſtratus iuſſu præſidum, ſi non ſint magnæ pupilli facultates.

COMMENTARIVS.

TErtium iſtud vel potius quartum ius eſto: quod in vſu eſſe perhibet Iuſtinianus, vbi hoc addendum, quidnam ſit *Inquirere*: & nimirum duplex inquiſitio eſt, vbi confirmandus eſt tutor, & vbi ab initio dandus. In illa quæ ſpeciatim requirantur, docet *l. 7. §. 1. de conf. tut.* In genere & vtrobique conſideratur, an perſona ſit apta *l. 1. §. 2. de conf. tut.* quod æſtimatur ex facultatibus & ex moribus *l. 8. de confirm. tut.* tum decretum interponēdum eſt. *d. l. 7 §. 1. in fi.* Duo autem h. §. occurrunt ſcrupuli. 1. Quod dicitur prætorem dare ſecundum ſuam Iuriſdictionem. 2. Quod ſequitur, magiſtratus municipales dare tutores iuſſu præſidum. Idque priori conſequens; quoniam eſt hoc ordinarii iuris, vt quiſque iuriſdictionem ſuam, & ea quæ ad iuriſdictionem pertinent, & iuriſdictionis eſſe dicuntur, alteri peragenda delegare, mandare & committere poſſit, *l. more 5. cum l. ſeq. l. ſolet 16. cum l. ſeq. de iurisdic.* vtrique autem contradicit, tum quod Vlpianus ſcribit in *l. muto 6. §. tutoris 2. de tutelis*, tutoris dationem non eſſe iuriſdictionis, ſed ex ſpeciali conceſſione competere; tum quod mandari à præſide non poſſe ius dandi tutores reſponſum eſt in *l. nec mandante 8. de tutorib. dat.* & ita habet ſe res, vt hæc duo inter ſe opponi ſoleant, competere alicui vi iuriſdictionis & iure magiſtratus; &, competere ſpeciali Legis conceſſione; ita vt illa quidem mandari & per alium expediri poſſint; hæc autē non poſſint, quoniam Lex vel princeps dum in ſpecie hoc magiſtratui permittit, eius fidem & induſtriam elegiſſe intelligitur, & per eum ipſum voluiſſe expediri: & iſta probantur vulgato textu *in l. 1. in pr. de offic. eius, cui mand. eſt iuris.* Iſta explicatione, non vnius homonymiæ in verbis & phraſibus extricantur. Interpp. enim vulgo nihil hic intelligūt, & meros fundunt errores. Et initio iuriſdictionis eſſe, vel vi iuriſdictionis aut magiſtratus iure competere, dupliciter dicitur tum in ſpecie, tū in genere. Illo modo dicuntur & intelliguntur, quæ natura ipſa inſunt iuriſdictioni, quam quiſq; magiſtratus pro cōditione ſua habet, more maiorū, de quibus loquitur ICtus *in d. l. 1. de off. eius cui mand. eſt iurisd.* quod nimirum iſta mādari poſſint. Hoc modo intelliguntur omnia ea, quæ à Lege vel conſtitutione non perſonæ ſingulari, ſed officio v. c. prætoris aut præfecti commiſſa ſunt. Et iſta mandari nequeunt. Et poſteriori hoc ſenſu tutelæ vel tutoris datio poteſt dici eſſe iurisdictionis prætoriæ, & prætor dare tutorem ſecundum ſuam iuriſdictionem, vt hoc §. & eodē ſenſu dicitur tutorem dare, cuius de re iuriſdictio eſt *l. 3. in pr. de poſtul. & in l. 3. §. ſed & ſi 5. Iudic. ſolu.* quamuis alii hæc omnia loca ita nec abſurde explicent, quod prætor det tutorem iis qui ſub iurisdictione ſua cōſtituti ſunt: vt maxime enim ſpeciatim Lege hoc conceſſum ſit prætori, attamen nō aliis pupillis, nec alios tutores dare poteſt, quam qui ſunt ipſius iurisdictioni & poteſtati ſubiecti, & de eius,

vt lo-

Digitized by Google

vt loquuntur, territorio. Addendum & h. c. quod iuriſdictionis verbum ſumitur aliquando latius, vt non tantum cõtineat ea quæ pertinent ad tractationem controuerſiarum ciuilium, ſed omnia alia quoq; quæ ſunt officii magiſtratus vndecunque tandem ea habeat: quam iuriſdictionem legalẽ, vel ſingularem quidam ſolent appellare *Donell. 17. comment.* 8. *Scip. Gent. d. lib. 1. de iured. c. 19.* Ex quibus intelligitur, quomodo h. §. prætor dicatur tutorem dare ſecundum iurisdictionem ſuam, ceteroquin proprie & in ſpecie non dat tutorem vi magiſtratus & iuriſdictionis ſuæ, quã more maiorum habet, ſed ſpecialis conceſſionis: idque ipſe totus hic titulus oſtendit: quia initio L. Attilia, Iulia & Titia, prætori & Tribunis, poſt Claudius Cõſulibus, mox M. Antoninus prætori proprio ius dandi tutores conceſſerunt. Et hęc ad primum ſcrupulum, an & quatenus ius dandi tutoris poſſit dici iuriſdictionis. Alter huic cõnexus eſt, & ex iis quæ iam diximus efficitur, cum iſtud ius nõ competat vi ordinariæ iurisdictionis, mandari quoq; id non poſſe; & ſane ſcriptum eſt *in l. 3. de tutorib. & cur. dat.* omnibus magiſtratibus municipalibus id ius eſſe conceſſum; adeoquod iam habent, vt illis mandetur neceſſarium non erit. Hinc natæ ſunt variæ explicationes ad hunc locum; & iſta verba, *Iuſſu præſidum.* Ego hoc ita explicare ſoleo. Magiſtratus municipalis habuit ius dandi tutoris, vt ita dicam, particulare, in pupillos illius municipii; præſes autem habuit ius vniuerſale in omnes totius prouinciæ, adeoq; ſingulorum & vniuerſorũ municipiorum pupillos. Itaq; præſes cum omnibus & ſingulis magiſtratib. municipalib. concurrit in iure dandi tutoris: vt, cum ipſe præſes in magiſtratus iſtos imperiũ habeat, procul dubio eius ius fortius ſit & potentius & prius. Huic conſequens eſt, vt vbi caſus, quo dandus eſt tutor, contingit, referatur prius res ad præſidem, qui dabit tutorem ſi iure ſuo vti velit, & ceſſabunt tum partes magiſtratus municipalis: Vbi vero præſes vel occupatus, vel aliis de cauſis tutorem dare nolet, tum illæ faturæ ſunt partes magiſtratus municipalis, qui ſcilicet dabit tutorem non mandatu præſidis, cum ipſe hoc ius ſibi conceſſum habeat *d. l. 3. de tutorib. dat.* ſed tamen cum prius expectare eum oporteat an ſuo iure vti præſes velit, fit, vt pręſide hoc ad magiſtratus municipales remittente, videantur ipſius iuſſu dare tutores; quos ſane dant illius iuſſu & monitione præcedente, atque ita in *l. tutores 5.* de prætore dicitur, quod iuſſerit, vt magiſtratus ſcil. minores confirmarent tutores; hoc eodẽ ſenſu in *l. Lucius 46. §. cum teſtamento. 6. de admin. tutor.* dicitur præcepto præſidis tutor datus à magiſtratibus municipalibus. Idque eleganter confirmatur ex *l. 1. §. magiſtratibus. §. 6. de magiſtr. conuen.* vbi dicitur imputari magiſtratibus municipalibus, ſi *MONITI* non dederint tutores. Et nimirum officium erat illorum; vt referrent ad præſidem, quod pupilli indigerent tutoribus, & ſimul etiam quoſdam ex municipio nominarent tutores; quos præſes aut dabat tutores, aut rem ad illos remittebat, vt apparet *ex d. l. 1. §. ſi præſes 3. & §. ſi curatores 5. de magiſtr. conuen.* Hæc eſt ipſiſſima veritas rei; & proinde quod in *d. l. 1. §. 6. in fi.* de mandato dicitur, explicandum eſt *ex præcedd. dd. §§.* vt non intelligatur ita mandatum quaſi ipſi ius dandi tutores non habeant. Non obſtat autem, quod proconſulis legatus poteſt dare tutorem *l. pen. de offic. proc. & leg.* qui videtur omnia habere ex mandata iuriſdictione. Sed enim legatus ex ſpeciali conceſſione ius dandi tutores habet *l. 1. §. 1. de tut. & cur. dat.* licet id ius demum exercere poſſit poſt mandatam iuriſdictionem; quia tum demum legatus officio in prouincia fungi intelligitur. Nec hic quicquam mutatum eſt, & errãt poſt gl. Interpp. qui ſcribũt, hodie iſtud competere iure magiſtratus, & poſſe delegari, non tamen cuiuis, ſed habenti iuriſdictionem; quod merum eſt commentum.

Vel magiſtratus.] Non dubium eſt quin hic intelligantur magiſtratus municipalis, vt monuimus quoque ſupra *ad §. præterea 6. Quib. mod. ius pat. pot. ſolu.*

TEXTVS.

4. Nos autem per conſtitutionem noſtram huiuſmodi difficultates hominum reſecantes, nec expectata iuſſione præſidum, diſpoſuimus, ſi facultates pupilli vel adulti, vſque ad 500. ſolidos valeant, defenſores ciuitatum, vna cum eiuſdem ciuitatis religioſiſſimo Antiſtite, vel alias publicas perſonas, id eſt, magiſtratus, vel iuridicum Alexandrinæ ciuitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela ſecundum eiuſdem conſtitutionis normam præſtanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

COMMENTARIVS.

HOc quintum ius eſt, per quod tamē non penitus receſſum à priori, ſed aliquid additum eſt, & auctum ius magiſtratuum municipalium, vt etiam re non relata ad præſidem, & non expectata iuſſione præſidum, pupillis quorum facultates non excedunt 500. ſolidos, poſſint dare tutores, adhibito Antiſtite, id eſt, Epiſcopo loci.

Defenſores ciuitatum.] De his eſt *tit. antepen. Cod. lib. 1. & N.* 15. Notant quidam in municipiis & ciuitatibus fuiſſe quandam imaginem Reipub. Romanæ, vt defenſores repræſentarent tribunos plebis, (vnde & defenſores plebis vocantur *l. vn. C. de offic. iurid. Alex.*) duumuiri, Conſules, & ordo decurionum, Senatum *arg. l. omnes* 33. *C. de decurionib.* Et tamen non omnium ciuitatum eadem fuit ratio: & recte Hottom. hic notat, ſignificari magiſtratus, quos ſingulæ ciuitates more inſtitutoque ſuo habebant; ideoque mox ſubiicitur h. §. *vel alios magiſtratus*; quin nec verum videtur, q. Hottom. ait, in omnibus coloniis & municipiis in ſpecie dictis, fuiſſe duumuiros; ſed alia quoq; officia & titulos magiſtratuum fuiſſe, dictatorem, ædiles, prætores notat *Cuiac. in l. ſi ad* 18. *C. de decurion.* & pluribus *Sigon. in libb. de antiquo iure Italiæ*, vbi formas coloniarum, & municipiorum deſcribit. An in quibuſdam ciuitatibus defenſores ſoli fuerint citra alios magiſtratus mihi non liquet; aut an & defenſoribus & ſimul aliis magiſtratibus, Iuſtinianus conſtitutione ſua (cuius hic meminit, ſed quę interciditi) dederit hanc poteſtatem dandi tutores.

Iuridicum Alexandriæ.] Proprius hic magiſtratus fuit oppidi iſtius in Ægypto, ſubiectus præfecto Auguſtali, quem ex numero equitum Rom. primus Auguſtus præfecit, de quo ſunt proprii tituli *in Cod. & Dig.*

Legitima cautela.] Id eſt ſatisdatione, de qua *tit.* 24.

Eorum periculo.] Magiſtratuum ſcil. minorum in ciuitatibus, de quo *d. tit.* 24. Quid ſolidus ſit, aliunde petendum eſt ex *Budæo de aſſe. Hottom. de re numm. & aliis*, qui hanc rem ex profeſſo tractarunt. Videtur autem, per illud de 500. ſolidis, explicari quod *in §. præc.* dictū fuit, de facultatibus non magnis pupilli, quod hic ita procedit. Ceteroquin poſt alios Porc. recte exiſtimat, alias ex circumſtantiis æſtimandum, quis diues, quis pauper, quæ magnæ vel paruæ ſint facultates.

TEXTVS.

5. Impuberes autem in tutela eſſe, naturali iuri conueniens eſt: vt is qui perfectæ ætatis non ſit alterius tutela regatur. Cum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, poſt pubertatem tutelæ iudicio rationem reddunt.

COMMENTARIVS.

1 *An actio nata durante tutela.*

N*Aturali iuri conueniens.*] Equidem non vno modo poteſt aliquid dici conuenire iuri naturali; vt proinde ex his verbis non recte inferatur, tutelam eſſe iuris naturæ vel gentium. Et tamen non eſſe tutelam inuentum iuris ciuilis, monuimus *ſup. ad §. 1. tit.* 13. & in Platonis Repub. & d. LL. non vno in loco de tutoribus agitur.

Perſe-

Digitized by Google

Perfectæ ætatis.] Ambigue ętas iſta dicitur. & ſupra in *ſ. tit. præc.* intelligitur ætas 25. annorũ: hic abuſiue ſane ætas annorum 14.

Cum negotia gerant.] Optima ratio, vt qui aliena negotia gerit, ad rationes reddendas teneatur.

Poſt pubertatem.] Hic eſt principalis modus finiendi tutelam, & quidem in perſona pupilli, quæ facit, vt tutela penitus ceſſet; Ceteroquin ſi alias v. c. in perſona tutoris, morte vel remotione eius tutela finiatur, haud dubie locus eſt actioni tutelæ. Conſtat iſtam actionem demum dari finita tutela, *l. niſi 4. de tut. & rat. diſtr.* tractant autem Interpretes an ſaltem
1 nata ſit † durante tutela. Puto magis nec natã eſſe, per *l. ſi tut. 9. §. vlt. cum l. ſeq. de tut. & rat. diſt.* vbi aliæ actiones actioni tutelæ ita opponuntur, quod illę competant quidem durante tutela, ſed non dentur, niſi tutela finita, & adeo actio tutelæ vllo modo nec competet tutela durante. Cuius rei hanc rationem reddi poſſe exiſtimo, quod vniuerſalis eſt tutelæ actio ꝓ tota adminiſtratione tutelæ, & ita vniuerſalis vt ex iuris ratione ſit quoq; vna: Et adeo licet poſſit dici cœpiſſe quodammodo natiuitas eius, (ſiquidem ipſa adminiſtratio tutelæ eſt mater, vt loquuntur) & cauſa huius actionis; tamen vbi adminiſtratio etiamnũ durat, dici non poteſt tota nata, ſed abſoluta demum & finita adminiſtratione; eaq; ſententia eſt ICti in *l. ſi tutor. 9. §. & generaliter 4. de tut. & rat. diſtr.* abſurdum viſum repoſci à tutore rationem negotiorum adminiſtrationis, in qua adhuc perſeueraret.

AD TITVLVM XXI.

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE AVTORITATE TVtorum.

TEXTVS.

1 Autoritas autem tutoris in quibuſdam cauſis neceſſaria pupillis eſt, in quibuſdam non eſt neceſſaria. Vt ecce ſi quid ſibi dari ſtipulentur, non eſt neceſſaria tutoris autoritas; quod ſi alijs promittunt pupilli, neceſſaria eſt auctoritas tutoris. Namque placuit, meliorem quidem cõditionem licere eis facere, etiam ſine tutoris autoritate deteriorẽ vero nõ aliter, quam cũ tutoris autoritate. Vnde in his cauſis, ex quibus naſcuntur mutuæ obligationes, vt in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depoſitis, ſi tutoris autoritas non interueniat, ipſi quidem qui cum his contrahunt obligantur: at inuicem pupilli non obligantur.

COMMENTARIVS.

Continuatio huius tit. videtur petenda ex §. pen. tit. præc. quoniam in eo quoq; cõſiſtit pars gubernationis, vt pupillo autoritas præſtetur, id eſt ijs quæ pupillus gerit, & quæ ſcilicet legitima & valida ab eo geſta eſſe debent; quoniam cum inhabilis etiam num ſit & imperfecta iſta ætas, autoritate tutoris quodammodo habilitatur, vt mox dicemus ad §. 2. *huius tit.* Et eſt autoritas vel interpoſitio autoritatis nihil aliud quam approbatio negotij, quod pupillus gerit. Nam in adminiſtratione tutelæ, quædam agit tutor ſolus, quædam agit pupillus cum tutore, nam autoritatem præſtando, non tam agit tutor aliquid, quam pupillo agenti adeſt. Et rurſus id aliquando arbitrarium eſt, vt pupillus & tutor concurrant, (multa enim facere ſolus tutor poteſt, ſuper quibus pupillo ſi velit ea agenti poteſt adeſſe) aliquando neceſſarium, veluti, ſi agatur de adquirenda hæreditate, (quam tutor adire non poteſt, pupillus autore tutore poteſt, & debet §. 1. *b. t.*) conſtituendo procuratore, §. *vlt. inf. de curatorib.* Et igitur in quibuſdam actib. oportet concurrere pu-

 pil-

Digitized by Google

pillum & tutorem ; quoſdam tutor ſolus recte peragit, & quos ſi pupillus exſequi velit ſiquidem validi eſſe debeant, opus eſt autoritate tutoris ; Ceteroquin ea deficiente ſunt inualidi per ſe, ſed ſuſtinentur fauore pupilli in quantum ipſi vtile eſt, & cõmodum. Id enim eſt, quod in *pr. tit.* dicitur, poſſe pupillum meliorem facere ſine tutore cõditioné ſuam veluti ſi ſtipuletur ſibi quid dari; licet n. propter ætatem pupillarem ſit reipſa inualidus actus, de quo *inf. de oblig. & ad §. pupillus 9. infr. de inutil. ſtip.* tamen fauore pupilli ſuſtinetur actus, vt huic actio efficax contra alterum detur, cui merito imputatur, quod cum talis ætatis homine contraxit.

Dari ſibi ſtipulentur.] Ita enim fit conditio pupilli melior. Nullum periculum eſt, inquit ille apud Plautũ in Pſeudolo, ſtipularier, obligatur enim qui promittit, non qui ſtipulatur ; & eſt omnino iſte contractus μονόπλευρος.

Deteriorem.] Dum videlicet obligatur pupillus efficaciter, vt conueniri poſſit. Ceterũ effectu non fit deterior conditio eius, quippe qui ſi quid ex tali obligatione ſentit damnũ, cui tutor imprudenter & non recte præbuit autoritatem, per actionem tutelæ indemnis ſeruatur. Tutoris enim eſt expendere, an & quando debeat pupillo aliquid agenti præſtare autoritatem. Porro an & quando pupillus & quomodo, ſine tutore obligetur, ſaltem naturaliter, dicemus *infr. libr. 3. tit. de inutil. ſtip.*

Obligationes mutuæ.] Opponuntur ſtipulationi, ex qua tantum ex vna parte naſcitur obligatio ; itaq; prout tutoris autoritas acceſſerit vel non ; itemq; prout pupillus, aut ſtipulatus eſt, aut promiſit, totus cõtractus, aut validus, aut nullus eſt; vbi mutuæ ſunt obligationes, & pupillus ſine tutore contraxit: contractus, vt loquuntur, claudicat, & pro parte valet, quatenus alius tenetur, pro parte non valet; & adde ad hæc *l. pupillus 11. de adq. rer. dom. l. ſi vt 7. §. 5. de reſc. vend. l. Iulianus 13. §. ſi quis à 29. de act. empti.* Ita autem obtinet in obligationibus, quæ ex conuentione & facto aliquo naſcũtur; Ceteroquin vbi ex re actio venit, obligatur pupillus etiam ſine tutore, vt in ſpecie *l. furioſus 46. de O. & A. de quo dicemus inf. de oblig. quaſi ex contr. §. Item 3.* Eodemq; referri debet, quod pupillus ipſi tutori obligatur (ſine alterius tutoris autoritate) contraria actione *§. tutores 2. inf. d. l. & t. 1. in pr. de contr. tut. act.*

Emptionibus venditionibus.] Duplex nomẽ ab vtroq; contrahente, ſed vnus contractus eſt, ſæpe etiam alterutra appellatione totus contractus ſignificatur, quæ ſententia eſt *l. veteres 19. cum l. ſeq. de act. empt.* idemq; eſt in locatione & conductione.

Depoſitis, mandatis.] Non eodẽ modo & quaſi gradu hic naſcuntur actiones & obligationes mutuæ, quo in emptione & conductione quod explicabimus *inf. lib. 3. §. 2. quibus modis re contr. obl.*

TEXTVS.

2. Neq; tamen hæreditatem adire, neq; bonorum poſſeſſionem petere, neq; hæreditatem ex fideicommiſſo ſuſcipere aliter poſſunt, niſi tutoris autoritate, quamuis illis lucroſa ſit, nec vllum damnum habeat.

COMMENTARIVS.

QVædam exemplaria habent in f. *Ne vllum damnum habeat* : Idq; ita explicant aliqui, quod licet hæreditas maxime in ſpeciem opulenta ſit, tamen poſſit emergere æs alienum, poſſint eſſe moleſtæ lites, ex quibus damnum ſentiat pupillus. Verum rectior eſt lectio, *Nec vllum damnum habeat*, quomodo & legitur in *l. obligari 9. §. 2. D. eod.* Et communis explicatio eſt hanc eſſe exceptionem ad princ. tit. vt quamuis omnino & reuera ſit lucrum habiturus, ex hæreditate tamen non poſſit pupillus eam adire ſine tutore. Ego animaduerto ambigue dici, *lucroſam eſſe hæreditatem.* Lucroſa dicitur hæreditas, reuera, ex qua deducto ære alieno, & legatis, lucrum ſupereſt. Sed vix vlla talis datur hæreditas, in qua merũ ſit lucrum, & nulla viciſſim onera, licet quæ relicta ſunt à defuncto, excedant. Atquin in pr. huius tit. docemur, ea demum facere poſſe

pu-

Digitized by Google

pupillum ſine tutore, quibus ita conditionẽ ſuam meliorem facit, vt ipſe non obligetur; eoque ſi ſint mutuæ obligationes, contractũ claudicare. Ex quo neceſſario omnino efficitur, vt pupillus ſine tutore adire hereditatem non poſſit, quoniam impoſſibile eſt adquiri hæreditatem, vt hæres non obligetur creditoribus hereditarijs per repræſentationẽ defuncti, & legatarijs per ipſam aditionẽ. Neq; enim hic locum habet, quod obijcitur alijs cum pupillo contrahentibus, imputare eos ſibi debere; cum nihil creditores hæreditarij, & nihil reuera legatarij contrahant cum hærede, neq; ijs iniuria inferri debet, aut poteſt, propter perſonam hæredis, in quem citra cõuentionem incidunt. Itaque poteſt dici, hanc reuera nõ eſſe exceptionẽ, quoniam qua quis obligatur non poteſt dici conditionem ſuam meliorem facere, vtcunq; alias & aliunde per talem actum ipſi obueniat lucrum. Et hæc eſt vera ratio, nam nimis ſingulare eſt fingere talem caſum, quo nulla omnino ſit obligatio qua teneri poſſit hæres, & hæreditatem qualis eſſe ſolet, non qualis eſt ex accidente rariſſimo, cõſideramus. Vitioſa videtur ratio; qua mouetur *Angel.* quod pupillus non habeat diſcretionem, nec intelligat cauſam adquirendæ hæreditatis, quamuis eam poſt Petrũ probet, Porc. *n. 7. arg. l. 11. qui hæres de adq. hæred.* Etenim ſi illud quod diximus non obſtaret, fauor pupilli ſuſtineret acquiſitionem *arg. §. pupillus 9. inſ. inſ. de inutil. ſtip.* Et ea tamen ratio iuuatur hinc, quod quæ animi iudicium deſiderant, nõ poſſunt fieri ſine tutore, *l. pupillus 149 de R. I. & Paulus in l. pupillus 9 de adq. hær.* videtur alludere ad verba cretionis veteris, quib. adibatur hæreditas, & quæ refert *Vlpian. tit. 22. qui hær. inſt. poſſ. §. cretio 23. & §. ſ. q.* quæ non cadunt in pupillum.

Hæreditatem adire.] Intelligi hereditatem extranei, & ipſum verbum *adire*, & ratio certa ſuadet, quod ſui hæredes fiunt etiam furioſi & ignorantes, ſine facto ſuo, poteſtate iuris; ergo & pupilli ita fient hæredes, vt dicemus *lib. 2. ad tit. 19.* Tutor ſolus non poteſt hæreditatem adire nomine pupilli, ſiquidem aditio afficit perſonam, & facit eam heredẽ, ex quo per procuratorem adiri hæreditas non poteſt, vt tractatur *d. tit. 19.* Sed contra iuris rationem conſtitutum eſt à Theodoſio, vt tutor nomine pupilli adhuc infantis poſſit adire hæreditatem *l. ſi infanti §. 2. C. de iur. delib.* forte quia infans ipſe non poteſt adire; & tamen legimus iure veteri receptum, vt infans autore tutore pro hærede gerere poſſet *l. ſeruo 61. § ſi pupill. 3 ad Sc Trebell.* ſubtilius & ſcrupuloſius magis quam verius.

Bonorum poſſeſſionem petere.] Imprudentiam Triboniani accuſat Hottom. qui hæc ignota adhuc tyronibus hic propoſuerit. Sed nimia iſta moroſitas eſt; & vtiq; ipſa ratio & tractatio ſuadebat iſta hic proponi; & vix vlla materia ita tractari poteſt, vt non aliqua, quorum cognitio aliunde petenda ſit, immiſceãtur. Et de bonorũ poſſeſſione quæ eſt hæreditas prętoria, agitur infra *lib 3 tit. 10.* quam ex eadẽ ratione pupillus ſine tutore adquirere non poteſt, quoniam & prætorius iſte hæres perinde vt ciuilis obligatur. Poteſt tamẽ ſupplere defectũ tutoris iudex ſiue magiſtratus, ſi ex certa ſcientia pupillo petenti decernat bonorũ poſſeſſionem *l. bonorum 7. C. qui admitti.* quod ipſum non dubito eſſe à iuris veteris ratione alienum. Tutor autem hic ſolus bonorũ poſſeſſionem petere poteſt, *l. 8. & 11. de bonor. poſſeſſ.* quia nulla hic vt per aditionem hæreditatis, adquiritur vel imprimitur qualitas perſonalis.

Neque hæreditatem ex fideicommiſſo.] Et hic eadem ratio eſt, quoniã in eum qui accipit hæreditatem ita reſtitutam tranſeunt obligationes & actiones mutuæ. Vnde ex conſtantia huius rationis, eius veritas arguitur. De fideicommiſſis & eorum reſtitutione agitur *inf. lib. 2. de fideicom. hæred.*

TEXTVS.

3. Tutor autem ſtatim in ipſo negotio præſens debet auctor fieri, ſi hoc pupillo prodeſſe exiſtimauerit: poſt tẽpus vero vel per Epiſtolã, aut per nuntium interpoſita auctoritas nihil agit.

Com-

COMMENTARIVS.

EST de modo & forma interponendę autoritatis: Pupilli nimirum perſona inhabilis ad actus quoſcunq; rite gerendos, quodammodo integratur per interpoſitionẽ autoritatis; quæ nihil aliud eſt, quã negotij à pupillo geſti, & plene ac plane cogniti, legitima approbatio; hoc enim eſt autorẽ fieri, vt ſcribit *Paulus in l 3. h. t.* Legitime autem hoc fit tripliciter, 1. ſi ipſe tutor vna cum pupillo negotium tractet, 2. ſi negotium à ſolo pupillo coram & præſente ſe geſtum, ſtatim vt perfectũ eſt approbet, 3. ſi negotium etiam abſente ſe à ſolo pupillo geſtum, ſtatim ſuperueniens, & de omnib. eius circumſtantijs edoctus, comprobet. De prioribus duob. membris, non eſt controuerſia; poſterius ſunt qui negent, & omnino præſentiã tutoris in ipſo negotio vrgeant, per hunc ipſum textum *in d. l. obligari 9. §. tut. 5. h. t.* Sed nõ ſunt cauillanda Legũ verba ſatis n. intelligitur in ipſo quaſi negotio autor factus, ſi mox eo perfecto ſuperueniens id approbet, quam interpretationem & alij textus iuris ſuadent, vt in *l. ſi quis 25. §. iuſſum de adq. hær.* vbi autoritas dicitur interponi perfecto negotio; & in *l. numquam 31. in pr. de vſuc.* vbi dicitur inutiliter interponi autoritas poſt logũ tempus. Ita in *re præſenti* explicatur in *l. 1. in f. de ſolut.* ſtatim atq; ſolutum eſt. Neq; verum eſt, quod autoritas ad ipſius actus ſolemnitatem pertineat, cum ſit nihil aliud, quam negotij approbatio, & adeo ipſius actus eſſentiam non ingreditur; & ambigue dicitur, quod per autoritatem tutoris integretur perſona pupilli; ſed imo actus integratur & validatur; quod etiam fieri poteſt autoritate mox ſecuta. Et alia epiſtolę & nũtij, alia vero ipſius tutoris mox pręſentis ratio eſt; quoniam poteſt abſens facile falli in expendendis & cognoſcendis omnib. negotij circumſtantijs; & vero non poteſt approbari recte negotium in his noſtris terminis, ad effectum vt pupill⁹ obligetur, niſi plane & plene cognitum ſit. Poſuimus tres caſus & modos, quib. autoritas recte interponitur. Quæritur de quarto, an poſſit autoritas interponi ante negotium; ita vt tutor negotium gerendum probet, quod mox abſente tutore pupillus ſolus expediat. Quod adfirmat *Cuiac. 13. obſ. 31.* & iam olim probauit *Bart. in d. l. 9. §. tutor 5. h. t.* vbi ait autoritatem poſſe interponi vel modicũ ante vel modicum poſt: vt non interueniat actus medius, vt hoc *accipit Ang. h. t.* Quod tamen ita accipiendum erit, ſi tutor diſceſſurus accurate præſcribat, quomodo negotium gerendum ſit: à qua forma ſi diſcedatur, nulla erit autoritatis interpoſitio. Itaq; nihil obſtabit *d. l. 31. in pr. d. vſu. cap.* Vbi initio venditionis tantum interfuit tutor, & cũ diſceſſiſſet, pupillus cetera nulla ſibi præſcripta forma ex arbitrio ſuo egit; quod fit inutiliter.

Præſens debet autor fieri.] Non tantum corpore, ſed etiam & magis animo, vt omnia quæ aguntur, intelligat *l. 1. in f. & l. non multũ 24. h. t.* Et ita vt expreſſe probet actum, nec ſufficiat præſentem eſſe & tacere, adeo vt quidã quos refert *Angel. h. t.* nec ſufficere putent, ſi tutor dicat ſe conſentire, ſed neceſſe ſit eum dicere ſe autorem fieri; quæ tamen ſententia procul dubio falſa eſt.

Si hoc pupillo prodeſſe.] Ipſius n. iudicio hoc permittitur, nec magiſtratus eum autoritatẽ interponere cogi, ſed ſi id non fecerit, & pupillus ita damnum paſſus ſit, eo nomine iudicio tutelæ tenetur; ſicut & è contra ſi temere interpoſuerit autoritatem *l. tutor 10. & l. ſi tut. 17. h. t. l. 1. & 3. C ſi tut. vel cur. interu.* Coguntur tamen defendere pupillum *l. vlt. §. pen. C. de adminn. tut.* An illud forte nõ eſt neceſſitatis pręciſæ. An Iuſtin. aliquid ibi noui conſtituit? aut an ideo eos initio hoc promittere vult, quod omnino velint defendere iudicio pupillum.

TEXTVS.

Si inter tutorem pupillumque iudicio agendum ſit, quia ipſe tutor in rem ſuã auctor eſſe non poteſt, non prætorius tutor, vt olim, conſtituitur, ſed curator in locum eius datur: quo curatore interueniente iudicium peragitur, & eo peracto curator eſſe deſinit.

COM-

COMMENTARIVS.

SVp. *tit.* 14. §. *certa.* pro regula traditur ad certum actum, certá rem aut cauſam non dari tutorem. Exceptio olim fuit, ſi lis iudicio tractanda eſſet inter tutorem & pupillum & præter eum nullus alius eſſet tutor: (ceteroquin autoritate vnius cum altero iudicium ſuſcipitur *l. ſi plures* 24. *de tut. teſtam.*) quoniam enim ipſe tutor cum iis cum pupillo erat, autor eſſe non poterat, interim ad eum actum prætor dabat tutorem, idque moribus fieri ſcribit *Vlp. tit. XI. de tut. §. mor. b.* 23. atque adeo oportet, aut vt Vlpianus referat ius vetus *d.* §. 23. quod tum obſoletum erat, aut vt apud eundem Vlpianum in *l.* 3. §. 2. *&* 3. *de tutelis*, pro *tutore* ſubſtituendus ſit *curator*. Puto autem tutorem neceſſarium fuiſſe viſum, propter perſonā pupilli, à quo quæ agenda ſunt, non videntur recte ſuppleri per curatorem *arg. l. cum in vna* 17. §. 1. *de appellat.* ſed nimirum cum iudicia per quemcunq; procuratorem tractari poſſent, placuit poſt, & hic ſufficere curatorem. Hodie autem iſte caſus rarior eſt, ſiquidem Iuſtin. & prohibet eum tutorem eſſe, qui debet pupillo, vel cui pupillus debet, & ſi poſt tutelam cœptam tale quid accidat, adiungi tutorem vel curatorem perpetuum, iubet *N.* 72. *cap.* 1. *&* 2. adeo non opus erit, vt ad iſtum actum petatur curator, qui finito iudicio diſcedat *h. §. in f.* 13. *C. de in lit. dand. tut.* Dixi oportere hunc caſum eſſe rariorem: quoniam ſolent quidam limitare *d. N.* 72. in tutore teſtamentario, quem ex certa ſcientia pater filio dedit tutorem.

In rem ſuam autor.] Regula eſt hæc in *l.* 1. *in pr. & l. quod dicimus* 7. *h. t.* & iſtud in noſtro caſu acciderit abſurdi, vt idem eſſet Actor & Reus. Per conſequentiam tamē & ex accidenti contingit, vt tutor quaſi in rem ſuam autor fiat, ſi pupillus autoritate tutoris adeat hereditatem eius qui tutori debet *d. l.* 1. *h. t.* At quomodo aut quo autore obligatur pupillus tutori contraria actione? Diximus ad *pr. h. tit.* obligationem iſtam videri naſci ex ipſa re. Illud perſpicuum eſt, hic tractari non de iudicio tutelæ quod finito demum officio locum habet, ſed de iudicio ex alia cauſa inſtituendo.

AD TITVLVM XXII. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

QVIBVS MODIS TVtela finitur.

TEXTVS.

1\. Pupilli pupillæque cum puberes eſſe cœperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non ſolum ex annis, ſed etiam ex habitu corporis in maſculis æſtimari volebant. Noſtra autem maieſtas dignum eſſe caſtitate noſtrorum temporum exiſtimans, bene putauit, quod in fœminis, etiam antiquis impudicum viſum eſt, id eſt, inſpectionem habitudinis corporis, hoc etiam in maſculos extendere. Et ideo noſtra ſancta conſtitutione promulgata, pubertatem in maſculis poſt decimum quartum annum completum ilico initium accipere diſpoſuimus: antiquitatis normam in fœminis bene poſitam in ordine ſuo relinquentes: vt poſt duodecim annos completos viri potentes eſſe credantur.

COMMENTARIVS.

1 *Pubertatis terminus.*
2 *Error Triboniani.*
3 *Cur fœminæ citius pubeſcant.*
4 *Tutela fœminarum an perpetua.*

PRima hic quæſtio eſt de termino pubertatis in † maſculis & fœminis. De fœminis fatetur Iuſtin. & olim, annis XII. pubertatem 1

definitam fuiſſe. In maſculis ante ſe pubertatem non annis certis tantum, ſed & ex inhoneſto adſpectu corporis fuiſſe æſtimatam. Id ego, vt quam ſimpliciſſime loquar, falſum eſſe
2 dico, † nullus locus ex idoneo autore deduci poteſt, quo probetur, Romanos ad dinoſcendam pubertatem nuda maſculorum corpora inſpexiſſe. Apud Platonem *XI. de LL.* locus eſt hac de re, vt magiſtratus ad exiſtimandum de aptitudine ad contrahenda matrimonia maſculos nudos, & fœminas vſq; ad vmbil cum nudatas inſpiciat. Sed nihil tale apud Romanos, neq; ex LL. illis Platonis imaginariis, ſed ex vſu receptis apud Græcos LL. Decemuiri tabulas & LL. compoſuere, & Plato poſt Decemuiros vixit. Et vt forte primis temporibus tale quid factitatum demus, quod tamen demonſtrari non poteſt: vtique tamen conſtat longe ante Iuſtin. pubertatem in maſculis 14. anno fuiſſe definitam. Tertullian. qui 300. annis vixit ante Iuſtinianum *d. vel. virg.* Tempus, inquit, Ethnici obſeruant, nam fœminas quidem à XII. annis, maſculum vero à duobus amplius ad negotia mittunt. Apud *Macrob. 7. Saturn. cap. 7.* ſecundum iura publica duodecimus annus in fœmina, & quartus decimus in puero definiuit pubertatis ætatem. Et *1. in ſomn. Scip. 6.* poſt annos bis ſeptem ipſa ætas neceſſitate pubeſcit. Inde anno 14. facti teſtamenti permiſſa *l. qua ætate 5 de teſtamen.* & maſculi vſq; ad 14. annum dicuntur impuberes *l. 2. in pr. de vulg. ſubſtit.* & ante eum annũ non torquentur. *l. de minore 10. in pr. de quæſtion.* Et falſo itaque Iuſtinianus ſibi hoc tribuit, quod corporis inſpectionem abrogauerit, *hic & l. vlt. C. quand. tut. vel cur. eſſe deſin.* Nec quidquam facit pro Triboniano, quod Vlp. ſcribit *tit. XI. de tutel* fuiſſe, qui ex habitu corporis æſtimandam cenſerent pubertatem: tum quia eorum ſententia recepta non fuit: tum quia non inſpectionem propterea corporum probauerunt, ſed eum puberem habendum putarunt, qui effectu & facultate generandi ſe talem probare poſſet: quæ etiam ſententia eſt *l. 4. C. qui teſtamen. facer. poſſ.* Illud obiter quæritur, cur fœminæ duobus
3 annis † citius pubeſcant quam mares. Iocoſa illa ratio eſt, quod mala herba cito creſcat, qua Accurſius alibi vtitur. Traditur & alia phyſica, quod cum pubertatis termini præcipue nuptiarum gratia ſint conſtituti, fœmina ſe habet paſſiue, & facilius eſt pati quam agere. Macrob. 7. *Saturn.* 7. Quod cito admouentur generationi, non nimii caloris, ſed naturæ infirmioris eſt: vt exilia poma celerius matureſcunt, robuſta, ſerius. Et 1. *in ſomn. Scip.* De tutela, inquit, fœminæ, propter votorum feſtinationem, maturius biennio legibus liberantur. Accedit, quod cum citius ceſſet in fœminis vis generationis, non à ratione alienum, vt maturius incipiat.

Difficilius videtur, quod Iuſtinianus hic tutelam fœminarum † ait finiri XII. ætatis anno, 4
quod quidẽ loco Macrobii modo citato conuenit: ſed multa repugnant, quæ fœminas in tutela perpetua fuiſſe probant: & inprimis *Vlp. tit. XI. de tutelis in pr.* tutores etiam fœminis puberibus dari ait, ex ſpeciali ratione, propter forenſium rerum ignorantiam: cui cõuenienter *Cicero in orat. pro Muren.* mulieres OMNES propter infirmitatem conſilii in tutorum poteſtate eſſe voluerunt. Et *Cato apud Liu. libr. 34.* Maiores noſtri nullam ne priuatam quidem rem ſine AVTORE fœminas agere voluerunt, ex quo *Cicer. in orat. pro L. Flacco,* dotem quam fœmina dixit ſine tutore autore, nullam eſſe dicit: quomodo & Vlpian. *d. tit. XI. §. ex Lege* 19. fœminis ad dotem dandam tutore opus eſſe ait, *& tit. 20. de teſtam. §. pen.* ad teſtamentum faciendum. Eoq; pertinet quod *Boet. ſcribit libr. 2. com in Topic. Cicer.* mulieres antiquo iure perpetua tutela continebat, recedebant vero à poteſtate tutoris, cum in manum viri cõueniſſent. Iſtud autem iuri noſtro parum conuenit, & probatur non obſcuris textibus, puellas XII. anno liberatas tutela exinde curatorem accepiſſe: adeo vt datio tutoris poſt annum XII. nulla ſit. *l. Seiæ 26. de tutor. & cur.* Idem probatur *l. ſi impuberi 13. §. vlt. eod. tit. & l. admone 7. C. Qui pet. tut.* & pubertatis certũ tempus fuiſſe oſtendunt *l. tutor. 28. in pr. de admin. tut. l. cum filio 50. de legat. 3. l. vlt. de iur. delib.* vix dici poſſit iſta loca, & ſi quæ ſunt alia, à Triboniano eſſe mutata. An

diſtin-

Digitized by Google

diſtinguimus inter tutelam pupillarem & muliebrem, quæ à pubertate ceperit? ſed quorſum nouus tutor, cum ſufficere poſſit prior: & in *d. l. 13. de tut. & cur. & in l. 7. C. Qui pet. tut.* fœminæ puberi dandus eſſe curator dicitur, ſupra monuimus videri Vlpianum quædam referre ex veteri obſeruatione Et Boetius *d. loco* iure antiquo ita obtinuiſſe ſcribit. Nec dicere poſſimus ad actus quoſdam ſingulares, veluti dotem dandam, aut teſtamentum faciendum, etiam poſt opus fuiſſe tutore. Etenim imo curatoris autoritate dotem conſtitui, & ad hoc etiam dari curatorem probatur *l. non tantum 7. de tut. & cur. l. quæro 60. cum l. ſeq. de iur. dot.* Quæ faciunt, vt nec cum *Contio 2. ſubſec. lect. 13.* diſtingui poſſit, inter tutelam negotiorum & autoritatis. Etenim ſimpliciter curatorem datum etiam ad ea quę ante tutore autore fiebant, citati textus euincunt. Obiter annoto duo 1. olim fœminas quæ tres liberos enixæ eſſent à tutela fuiſſe liberatas, ſi fides *Plutarcho in Numa*, vbi ſcribit, quod virgines Veſtales res ſuas ſine tutoribus agant, ὥσπερ αἱ τρίπαιδες 2. quod apud Athenienſes finem tutelæ fecerit demum annus 17. vt colligitur ex *Demoſthene in orat. contra Aphobum* tutorem ſuum, vbi narrat, ſe mortuo patre VII. annos natum fuiſſe, & tutores ei bona tradidiſſe, poſtquam decem annis ei præfuiſſent: An forte hinc tractum apud Romanos, vt pueri 17. anno ſumerent togam virilem, vt notauimus *ſup. §. vlt. Quib. manum. non lic.* Obiter adiicio pubere facto pupillo, ipſo iure finiri tutelam, nec quidquam amplius incumbere tutori, niſi vt rationes reddat: vt nec vllo modo teneatur petere curatorem iam puberi facto *l. 1. §. hæc quidem 4. cum §. ſeq. Qui pet. tut.* monere tamen tenetur puberem, vt ſibi curatores petat *l. ita 5. §. ſi tut. 5. de adminiſt. tut.* & ſi id facere ſuperſedeat minor, tutius faciet tutor, vt adito magiſtratu petat curatorem, ne quid ipſi forte in neglecta adminiſtratione imputari poſſit *l. admone 7. C. Qui pet tut.* vel petat, vt minor compellatur ſibi petere curatorem, vt eſt in *l. ait. 7. §. 2. de minorib.*

* * *

TEXTVS.

2. Item finitur tutela, ſi adrogati ſint adhuc impuberes vel deportati: Item ſi in ſeruitutem pupillus redigatur, vel ſi ab hoſtibus captus fuerit. Sed & ſi vſque ad certam conditionem datus ſit tutor teſtamento, æque euenit, vt deſinat eſſe tutor exiſtente conditione. Simili modo finitur tutela morte vel pupillorum vel tutorum. Sed & capitis diminutione tutoris, per quam libertas vel ciuitas amittitur, omnis tutela perit, minima autem capitis diminutione tutoris, veluti ſi ſe in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceteræ non pereunt. Sed pupilli & pupillæ capitis diminutio, licet minima ſit, omnes tutelas tollit. Præterea qui ad certum tempus teſtamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam. Deſinunt etiam tutores eſſe, qui vel remouentur à tutela ob id quod ſuſpecti viſi ſunt, vel qui ex iuſta cauſa ſe excuſant, & onus adminiſtrandæ tutelæ deponunt, ſecundum ea quæ inferius proponemus.

COMMENTARIVS.

1 *Tutela legitima an hodie pereat minima capitis diminutione.*

SParſim traduntur modi finiendi tutelam: nos in ordinem eos redigemus, & ſub certa capita. Quidam modi finiunt tutelam omnimodo, quidã non omnimodo. Illius generis ſunt, qui accidũt in perſona pupilli. Huius qui in perſona tutorũ, qui licet deſinãt ipſi eſſe tutores, alii tamen tutores dantur & ſubrogantur. Igitur omnimodo finitur tutela pubertate eius qui in tutela fuit, & eiuſdem morte: & hac vel naturali *hoc textu verſ. ſimili*, vel ciuili, ſi amittat liber-

tatem vel ciuitatem *h.t. verſ. item finitur.* vt alterutrum horum fiat, oportet pupillum eſſe proximum pubertati, cęteroquin his pœnis in pupillo locus non eſt. Amittit ciuitatem deportatione: libertatem, ſi in ſeruitutem redigatur, veluti ex cauſa ingratitudinis, quo exemplo vtitur Theoph. nam venditio ſui ipſius in pupillo non habet locum per tradita ſupra §. *pen. titul.* 3. & ſententia capitalis qua quis fit ſeruus pœnæ durior videtur in pupillo, qui ob ætatem mitius puniri ſolet. Quæ licet ita ſint, nihil tamen neceſſe eſt, vt cum Hottom. verba hæc, *vt ingratus patrono* textui inſerantur: neque enim neceſſe habuit Iuſtin. hoc exemplo declarare, quod lucis cauſa Theoph. fecit: quamuis ſane ſi malitia ſit grauior, putarim vltimum ſupplicium irrogari poſſe, quod & poſt *Iac. de Aren.* admittit *Bald. in l. administrantes* 41. *in f. de excuſ. tutor.* ſi ab hoſtibus captus ſit pupillus, fit quidem ſeruus hoſtium, ſed propter ius poſtliminii non cenſetur ſeruus: itaque caſus ſeruitutis pupilli ſeparatur hic à caſu, quo captus eſt ab hoſtibus. Euentus oſtendet, an tutela omnino ſit finita: vtique enim ſi reuertatur poſtliminio, procul dubio rurſus erit in tutela.

Porro minima quoque capitis deminutione quæ accidit pupillo, omnimodo tutela finitur, *h. text. §. ſed & cap. in fin.* ſi vid. pupillus arrogetur, iuxta tradita in §. *cum autem ſup. de adopt.* adoptio enim in ſpecie dicta & emancipatio in eo qui ſui iuris eſt, locum non habent adeoque idem bis dictum erit in §. 4. & 1. *vbi de pupilli adrogatione.* Et Iuſtin. in §. 4. id ſaltem obiter adiecisse videtur, vt oſtenderet differentiam hac in re inter perſonam pupilli & tutoris. Quod ſi ante pubertatem rurſus emancipetur pupillus, noua plane incidit tutela.

Hæc de primo modo generali. In perſona tutoris qui finiunt tutelam, modi ſunt vel communes omnibus tutelæ ſpeciebus, vel proprii. Communis eſt mors tutoris *h. text. verſ. ſimili.* nulla enim tutela tranſit ad heredes qua tales: ſed legitimam proprio iure agnationis liberi capiunt *l. tutela* 16. §. 1. *de tutela.* communes ſunt item excuſatio & ſuſpecti remotio §. *vlt. h. t.* de quibus plenius ſuo loco. Et mors rurſus vel naturalis vel ciuilis, ſi tutor ciuitatem vel ſimul libertatem amittat *h. text. verſ. ſed & capitis in pr.* proprius modus quo finitur tutela teſtamentaria proponitur in §. *ſed et ſi & in §. præterea.* exiſtentia conditionis & diei ad quem tutor datus eſt: ita enim tantū tutor dari teſtamento poteſt, vt notatū ad §. *ad certum ſup. tit.* 14. Cui connexus eſt proprius modus finiendi tutelam datiuam, ſi teſtator dederit tutorem ex die & ex conditione: qui enim interim datur à magiſtratu, tutor eſſe deſinit, vbi venit dies vel extitit conditio, iuxta §. 1. *de Attil. tutore.* Proprius itidem modus finiendæ tutelæ legitimæ † traditur in §. *ſed & cap.* 4. *h. t.* 1
minima capitis diminutio: de qua propter mutationem noui iuris N. 118. *cap.* 5. plenius dicendum eſt. Cum teſtamentaria & datiua tutela etiam deferatur filiis fam. conſequenter licet tutor adrogetur, hæ tutelæ non pereunt. Legitima defertur proximis agnatis: filiusfam. autem proximus agnatus eſſe non poteſt. itaque ſi cum ſui iuris eſſet legitima tutela ei delata fuit, poſt ſi efficiatur filiusfam. perire tutelam conſequens eſt: cum etiam per adrogationem familiam mutari conſtet. Atque ad hanc tutelam legitimam, quæ per excellentiam talis eſt, iſtud pertinet: nam legitima patronorum tutela minima capitis diminutione non perit, quia nec ius patronatus ita amittitur: notat *Cuiac. ad Vlp. de tutelis.* Hæc ex iure veteri certa ſunt. Sed poſtquam hodie pariter cognatis tutela legitima defertur, fit vt non tantum de adrogatione, ſed & emancipatione in perſona legitimi tutoris quæri poſſit, quandoquidem recte dicimus tutelam legitimam hodie etiam filiofam. qui ſcil. per adrogationem talis factus eſt, deferri. Et nimirum filiusfam. vel eſt naturalis ex iuſtis nuptiis procreatus, vel legitimus tantum, per arrogationem factus. Illi, quem omnino pater præcedit gradu, nec hodie legitima tutela deferri poteſt, itaque & fruſtra quæritur de eius finitione. Sed filiofam. legitimo, etiam dum adhuc in poteſtate exſiſtat, tutelam legitimam hodie deferri, verius eſt, quia vtique manet cognatus:

Digitized by Google

tus: & pater adoptiuus, filii arrogati cognatis nec cognatus nec agnatus efficitur, itaq; filio ſuo quo minus huic deferatur tutela legitima iure cognationis obſtare non poteſt: neque ea tutela per emancipationem ſecutam, quæ etiam rem in priſtinum ſtatum magis reponit, finiri poteſt. Et conſequenter ſi poſt delatam tutelam adrogandum ſe det filius, cum maneat cognatus, legitima tutela finiri non poteſt. Atque adeo non amplius procedit, quod hoc loco ſcriptum eſt. Certum enim eſt, quod hodie emancipatis & capite minutis deferatur tutela legitima, cum ſint cognati: adeoque cum adrogatione licet ſecuta maneat ius cognationis, & maneat proximitas gradus, non video qui fieri poſſit, vt finiatur tutela: nec adeo dubitandum eſt hic errare *Donell. 3. comm. 14.* dum putat & hodie per minimam capitis diminutionem tutelam legitimam perire.

AD TITVLVM XXIII. LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE CVRATORIBVS.

TEXTVS.

Maſculi quidem puberes & fœminæ viri potentes vſque ad viceſimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes ſint, adhuc tamen eius ætatis ſunt, vt ſua negotia tueri non poſſint. Dantur autem curatores ab iiſdem magiſtratibus, à quibus & tutores, ſed curator teſtamento non datur: datus tamen cõfirmatur decreto prætoris vel præſidis. Item inuiti adoleſcentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam cauſam dari poteſt.

COMMENTARIVS.

HActenus de vna ſpecie eorum qui ſunt ſui iuris, pupillis: ſequitur altera, qui ſunt in cura, & dicuntur (qui ob ætatem in cura ſunt) minores. Ius autem nouum fecit, (quo filiiſfam. bona quædam plena proprietate habent) vt etiam filiiſfam. talium bonorum habeant curatores, ſiue diſpenſatores aut gubernatores appellari malis, vt in caſu *l. vlt. §. ſin autem in f. C. de bon. quæ lib. N. 117. c. 1. §. 1.* (vbi etiam hoc ſingulare quod talis curator teſtamento ordinari poteſt) quo etiam refero caſum *l. vlt. §. minores 2. C. de ſent. paſſ.* reuera enim ibi, cum filius in poteſtate ſit, curator eſt bonorum, quorum adminiſtratio patri negatur, ſed vocatur tutor, vel ob ætatem eius cuius bona ſunt, vel quia patre damnato nec dum reſtituto vere tutor fuit.

Poſt XXV. annum completum.] Ita & *tit. præc. in prin.* puberes fieri dicuntur completo anno XIV. Et hoc ipſum eſt vtile minori, vt ſi etiam poſtremo die 25. anni cœpto nec dum exacto læſus ſit, reſtitui poſſit *l. 3. §. minorem 3. de minor.* Et Dd. communiter pro vt illud vtile ſit alicui, ita diem cœptum poſtremũ modo pro completo haberi, modo non haberi, tradunt *Chriſtoph. Porc. in §. Eidem ſup. qui manum. non poſſ. n. 5.* & illius exempla ſunt in *l. qua ætate 5. de teſtam. l. 1. de manum. l. ad rempub. 8. de munerib. & honorib.* vbi etiam annus cœptus habetur pro completo: contra vbi de vacatione tutelæ agitur, annum impletum eſſe oportet *l. 2. de excuſ.* Et quod hic dicitur eo pertinet, vt impubes vel minor antequam totus annus impletus ſit, non liberetur à tutela, neque vt hac liberatione vllus poteſt conſiderari fauor. Ceteroquin ſi v. c. curator moriatur, cum iam adultus attigit annum 25. ætatis, non putauerim ei nouum curatorem dandum; ſicut & æſtimabit magiſtratus, ſi tutor mortuus ſit cum prope pubertatem pupillus eſſet, an ei nouus tutor, an protinus ſit dandus curator. In termino curæ conueniunt fœminæ & mares: cur puberes citius fiant, ſupra diximus. Vt autem citius liberari deberent cura, nulla ratio fuit, quin

Digitized by Google

quin propter infirmitatem conſilii, rationis videri poterat, eas diutius ſub cura detineri. Et hic eſt terminus ordinarius, poteſt tamen minor impetrare veniam ætatis, vt citius adminiſtret bona ſua, de quo *t.t.C.de his qui ven.æt.* Negat *Angel.hic* hanc veniam poſſe concedi ab aliis licet non recognoſcant ſuperiorem, quia ſit de reſeruatis principi. Inepte, quoniam qui non recognoſcit ſuperiorem, ſiue ſit populus, ſiue optimates, tantum poteſt in territorio ſuo quantum princeps. Contra terminum illum communem in fœminis quoq; non leuiter fecit, quæ duob. annis citius & ſcil. XVIII. anno, veniam ætatis impetrare poſſunt *l.2.§.1. C.de his qui ven.æt.* vbi ceſſat ratio generationis. Et an ergo citius ſapiunt? cur non igitur & citius à cura liberantur, vix horum ſolida ratio reddi poſſe videtur.

Adhuc tamen eius ætatis ſunt.] Redditur ratio curæ, ab ætate etiamnum ad lapſum lubrica, & facili quæ decipiatur, (vt pluribus *Vlpian.l.1. de minorib.*) vt ei cura & adminiſtratio rerum tuto committi non poſſit. Eſt autem totum hoc poſitiui iuris: nec ego aliquam reperio cauſam aut ex iure gentium, aut aliarum Rerumpub. inſtitutis, ob quam anno viceſimoquinto perfecta ætas fuerit definita. Et *Theod. Marcil. ad LL. XII. tabb. cap.* 27. non lege aliqua, ſed à media Iuriſprudentia diſtinctionem curæ & tutelæ, & vtriuſque temporum introductam fuiſſe ſcribit. Iſtud autem difficile eſt, & Iuſtin. ſibi contradicere videtur, dum in *pr.* ait eſſe minores eius ætatis, vt negotia ſua non poſſint tueri: mox in §. 2. quaſi oblitus ſui ſcribit, Inuitis adoleſcentibus non dari curatores: hoc enim non poteſt recte factum aut dictum videri, ſiquidem per ætatem necdum negotia ſua tueri poſſint. His enim adminiſtratio rerum non eſt permittenda. Et auget difficultatem, quod præciſe ſcribitur in *l.1. & ſeq. de minoribus.* quod ante 25. annum non permittatur adminiſtratio minoribus, licet rem ſuam bene gerentibus, vt nec propter liberos, quos ſuſceperunt eam citius recipiant: (cum tamē alias ſinguli liberi faciant, vt citius & totidem annis maturius admittantur ad magiſtratus & honores *d.l.2. de minorib.*) & vix Imp. reſcripto aliquando & raro illis adminiſtratio indulgeatur. *l.3. in pr. de minorib.* Videtur Vlpianus in *d.l.1. de minor.* particula *Hodie*, reſpiciens nimirum ad cōſtitutionē Imp. Marci Philoſophi, de quo *Capitol. cap.* 4. de curatoribus, cū ante non niſi ex Lege Lætoria (alii Lectoria) vel propter laſciuiam vel propter dementiam darentur, ita ſtatuit, vt omnes adulti curatores acciperent, nō redditis cauſis. Vnde hanc rem Hottom. hoc loco explicare conatur: non eſſe Vlpiani mentem, quod præciſe omnibus omnino minoribus curatores dentur, ſed eū ita loqui oppoſitiue ad ius anterius, quo ſaltē adoleſcentes malæ famę & vitę, & cū nota accipiebant curatores: ſed poſt Marcum citra notam propter ætatis adhuc infirmitatem cōſtitui curatores, ſed non cōuenit, quod in *d.l.1.§ 1.l.2. & 3. de minorib.* ſcribitur, nec decreto quidem Impp. niſi raro adminiſtrationem minoribus permitti. Et mouit iſtud *Cuiac. vt in l. 1. de excuſat. tut.* putarit quod §. 2. *h.t.* dicitur, per ſocordiam & incogitantiam Triboniani ex iure veteri Legis Lætoriæ eſſe adſcriptum. Sed nec hoc veroſimile eſt, cum ICti noſtri fere omnes, ex quibus haud dubie liber iſte Inſtitutionum compoſitus eſt, ſint recentiores M. Antonino: & amplius, quod præciſe omnes omnino minores non habuerint neceſſario curatores, veſtigiis iuris noſtri non obſcuris deprehenditur: veluti quod nemo curatorem regulariter petit minori, ſed ipſe ſibi minor petit *l.1.§.hæc quidem 4.cum §.ſeq. Qui pet. tut.* quod diſtinguitur, inter minores qui curatorem habent & qui non habent. *l.1. C de in int. reſtit.* & non vno iuris loco præponuntur minores qui non habent curatores *l. ait 7 § 2. de minorib. l.1. & l.adm. ne 7. C. Qui pet. tut. iuncti l. mutus 43.§ is qui 3. de procura.* Fortaſſis ita diſtinguendum, vt interſit an quis iam habeat curatorem, iure propter ætatem ſibi conſtitutum, qui ea cura liberari vix poſſit, ad quem caſum referendi ſunt textus in *d.l.1. 2. & 3. de minorib.* vel curatorem non habeat, vel habere deſierit: veluti ſi mortuo patre aut curatore, eius ætatis reperiatur (quid ſi enim forte 23. aut 24. ſit annorum?)

Digitized by Google

norũ?) vt veroſimile ſit eum res ſuas bene curaturum: quem quidem inuitum curatore grauari fuerit abſurdum: niſi ad litem, hunc enim accipit inuitus, quia in cauſa propria propter beneficium reſtitutionis idoneam perſonam ſtandi in iudicio non habet *l. 2. C. qui legit. perſ. ſtandi in iud.* vt proinde cum eo agere nemo teneatur, niſi minor curatorem accipiat, quod & in ſolutione facienda obtinere docet *d. l. 7. §. 2. de minorib.* Idque de curatore in litem procedit, ſiue agat, ſiue conueniatur minor *l. 2. C qui leg perſ ſtandi*: ex hypotheſi ſcil. actionis introductæ in iudicium, quod non poteſt fieri ſine curatore. Ceteroquin præciſe qui acturus eſt minor, non compellitur accipere curatorem: ſed ſi nolit, repellitur à limine iudicii, & negatur ei actio: at cũ inuitus excipere actionem cogatur, ſimpliciter verum eſt, eum inuitum accipere curatorem ſi conueniatur: quæ veriſſima differentia eſt & diuerſitas, quam non intellectam, male improbant *Angel. & Hottom. hic.* vbi inepte ait hoc quæri & inepte diſtingui, ipſe ineptus.

Dantur ab eiſdem magiſtratibus.] Relatio eſt ad titulum 20. *ſup. de Attil. tut.* vbi tractatur, qui magiſtratus dent tutores.

Sed curator teſtamento non detur.] Noto exceptionem ad *pr. h. t.* Videtur non cohærere cum præmiſſis. Sed nimirum *d. tit.* 20. dixerat Iuſtin. tum demum dari tutorem à magiſtratu, vbi nullus alius, & præcipue teſtamentarius eſſet tutor. Et itaq; innuit hac in re differre tutelam à cura; quæ nulla ſit teſtamentaria, *l. tutelæ 7. C. de teſtam. tut. l. curatorem 6. C. de negot. geſt.* qua deficiente demum locus ſit datiuæ. An ſit cura legitima dicemus *ad text. ſeq.* Sed quærenda eſt ratio ob quam curator teſtamento non detur. Non acquieſcit animus in ea quam adſcribit *Pac. in notis. poſt Cuiac. in Notis.* quod hoc nulla Lege cautum ſit: hoc enim ipſum quærimus, cur iſtud nulla lege ſit cautum, & cur non pariter permiſſum fuerit parentibus, vt liberis in poteſtate, curatores conſtituere poſſent. Nec placet quod *Ioh. Faber.* ait Legem magis voluiſſe ſubuenire pupillo, qui minoris conſilii eget. Angelus in §. *permiſſum 3. ſup. de tut.* duplicem reddit rationem: tum quod curator non detur inuito: tum quod tutor detur iure patriæ poteſtatis, quæ verſetur circa perſonã, non circa bona, quibus nõ perſonæ, detur curator. Prior ratio ex iam dictis dubia fit, & maxime ſi filius vix ſit egreſſus pubertatẽ, vt merito pater videatur proſpicere de curatore qui ei in adminiſtrando adſit. Altera ratio non eſt melior: quin imo cum pater poteſtatis iure omnia acquirat per filium, cumq; exheredare potuiſſet, cum & ſubſtituere impuberi & puberem fideicommiſſo grauare poſſit, nihil videbatur obſtare, quo minus etiam adminiſtrationi bonorum proſpiceret pater. Ego cauſam repetendã puto ex iure veteri, quod olim ante Marcum Imp. adoleſcentes inuiti etſi ob laſciuiam & malos mores, curatorẽ nõ accipiebant, ſed ipſi res ſuas adminiſtrabant. Itaq; ſicut puberibus teſtamentũ facere, ita quoq; iis curatores dare pater non poterat. Nihil autem mutauit in hoc expreſſe ſanctio noua Antonini: itaque ius vetus manſit.

Datus confirmatur.] Nulla eſt cura teſtamentaria pura, quæ ſola diſpoſitione patris nitatur: ſed eſt mixta: quæ vel maxime poſt cõſtitutionem M. Antonini admiſſa fuiſſe videtur: ante enim ad notam hoc filii pertinuiſſet, accepiſſe curatorẽ teſtamento patris. Confirmatur igitur curator *h. §. & l. 2. C. de conf. tut.* quod & obtinere ſi à matre datus ſit, docet *l. 2. §. 1. de conf. tut.* idem in curatore furioſi vel prodigi *l. pen. de curat. fur.* vbi expreſſe dicitur his datum à patre dari à prætore: vt penitus errent, qui ob id patrem his dare curatores potuiſſe putant, quia ipſi ſibi petere non poſſint, aut non petant. Iuſtin. tamen parum accurate ita loquitur in *l. de creationis 27. C. de Epiſc. aud.* ac ſi datio curatoris à patre facta filio furioſo in teſtamento, omnino iure ſubſiſteret. Ex his notari ſolent differentiæ tutelæ & curæ. Ille in perſonam magis eſt, hæc in rem & bona. Illa in perſonam & vniuerſa bona, hæc etiam ad certos & ſingulares actus. Illa in inuitos etiam, & ex teſtamento quoq;, hæc non ex teſtamento.

TEXTVS.

eus; & nimirum quod prodigi & furioſi ſint in cura agnatorum ex L. 12. tabb. aut ſi quis amplius quid diſpoſitum putet per LL. 12. tabb. vt iis interdictũ ſit bonis, vtiq; illud fateri oportebit, antequam hæc interdictio habeat effectum, conſtare debere quis ſit prodigus, qua in re ignorantiam eorum miror, qui ipſo iure quem prodigum intelligi & quaſi fieri, aut declarari ſtatuunt; ꝙ quidē nec ipſi Iuſtin. aut Papiniano affirmantibus, crederem; & repugnāt principia Ethica de virtutib. & vitijs, quę actiones vtrarumq; æſtimādas docēt ex circumſtantijs; cum etiam amplius non vna actio, ſed plures vitioſæ contrahant & inducant habitum, & faciant, vt quis prodigus haberi debeat; de qua re, vt quæ conſiſtit in ſingularib. Lex iudicare non poteſt: ſed nec priuatus poteſt, ſed omnino neceſſaria eſt cognitio magiſtratus, ſaltem vt hunc vel illum prodigum eſſe declaret, qua declaratione facta, admitti poteſt, quod ſuccedat poteſtas L. 12. tabb. & adminiſtrationem prodigo quaſi adimat, quamuis omnino verius ſit per decretũ ſimul prodigo interdictũ bonis fuiſſe, cui⁹ decreti formula eſt apud *Paul. 3. ſent 4. de teſtam. & Vlpian. tit. 12. de curat.* §. 1. Lex 12. tabb. prodigum, cui bonis interdictum eſt, (ſc. à magiſtratu) iubet eſſe in curatione agnatorum, facit quod in *§. Item 2. inſ. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* Prodigus ita deſcribitur, cui interdicta eſt bonorum adminiſtratio; quod ſane Lex in indiuiduo facere non poteſt. Obiicitur, quod ratio iam dicta ſuadeat, vt non minus neceſſaria ſit cognitio magiſtratus, vbi quæritur an prodigus redierit ad ſanos mores, & tractatur de cura finienda; nam & iſtud ex circumſtantijs pendet. Atquin hic non eſſe eam neceſſariam, videtur probari ex *d. l. 1. inſ. prin. de curat. fur.* Vbi ait ICtus, ſi prodigus ſanos mores receperit, IPSO IVRE deſinere eſſe in poteſtate curatorum. Nimirum textus iuris ita ſunt explicandi, vt ne rationi certæ & principijs diſciplinarum aliarum repugnent. Qui fieri poſſit, vt citra magiſtratus cognitionem & authoritatem, qui fuit prodigus ſe liberet à cura, & qui ipſi curator datus fuit, curam & adminiſtrationem rerum deponat; aut qui ſecurus erit, qui cum eo contrahet, cum nec ipſi qui prodigus fuit, nec curatori eius, nec alijs priuatis hoc permitti poſſit, vt ſtatuant & indicent, an ſani mores redierint? Et verba, *ipſo iure*, quæ extant in *d. l. 1. inſ. princ.* non vero modo vſurpantur; & dicam minime per ea declaratoriam ſententiam excludi, ſed opponi quodammodo curam prodigi, curæ minoris, quæ certo & ſtatuto tempore annorum 25. finitur quod in illa ſecus eſt, quæ quandocunque mores in melius mutauerint, finitur, idque ex ipſa 12. tabb. ratione. Apparet hinc male admitti à Dd. quod cura Prodigi finiatur ipſo iure citra declarationem magiſtratus; & inepta eſt ratio diuerſitatis & nulla quã addunt, quod vnũquodq; facile redeat ad ſuam naturam. Et tamen Angel. in *§. Inſt. Item 2. inſ. quibus non eſt perm. fac. teſt.* refert Dd. ſtatuentes opus eſſe declaratione iudicis, niſi notorium ſit, aut certo probetur prodigum redijſſe ad ſanos mores. Equidem vitia & virtutes propriam ſuam eſſentiam habent, nec pendent à cognitione & ſententia magiſtratus; verum nos hic quærimus de effectib. politicis; an prodigus teſtamentum facere, an obligari, & qui cum eo contraxerunt, efficaciter contra illum agere poſſint, de quibus ex tempore cognitionis & decretis magiſtratus regulariter eſt ſtatuendum. Niſi forte quis cum eo contraxerit, quem ſciebat & luxurioſum, & protinus pecuniam male conſumturum, vt notant Dd. *arg. l. ſi quis 8. pro empt. add. not. Vigl. in §. Item prodigus 2. inſ. Quib. non eſt perm. fac. teſt.*

Licet maiores 25. annis.] Quid ſi furioſi, aut prodigi † ſint minores, an habebunt tutorem 4
legitimum qua furioſi an datiuum, vt adhuc minores; Poſterius verius videtur per *l. 3. in pr. de tutelis.* Licet enim de pupillis furioſis ibi agatur, tamen eadem eſt ratio puberum ante 25. annum, poſtquam placuit eos regulariter in cura eſſe debere. Et notant hic Interpp. quod quando concurrunt duæ cauſæ, vna naturalis, altera accidentalis, præualeat naturalis,

Digitized by Google

talis, quod latius tractat *Porcius n.13.* Et tamen plenius cogitandum. L. 3. agit de pupillis, de quibus non locuta eſt L.12.tabb. & nō ſenſit, dum furioſorum tutelam detulit agnatis, cū ex eadem L. de tutela pupillorum cautū eſſet. At L.12.tabb. de nulla alia cura agit minorum Ergo dum defert tutelam agnatis, procul dubio intelligit omnes alios furioſos vel prodigos, præter pupillos. Idq; omnino liquidiſſimū dixerim, ſi, qui furioſus vel prodig⁹ factus eſt, nō habeat curatorē (& vtiq; qui habet, nō poteſt eſſe prodig⁹) tum n. omnino cum prodigalitas ſit cauſa tutelę, quāuis minor ſit, curæ legitimæ agnatorum locum eſſe defendā; & alias longa alia obligationis ratio eſt, in minore qua tali tantum, & qua prodigo.

Sed & mente captis.] Omnis vtique furioſus mente captus eſt, & ita in genere mente capti accipi videntur in *l. humanitatis 9. C. de impub. & al. ſubſt. §. 1. inſ. de pupill. ſubſt. l. 2. C. de cur. fur.* Sed in ſpecie mente capti appellari ſolent, qui citra rabiem laborant, tranquilla quadā mentis alienatione, qui & paſſim à furioſis diſtinguuntur *l. ſi furioſi 25. C. de nupt. l. 2. de inoff. teſtam. l. tam dementis 28. C. de Epiſc. aud.* notat hanc differentiam *Alciat. 2. parerg. 16.*

Surdis & mutis.] De his etiam in *l. nec mand 8. §. vlt. de tutor. & cur.* & in genere de his qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, in *l. his qui & in princ. eod. tit.* quæ verba limitant & declarant antecedentia huius loci, vt intelligantur ita laborantes morbo perpetuo, & tales ſurdi & muti, qui res ſuas ipſi curare non poſſint, nec alijs modis de ijs curandis prouidere; & maxime ſi ſint ſurdi & muti ſimul: Ceteroquin cur ijs curator detur cauſa non eſt. Apparet ex hactenus dictis, curā in genere ita diſtingui poſ-
5 ſe, † vt alia ſit ordinaria in minores propter ętatem, alia magis extraordinaria, ob aliū quēdam defectum & vitium, & hoc vel animi, furorem & prodigalitatem; vel corporis, veluti morbū perpetuum, aut defectū loquelæ vel auditus. De cæcis nihil hic dicitur, aut alibi, itaque nec nos dicemus; ſatis n. hi ſibi proſpicere poſſunt, cum & iudices & ſenatores eſſe poſſint, *l. 1. §. ſecundo 5. de poſtul. l. cæcus 6. de iudic.* Dubitandum autem non eſt, quin iſta cura ægrotorum, mutorum, ſurdorum, ſit datiua; & male eam *Ioh. de Plat. hic* appellat legitimā, inepte abutens *N. 72. c. 5. §. 1. verſ. & hæc.* Nā & hoc à LL. eſt, vt hic dentur curatores, ſed alio ſenſu curam vel tutelam legitimam appellamus, quæ certis perſonis ob ius ſucceſſionis defertur, quod & obſeruauit Faber hic, nec quod muti & ſurdi teſtamentum facere nequeunt, iuxta *l. 10. Cod. qui teſt. fac. poſſ. de quo inf. lib. 2. tit. 12.* protinus inde eorum tutelam legitimam eſſe conſequitur; quod & cont. *Bald. & Ioh. de Platea* probat *Angel. hic.*

TEXTVS.

3. Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, vtputa ſi legitimus tutor non ſit idoneus: quoniam habēti tutorem tutor dari non poteſt. Item ſi teſtamento datus tutor, vel à prætore aut præſide, non ſit idoneus ad adminiſtrationem, nec tamen fraudulenter negotia adminiſtret, ſolet ei curator adiungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, ſed ad tempus à tutela excuſantur, ſolent curatores dari.

COMMENTARIVS.

INſtar exceptionis hoc habet, quod ait, etiam pupillis curatores dari, quos ſcilicet hactenus docuerat in tutela eſſe. Sed eſt reuera ambiguitatis fallacia, nam exempla quæ hoc §. ſubijciuntur, oſtendunt pupillum non eſſe ſine tutore, qui accipit curatorem; cum ipſe Iuſtinianus pro ratione ſubiiciat, habenti tutorem non dari tutorem; Ceteroquin ſi proponatur pupillus ſimpliciter non habens tutorem, ei non curator ſed tutor daretur.

Porro iſta regula, Tutorem iam habenti tutorem non dari, præter hunc §. extat in *l. idem 27. in princ. de teſtam. tut. l. cum iure 9. C. qui pet. tutor. l. ſi ſororis 9. Cod. qui dat. tut. l. pen. C. in quib.*

Digitized by Google

quib. cauſ. tut. hab. l. ſcire 13. §. *ita vero* 5. *de excuſ. tut.* Vnde quia Reipublicæ cauſa abſens tutor manet, dicitur in eius locum dandus curator *l. in omnem* 15. *cum l. ſeq. de tutel. & tur. dat.*

Et ratio iſtius regulæ hæc tradi ſolet, vel quod tutor ſit domini loco *l. tutor* 27. *de admin. tut.* vel potius, quoniam tutor vel tutores ſemel conſtituti acceperunt plenam curam & adminiſtrationem, & perſonæ pupilli in ſolidum, & vniuerſo eius patrimonio dati ſunt §. *datus* 17. *inf. de excuſat.* itaq; citra notam & iniuriam tutoris, non poteſt eo adhuc exiſtente tutore, alius tutor dari; quæ ratio ceſſat in curatore, qui iuuandi ſaltem & ſubleuandi cauſa adiungi intelligitur. Vnde nihil prohibet ei qui habet curatorem, alium curatorē dari, cauſa tamen cognita *l. curatorē* 10. *C. qui dar. tut.* Et illa ratio fortior eſt in legitimo tutore, qui inſuper ius quoddam in bonis, & propter ius illud ſuccedendi, tutelam ſibi à Lege delatam habet. Notandum autem hic: *Habere tutorem* ambigue dici. Et quidem qui tutorē ita actu habet, vt adminiſtret, ei certiſſimo iure non datur tutor, ſed ſi forte non ſolus poſſit obire omnia, adiungitur curator. At de eo quæritur, qui tutorem quidem habet, ſed qui quo minus adminiſtret, varijs cauſis impeditur, quo caſu demum quæritur, an tutor an curator cōſtituendus ſit.

In primis hic rurſus diſtinguendum eſt, an quis tantum tutor conſtitutus fuerit, & necdū adminiſtrauerit, an vero iam adminiſtrare ceperit, & poſt impedimētum ſuperuenerit. In illo videtur diſtinguendum inter tutorem legitimum & alios tutores. Et de teſtamentario ſupra diximus ex §. 1. *de Attil. tut.* etiamſi datus ſit ex die certo, tamen interim tutorē dari quoniam patria diſpoſitio eo tempore aduenienté demum operatur, nec aliud eſt in die aut cōditione tacita, ſi pater v. c. minorē dederit tutorem, vt tunc alius tutor dand⁹ interim ſit *arg. 2. ſup. tit.* 14. Atqui n Lex potētius operatur. & cum fundetur in iure agnationis & ſucceſſionis, ſimpliciter facit tutorem proximū agnatum; qui adeo licet necdum perfectæ ætatis ſit, tamen cum ipſo iure tutor ſit, non alius tutor, ſed curator interim conſtituendus videtur, per *l. non ſolum* 10. §. *ſi libertus* 8. *de excuſ. tut.* ex quo §. *in pr.* apparet ſpeciale eſſe in tutore liberto impubere, quem patronus tutorē dederit, teſtamento liberis ſuis, qui ibi cum impubere legitimo tutore confertur, quamuis ſane in Græco textu Modeſtini ibi ſit verbum κηδέμων, quod generale eſſe ad tutorē & curatorem, videtur, nam licet Modeſt. paſſim tutores alias ἐπιτρόπους appellat, tamen idē curatores in ſpecie dictos, ipſo hoc nomine κουράτωρας indigitare ſolet. Porro in altero caſu vbi poſt adminiſtrationem cœptam ſuperuenit impedimentum, quæſtio præcipue difficultatem habet, propter non vno modo hac de re loquentes textus. Et ſiquidem impedimentum ſit temporarium & determinatū, itemq; ſi nō ſit plenarium quod nec impediat quo min⁹ autorari poſſit pupillo tutor, ſi forte morbo laboret tutor; vtiq; curator dandus erit, per *text. generalem in l. non ſolum* 10. §. *ſimiliter* 6. *de excuſ. tut. & h.* §. *noſtro inf l. ſolet* 13. *de tut.* Neq; dubium eſt illud, ſi cū plures eſſent tutores impedimentum tale acciderit vni, propte quod alias forte dandus eſſet tutor, tamē quoniam, quæ partes tutorum ſunt, poſſunt per reliquos expediri, ſi ratio adminiſtrationis id exigat, non tutorem ſed curatorem dādum eſſe *l. 2. C. In quib. caſib.*

Ex aduerſo illud conſtare debet, vbi tale incidit, à quo non eſt regreſſus ad tutelam, tum dādum eſſe tutorē, veluti ſi tutor, remotus, aut excuſatus in perpetuum fuerit, vt ex hoc noſtro §. *inf.* à contrario ſenſu probatur, & manifeſta ratione, pupillū omnino vſque ad pubertatem deſtitui tutore, cū præſertim quædam ſint, quę per curatorem cōmode expediri non poſſint *l. cum in vna* 17. §. 1. *de appell.* quæ ratio feciſſe videtur, vt aliquando repugnante licet ſummi iuris ratione, tamē exigēte id vtilitate pupillorum daretur tutor poti⁹ quam curator, vt colligitur ex *l. penult. de tutel.* vbi dicitur multa eſſe facta SCta, vt in locum furioſi, ſurdi, muti tutoris alij tutores dentur, quibus SCtis vt fere alias à ſummi iuris ratio-

Digitized by Google

ne videtur fuiſſe diſceſſum; quamuis etiam ſententia *d. l. pen.* habeat perſpicuam rationem, quod furor non habet determinationẽ & incertum eſt, an ſit reditura ſana mens ante pubertatem, à vitio autẽ ſurdi & muti ſemel contracto, vix datur regreſſus ad habitũ, itaq; ſublata ſpe recuperandæ tutelæ, merito alius tutor dari debet: eoq; pertinet quod eſt *in l. poſt* 40. *de admin. tut.* furioſum, ſurdum, mutum, cæcum, ſuſceptam tutelam deponere, & itaq; amplius tutores non ſunt. Quod autem ibi de valetudinario dicitur, ne pugnet cum *l. ſolet* 13. *in pr. de tutel.* accipiendum eſt de valetudine, quę tutorem omnino inhabilem reddit adminiſtrationis per *l. non ſolum* 50. *§. vltim. cum l. ſeq. de excuſ. tut.* vbi & illud addendũ, pertinere ad cognitionem magiſtratus, an permittendum ſit tutori, deponere omnino tutelam, an ei adiungere curatorem; ſecundum quod explicandum eſt, quod in *l. non ſolum* 10. *§. ſi quis* 8 *& in l.* 12. *de excuſ.* in locum tutoris furioſi effecti interim curator dandus dicitur; cognoſcet n. prætor de cauſa & qualitate furoris, an facile ſit ſanabilis nec ne, & maxime ſi legitimus tutor ſit, difficilius alium tutorẽ dabit. Magis videntur pugnare textus in terminis tutoris relegati, in cuius locum dicitur dandus tutor *l. pen. C. In quib. cauſ. tut. hab.* cõtra curator, *l. tutor.* 28 *§. vlt. de adm. tut.* ex quo negatur hoc caſu actioni tutelæ quæ nondũ ſcil. finita ſit eſſe locus *l. ſine* 32. *§. vlt. de admin. tut.* & quod difficultatem auget, idem ſtatuitur, etiamſi in perpetuum ſit relegatus tutor *l. quod ſi* 14. *§. quid ergo* 3. *de ſolutionib.* Quod poſterius ſane perabſurdum eſt, repugnans rationi & textui in *l. plane* 29. *de exc.* & dixerim ibi verbũ curatoris in *d. l.* 14. generalius ſumi: nam, quod & alibi obſeruandum eſt, ex eiuſmodi locis, in quib. aliud tractant ICti, argumẽta ſolide deduci non poſſunt; velut in *d. l.* 14. hoc tantum quæritur, an tutori relegato antequam alius ei ſubrogatus ſit, recte ſoluatur. Et itaq; poterit *d. l. pen. C. In quib. cauſ. tut. hab.* accipi de relegato in perpetuũ; aut ex tempore relegationis æſtimabitur an ſit dandus interim tutor vel curator, quid enim ſi excurrat vltra tempus pubertatis, vt nulla ſpes ſit regreſſus ad tutelã: Et huiuſmodi diſtinctionib. etiam cõponendi erunt textus, qui in locũ tutoris Reip. cauſa abſentis, modo curatorem, modo tutorem dandum eſſe dicunt. Tutorem *l.* 1. *Cod. in quib. caſib. tut. hab. l. quæſitum* 12. *de tut. l.* 3. *§. ſi quis* 16. *de ſuſp. tut. l. ſi tutor* 9. *in pr. de tut. & rat. di. trah.* vbi etiam tamquam finita quodammodo tutela dicitur eſſe locus iudicio tutelæ, vbi abeſſe debet & proficiſci; & tamen conſtat ꝙ reuerſus recipiat tutelam *d. l.* 1. *C. & d. l.* 12. *de tutel.* Curatorem autem, in eius locum dari ſcriptũ eſt in *l. omnem* 15. *& l. ſeq de tut. & cur. dat.* vbi & negatur quod deſinat eſſe tutor. Aut an præter ſupradicta, intelligimus *d. l.* 15. *&* 16. vbi alij ſunt plures tutores. Illud nõ abs re ſit addere quod hic Hottom. monet, tutorẽ habẽri poſſe dari alium tutorem, ſi ille alter tutor vltro fieri hoc patiatur; nã cum rationem iſtius regulæ hinc petierimus, quod per dationẽ noui tutoris, priſtino fiat iniuria, volens iniuriã non patitur. Deniq; addo ex *l. propter* 21. *§. vlt. de excuſ.* poſſe dari tutores nouos pro reb. adminiſtrandis, quæ ſunt in diuerſis prouincijs; facit *l. tutores* 39. *§. patruus* 8. *de adm. tut.* nam & hoc caſu initio diuerſis illis & diſſitis quaſi patrimonijs diuerſi poſſunt conſtitui tutores *l. ſi tamen* 15. *de teſtament. tut.* ſed de hac re plus ſatis. Porro h. §. Iuſtinian. caſum ſecundum de non adminiſtrante fraudulenter ideo adcommodaſſe videtur ad tutelam teſtamentariam; quoniam legitimorum honori parcendum eſt, etiamſi quid forte peccauerint, vt potius eis curator adiungatur, quam vt penitus cum nota remoueantur, *arg. l. ſi tut.* 9. *de ſuſp. tutorib.*

TEXTVS.

4. Quod ſi tutor vel aduerſa valetudine vel alia neceſſitate impediatur, quominus negotia pupilli adminiſtrare poſſit, & pupill⁹ vel abſit vel infans ſit: quẽ velit actorem periculo ipſius tutoris, prætor, vel qui prouinciæ præerit, decreto conſtituet.

COM-

Digitized by Google

Commentarivs.

VBi impedimentum adminiſtrandi eſt vniuerſale & perpetuum, vel diuturnum ibi de ſubrogando vel adiungendo tutore vel curatore tractatur iuxta d. §. præced. Hic autem tractatur de impedimento momentaneo vel breuiuſculo, & propter quod tutor negotium aliquod in præſens, vti neceſſitas vel pupilli vtilitas exigit, neq; expedire. Et iſtud negotium eſt vel extraiudiciale vel iudiciale. Ad vtrumq; in iſtis terminis non datur curator, qui fere & regulariter ad vnum ſolum actum & vbi tutor alias habilis eſt, conſtitui nō ſolet, & qui conſtituitur pure autoritate magiſtratus, non à tutore; ſed vbi huiuſmodi impedimentum eſt, ipſi tutori ius conſtituendi eſt, non tamen ſimpliciter; verum accedente decreto magiſtratus. Et quidem qui propter extraiudiciale negotium adſciſcitur, videtur in ſpecie dici Adiutor *l. ſolet 13. §. 1. de tut.* vbi requiritur decretum prætoris. Ad iudiciale & ad agendum ex ipſa re & in ſpecie dicitur Actor, id enim apparet ex omnibus locis qui meminerunt Actoris à tutore conſtituti *l. vn. C. de act. à tut. dand. l. ſi actor* 10. *C. de appell. l. actor 9. rem rat. hab. l. tutor. 6. Quand. ex fact. tutor.* Et rurſus vterque actor & adiutor dantur periculo tutoris ipſius qui conſtituit eum *h. §. & d. l. 13. de tutelis.* licet interueniat decretum prętoris, cuius de Actore mentio *in d. l. C. de l. vn. C. de act. à l. tut dand.* Idque neceſſitas exegit in caſu quo ipſe tutor litē mouere non poteſt, & quo litem necdum conteſtatus eſt; quo facto alias dubio procul ſubſtituere procuratorem ad iudicia poſſet *l. neque 11. in fi. de procurat.* Sed ante litem cont. id non poteſt, verum actorum conſtituere debet. *d. l. 11. in pr.* quem ſimul & voluntas tutoris legitimat & decretū magiſtratus. Ratio eſt ſubtilis iuris; quod nemo niſi dominus procuratorem recte conſtituit: itaque ſi pupillus præſens ſit & fari poſſit, nihil neceſſum eſt recurrere ad prætorē pro decreto & Actore, ſed tum pupillus autore tutore conſtituit procuratorē, idque eſt, quod hic dicitur Actore opus eſſe, ſi pupillus abſens ſit aut fari non poſſit: eodemque pertinet, quod de actore per abſentem tutorem conſtituto dicitur in *d. l. un. C. de act. à tut. dat.* qui ita abſens fuit à loco iudicii, vt ab eo quoque & ſcil. à tutore abeſſet pupillus. Neque vero tutor ſolum dat actorem, ſed etiam ex iam d. cauſa curator *d. l. vn. Cod. de act. vel curat. dand. d. l. ſi actor.* 10. *C. de appellat.* Illud addendū, quod de actore in locum tutoris relegati conſtituto dicitur in *l. fine 32. §. vlt. de admin. tut.* vbi aut verbum Actoris vſurpatur latius, aut, quod magis puto, intelligitur ibi actor datus à tutore antequam in exilium iret; nam vt probauimus, Actor dicitur, qui ad agendum datur, nec placet quod Theoph. ideo actorem dictum ait, quoniam apud acta & quaſi per acta conſtituatur.

Ad Titvlvm XXIV. LIBRI PRIMI Inſtitutionum,

De Satisdatione Tvtorum vel curatorum.

TEXTVS.

Ne tamen pupillorum pupillarumue, & eorum qui quæue in curatione ſunt, negotia à curatorib. tutoribuſue conſumantur, vel diminuantur, curet prætor, vt & tutores & curatores eo nomine ſatisdent. Sed hoc non eſt perpetuum: nam tutores teſtamento dati ſatisdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipſo teſtatore adprobata eſt. Item ex inquiſitione tutores vel curatores dati, ſatiſdatione non onerantur, quia idonei electi ſunt.

Commentarivs.

1 *An ante adminiſtrationem ſpeciali decreto opus.*
2 *An prætor exigat ſatiſdationem.*

3. *Qui tutores ſatiſdent.*
4 *Hypotheca in bonis tutorum.*

HActenus ſpecialia tutelæ & curæ. Sequuntur h. t. & duobus ſeqq. vtrique communia. Et primo de ſatiſdatione. Tractāt in genere Doctores eſſe quæ præcedant ipſam adminiſtrationem. Et primum iſtud vt tutores ſatiſdent, de quo mox plura. Alterum vt inuentarium conficiant, iuxta *l. tutor qui 7. de admin. tut.* Tertium, vt iuramentum præſtent ſuper adminiſtrandis fideliter rebus pupilli. *N. 27 c. 2. & vlt.* & inſuper ſpeciatim de eo defendendo, vt notant Interpp. *per l. vlt. §. pen. C. de adm. tut.* vbi tamen in terminis non fit mentio iuramenti, quod ante in ſpecie in curatoribus furioſorum conſtituerat Iuſtin. in *l. de creat. 27. in pr. C. de Epiſc. aud.* Quartum ſolet
1 addi, vt ſpeciali decreto tutoribus † permittatur adminiſtratio: quod ita diſpoſitum eſt in Cōſtit. nouiſſimis Imperii, Reformatione Politiæ *Auguſtæ Anno* 1548. *tit.* Von Pupillen vnd Vormundern. Sed videtur id etiam iuri nouiſſimo Iuſtinianeo conuenire in *l. vlt. §. illo procul. C. Arbit. tut.* vbi *itemque ad pr. tit. ſup. de leg. agnat. tut.* Interpp. id cōmuniter tradunt. Sed id vtique abhorret à ratione Iuris noſtri; & in *d. l. vlt.* ante omnia inuentarium confici vult Iuſtin. & vt ita tutori res confecto inuentario tradantur; quibus verbis vtique non ſignificatur decretum magiſtratus. Sed hoc obiter. Nos de ſatiſdatione agamus. Finis omnis cautionis eſt, vt proſpectum ſit alicui, & res eius ſint in tuto collocatæ. Hunc finem initio ſtatim proponit Iuſtinianus, *Ne pupillorum negotia conſumantur, aut diminuantur. Diminuere* hic paulo laxius accipiendum eſt, nam & tenetur tutor, ſi eius negligentia & culpa bona pupilli non fuerint aucta: hoc enim procul dubio venit in actionem tutelæ, per *l. 1. in pr. de tut. & rat. diſtr. l. ſi tutor 15. l. qui negat. 58. §. qui pupillo 3. de admin. tut.* adeo etiam in actionem ex ſtipulatu per *l. cum pupillus 9. rem pup. ſalu. fore.* Satiſdatio hæc fit, quæ etiam regularis natura eſt cuiuſuis ſatiſdationis, datis fideiuſſoribus, *l. ſi poſtea 10. & l. vlt. rem pup. ſalu. fore l. 1. §. 2. iunct. l. 7. de prætor. ſtipulat.* qui ſcil. iuxta cum tutore promittunt & obligātur, rem pupilli vel adoleſcentis ſaluā fore.

Curet prætor † vt ſatiſdent.] Supra hoc quoq; 2
tractaui, *ad §. ſed ex his. de Attil. tut.* quomodo prætor curare dicatur, vt ſatiſdetur, cum tamen ipſe ſatiſdationem non exigat *§. vlt. h. t.* ſed ex inquiſitione tutores det, quo caſu ſatiſdatio ceſſat *in fi. huius pr.* Et tamen eſt in *l. 1. in fi. & in l. 3. rem pup. ſalu. fore,* quod ſtipulatio illa & ſatiſdatio apud prætorem, & eo curante præſtetur. Hæc nemo mouet, aut explicat. Nec poteſt rem extricare, quod d. loco diximus curam prætoris etiam extra Romam in ciuitates & municipia ſe porrexiſſe, quippe cum *d. l. 1. & 3.* tractetur de ſatiſdatione, quę apud ipſum prætorem & eius cura expediatur; & igitur non exegerunt ibi magiſtrat⁹ inferiores cautionem, nec exigendam eam aut tutores dandos prætor demandauit; nec videtur Romæ alius magiſtratus fuiſſe extra prætorem tutelarem, qui ius dandi tutores haberet. Et fatendum itaque erit, non ſemper prætorem dediſſe tutorem ex inquiſitione. At enim vtique nō dedit ſine decreto, hoc autē requirit cauſæ cognitionem. An forte cauſæ cognitio locum habet, vt tamen non ſit neceſſaria inquiſitio? Aut non ſemper vbi decretum interponitur ſuper officio aliquo decernendo, opus eſt cauſæ cognitione, velut hoc caſu, ſi nihil habeat tutor quod excipiat aut excuſet, quo minus ſuſcipiat tutelam? At enim ſi ita ſimpliciter decernit prætor, & tum curat interponi ſatiſdationem, quomodo non verū erit, quod exigat prætor ſatiſdationem, contra apertiſſimum textum *in §. vlt. h. t.* & ſi exigit tenebitur quoque illa actione ſubſidiaria contra *d. §. vlt. & l. 1. §. 1. de magiſtrat. conuen.* Et quomodo igitur iſta non pugnant: & quis tādem erit qui exigit ſatiſdationem, quæ præſtanda eſt curante prætore apud prætorem *d. l. 2. & 3. Rem pup. ſalu. for.* An è municipiis tutores à magiſtratibus euocandi fuerunt Romam, vt ibi ſatiſdarent? At cui bono, & cur non id fieri potuerit æque in ipſis municipiis aut coloniis? Videtur ſcrupulum hunc aliqua vidiſſe, Hottom. qui confugit ad ſcribam prætoris cui

Digitized by Google

cui hic negotium dederit exigendi ſatisdationem: In vrbe inquit, ſcriba, in prouinciis, municipiis & coloniis, defenſores & magiſtratus municipales ſatisdationem exigebant. Sed vitioſa eſt comparatio, nam magiſtratus municipales habuerunt ius dandi tutores *l. 3. de tut. & cur. dat.* quis autem vmquam audiuit hoc habuiſſe ſcribam prætoris? quod ſi prætor datis tutoribus iuſſit ſcribam exigere ſatisdationem, vtique iam dicetur prætor exegiſſe, cum ſcriba tantum ſit nudus miniſter: & duumuiri quoque apparitores habuerunt, quorum miniſterio potuerunt exigere ſatisdationem: nec tamen apparitores eam exegiſſe dicuntur. Et vero vbi prætor tutores dedit ex inquiſitione, negamus opus fuiſſe ſatisdatione: & quomodo tum igitur ſcriba eam exigebat? Sed & *l. vlt. C. de magiſtr. conuen.* eſt Zenonis, Imp. Conſtantinopolitani, ſub quo forma veteris Reipub. mutata fuit: Et nec ibi dicitur quod ſcriba exigat ſatisdationem, ſed quod æſtimet facultates pupilli, vt ſecundum eas accipiantur fideiuſſores. Ergo totum iſtud Hottomanni commẽtitium eſt. An forte referimus iſtud ad tutores non datiuos, ſed teſtamentarios, (aliquando) & legitimos; quos prætor non dat, ſed tamen ab illo aliquando ab his fere ſemper curat exigi ſatisdationem Romæ. Et tamen negatur actio ſubſidiaria in prætorem: itaque fatendum omnino eſt, eum hanc curam miniſtris ſuis delegare ſolitum, qui exigerent ſatisdationem; licet hoc apud prætorem præſtaretur.

Hoc non eſt perpetuum.] Exceptiones latius patent quam Regula. Nam cum ſint tres ſpe-
3 cies † tutorum, teſtamentarii non ſatisdant *h. text. & l. teſtamento 17. de teſta. tut.* extra quam ſi quid noui emergat. *arg. l. 4. in fin. de teſtam. tut. l. in confirm. 8. cum 2. ll. ſeqq. de conf. tut.* Ex legitimis, eximuntur patroni cauſa cognita & parentes *l. legitimos* §. §. 1. *de legit. tut.* Ex datiuis non ſatisdant, quis dantur ex inquiſitione à maioribus magiſtratibus *h. text. in fin. l. pen. C. de tut. qui ſatis non ded.* Itaque inepte opponunt vulgo Interpp. ex §. *noſtra autem. ſup. de Attil. tut.* qui aperte loquitur de minoribus magiſtratibus, qui ſine inquiſitione dant tutores: quod non intellexerunt veteres Interpp. qui etiam his ius inquirendi tribuunt, ſecundum quæ explicanda & limitanda ſiue declaranda eſt *l. 3. C. de t.* quæ ſolos tutores teſtamentarios eximere videtur à neceſſitate ſatis dandi: ſcilicet quoniam de nullo alio genere tutoris id abſolute prædicari poteſt. At enim dixerit quis, cum ſatisdationis hic finis ſit, ne pupillorum negotia deminuantur, in pr. h. t. & maxime LL. faueant pupillis, videri contra vtilitatem pupillorum, vt quibuſcuuque tandem tutoribus cautio remittatur: & cum LL. velint omnia negotia pupilli integra eſſe & ſalua, omnibus tutoribus onus ſatisdationis fuiſſe iniungendum.

Reſpõdeo, rationes quę tutores quoſdam liberant à cautione, ita comparatas eſſe, vt ſimul excludant cauſam, quæ neceſſariam facit ſatisdationem, & ita ſimul excludat periculum pupillorum. Nam quod ad datos ex inquiſitione attinet, ratio hic redditur, quod ſint electi idonei, videlicet, cum in bona & mores ſit inquiſitum; vt amplius eos per ſatisdationem idoneos fieri non oporteat. Teſtamentarii ſunt idonei præſumptione iuris, quæ ſtat à iudicio patris *per l. amiciſſimos c. 36. de excuſat.* & h. text. vbi dicitur, quod fides eorum à teſtatore cui Leges plurimum tribuunt tamquam patri, ſit approbata, vt adeo paternum teſtimonium ſufficiat pro ſatisdatione *l. vlt. §. & ſiquidem 5. C. de curat. fur. l. de creat. 27. in pr. C. de Epiſc. aud.* Et iſtæ approbationes per patrem & magiſtratum maiorem ſunt ſpeciales ſuper ſingulis perſonis; itaque hæc ratio in legitimis non procedit: quoniam Lex non ſingularem & certam perſonam, ſed ſimpliciter agnatos vocat: neque Lex inquirere aut iudicare de perſona, poteſt.

Intelligimus ſcilicet iure teſtamentarios tutores, aut vtique à patre datos, ceteri enim niſi per inquiſitionem confirmati ſint, ſatisdare cogantur, vt explicauimus ad §. *permiſſum ſup. tit. XIII.* Illud hic addendum, quibus caſibus cauendum eſt, ſatisdationem adeo neceſſariam eſſe, vt ante eam præſtitam,

Digitized by Google

tam, quidquid tutor egit, ipſo iure ſit nullum. *l.3.C.de tut. qui ſat non ded.*

Nec iſtud omittendum, quod licet teſtamentarii † & quidem datiui non dent fide-
4 iuſſores, tamen alia cautione pupillis eſſe proуiſum, quod nimirum vniuerſa tutorum bona, pro adminiſtratione pupillis ſunt tacite pignori obligata: hæc enim hypotheca procul dubio generalis eſt, & ad omnes tutores pertinet *l.pro officio* 20. *C. de admin. tut.* quam hypothecam quidam demum à Conſtantino per *d l.*20. putant eſſe introductam. Itaque in quibuſdam tutoribus eſt cautio hypothecaria, à quibuſdam inſuper fideiuſſoria exigitur; quod hodie tamen per conſt. Imperii in comitiis Auguſt. Anni 1548. generaliter obſeruatur, vt omnes tutores fideiuſſoribus cauere teneantur. Iuris veteris hæc erat formula, vt tutor & fideiuſſores vel ipſi pupillo, ſi præſens eſſet farique poſſet, vel ſeruo eius, vel in ſubſidium, ſeruo publico & ſcilicet tabulario, aut ei quẽ prætor deputauerat, quin & ipſi magiſtratui municipali rem ſaluam fore ſtipulato promitterent *l. 2. 3. & 4. in pr. & l. 6. rem pup. ſalu. for. l. 1. §. exigere 15. de magiſtrat. conuen.*

TEXTVS.

2. Sed ſi ex teſtamento vel inquiſitione duo pluresue dati fuerint, poteſt vnus offerre ſatisdationem de indemnitate pupilli vel adoleſcentis, & contutori ſuo vel concuratori præferri, vt ſolus adminiſtret: vel vt contutor aut concurator ſatis offerens præponatur ei; vt & ipſe ſolus adminiſtret. Itaque per ſe non poteſt petere ſatisdationem à contutore ſuo vel concuratore, ſed offerre debet, vt electionem det concuratori vel contutori ſuo, vtrum velit ſatis accipere an ſatisdare. Quod ſi nemo eorum ſatis offerat, ſi quidem adſcriptum fuerit à teſtatore, quis gerat, ille gerere debet. Quod ſi non fuerit adſcriptum, quem maior pars elegerit, ipſe gerere debet, vt edicto prætoris cauetur. Sin autem ipſi tutores diſſenſerint circa eligendum, cum vel eos, qui gerere debent, prętor partes ſuas interponere debet. Idem & in pluribus datis ex inquiſitione comprobandum eſt, id eſt, vt maior pars eligere poſſit, per quem adminiſtratio fiat.

COMMENTARIVS.

Exceptio eſt ad illud quod in pr. traditum eſt, tutores teſtamentarios & ex inquiſitione datos, non ſatisdare. Etenim hoc quidem vt ſatisdent directo ab iis peti, iiſque imponi non poteſt, ſed prouocando alter alterum, (vbi plures ſunt) facere poſſunt, vt qui in adminiſtratione ceteris præferri vult, ſatiſdare cogatur. Hoc ſumma ratione admiſſum fuit, vt cum tutores ita teneantur, vt periculum cõmune ſit, & ad omnes pertineat, quod vnus quoque male geſſit, illi potius permittatur adminiſtratio qui offert ſatisdationem, quæ ceteros quoque ſecuros reddat: dum qui offert, metuens forte & ſuſpectam habens collegarum negligentiam, ipſe adminiſtrare cupit; quam conditionem ſi ceteri recuſent, & ipſi adminiſtrare velint, quod ipſis permittitur *l. teſtamento 17. in pr. de teſtam. tut.* ęquiſſimum eſt, vt eadem Lege adminiſtrent, & alterum qui obtulit, cautione præſtita faciant ſecurum, quomodo tutores ſeſe inuicem prouocare dicuntur *l. ſi nemo 19. de teſtament. tut.* Hæc vna ratio iſtius rei fuit. Altera eſt, vt potius per vnum, qui idonee cauet, adminiſtretur tutela quam in plures ſpargatur; quod vt fieret curæ prætori fuiſſe ait ICtus *in l. 3. §. apparet. C. de admin. tut.* qua occaſione hic ſimul tractatur & docetur ordo, quem in hac re præſcripſit prætor, vt pluribus delatæ tutelæ adminiſtratio ad pauciores, & potius ad vnum deriuaretur. Primum gradum facit Iuſtinianus eius tutoris qui ſatisdat, ſecundum,

ſi nemo

Digitized by Google

ſi nemo offerat, eius cui ex pluribus adminiſtrationem committi voluit teſtator. Sed Hottom. cõtra hunc præfert, vtcunque alius ſatisdare velit. Impudenter, cum textus quẽ ad hoc adducit ex *l.3. §.1. de admin.tut.* declaretur eadem *L. §.pen.* vbi diſerte dicitur, non teneri contutores acquieſcere deſignationi patris, ſed poſſe contradicere, ſi nolint eſſe ſuccedanei alieni periculi; & quanto magis igitur poterunt contradicere & recuſare, offerendo ſatiſdationem: &, quod non obſeruauit Hottoman. in toto illo loco *l.3. §.1. cum ſeqq. de admin. tut.* caſus ille oblatæ cautionis non tractatur, ſed extra illum, quo ordine in adminiſtratione committenda procedatur. Et itaque potior omnino eſt, qui offert ſatiſdationem, nec enim voluntas teſtatoris cæteris præiudicium facere poteſt: quod & oſtendit *d. l. teſtamento. 17. de teſt. tut.* proximus huic eſt, quem teſtator deſignauit; neque hic tantum tribui poteſt iudicio teſtatoris, quantum male exiſtimat Hottomannus, quoniam agitur de præiudicio tertii, & videlicet collegæ; quæ ratio facit, vt & citra oblationem ſatiſdationis poſſint collegæ contradicere, vt modo dicebamus. Tertio loco, ſi teſtator neminem deſignauit, ſtatur conuentioni tutorum, vt adminiſtrent, quos maior pars elegerit *h.§. & d.l.3.§. ſi non 7. de admin.tut.* Quarto, ſi non conueniant in eligendo, prætor ſtatuet h.§. Hoc ita, vbi tutores volunt adminiſtrari tutelam per vnum, vel aliquot: ceteroquin ſi omnes velint adminiſtrare, prætor hoc eis permittet, *d.l.3. §.pen. de admin.tut.* quod & eueniet, ſi omnes ſatiſdare ſint parati, vt videtur Vlpianus velle *in d. l. 17. in fi. pr. de teſtamen. tut.* vel magis idoneum deliget prætor vt eſt in *l. quod ſi 18. de teſtam. tut.* Atque hæc ita regulariter obtinent: habent enim exceptiones; v. c. vt aliquando iudicio teſtatoris non ſtetur ex cauſis relatis *in l. 3. §. quamuis 3. de admin. tut.* Itemque aliquando ſatis offerens non audiatur, ex rationibus *in l.17. §.1. de teſtam. tut.*

Idem & in pluribus.] Ait idem eſſe in pluribus tutoribus datis ex inquiſitione; quamuis ſane magiſtratus non temere plures tutores dare debet, quam adminiſtrationis ratio exigit; teſtator autem liberum habet arbitrium, poteſt autem & ille plures dare, vt tanto melius ſit conſultum pupillo, cui expedit, plures habere obligatos. Iuſtin. autem mox illud quod dixerat, videtur reſtringere ad vnicum iſtud de electione maioris partis. Verum id tantum exempli gratia poſitum videtur: ne omnia ſuperiora repetere neceſſe eſſet; & rationis eſt, vt etiam hic inuicem ſe offerendo ſatiſdationem prouocare poſſint. An forte non poſſunt? quoniam cum magiſtratus eos omnes & ſingulos per inquiſitionem idoneos elegerit, non eſt eorum vt à ſe inuicem exigant ſatiſdationem: quomodo iudicium magiſtratus in dubium vocaretur. Et hæc ratio vera videtur: cum & ICtus in *l. ſi nemo 19. §.1. de teſtam. tut.* illi clauſulæ ſubiectos eſſe dicat ex inquiſitione datos, vt is gerat quem maior pars elegit; & porro conſequenter huic, ſi non conueniant, vt prætor partes ſuas interponat; nam hoc ſub illo per conſequentiam quandam continetur. Quod autem de deſignatione teſtatoris dictum eſt, palam eſt hic non obtinere. Vbi ita vnus ex pluribus adminiſtrat, ceteri vocantur honorarii tutores, ad quos in ſubſidium, ſi alter nõ ſit ſoluendo, aut ſi alias in eo non arguendo ſuſpecto fuerint negligẽtes, periculum quoque ſpectat, de qua re eſt *l. 3. §. 2. de admin. tut. l. quod ſi 14. §. 1. de ſolut.* Quomodo alias, vbi inter plures de aliquo non conuenit res tranſigatur & expediatur, tractant Interpp. *Ioh. de Plat. & Ang.* hic, qui etiam in genere tractant, an & quomodo ſtetur ei quod maior pars facit aut decernit, de quo etiam Porcius *hic in fin.*

TEXTVS.

3. Sciendum autem eſt non ſolum tutores vel curatores pupillis vel adultis ceteriſque perſonis ex adminiſtratione rerum teneri, ſed etiam in eos, qui ſatiſdationem accipiunt ſubſidia-

nimis præciſe acciperet, quod hic Iuſtinian. actionem iſtam vltimum præſidium appellat.

Ceteriſque perſonis.] Scilicet ſurdis, mutis, furioſis, prodigis, &c. de quibus actum *tit. preced.*

Ex adminiſtratione rerum.] Hæc eſt cauſa actionis, quæ contra tutores vel curatores datur, qua conueniuntur, vt adminiſtrationis reddant rationem *§. vlt. ſup. de Attil. tut. l. rationes* 14. *C. de admin. tut.* In quam actionem venit, quod committendo vel omittendo peccatum eſt *l. pro officio* 20. *C. de admin. tut.* quæ ſigillatim proponuntur *t. t. de tut. & rat. diſtr. D. & C. de admin. tut.*

Qui aut omnino.] Hactenus ſcilicet verum eſt, nihil intereſſe an omnino non, an non idoneè ſit cautum *l. quoties* 6. *qui ſatisd. cog.*

Quæ quidem.] Videtur Edicto prætoris actio hæc vtilis propoſita in magiſtratus, & quidem hos ſolos; quæ poſtea Interpretatione prudentum & reſcriptis ſiue decretis principum in heredes producta ſit, arg. huius loci, & facit *l. quod ad* 6 *de magiſt. conuen.* Quod ſuaſit fauor pupillorum: ceteroquin videtur iſtud eſſe quædam delicti ſpecies; actiones autem ex delictis non dantur in heredes. Idque fortaſſis fecit, vt ſpeciale hæc actio haberet: quod cum actiones quæ natura ſua in heredes dantur, eodem modo & iiſdem caſibus in eos competant: iſta actio tum demum datur in heredes, vbi lata culpa & dolo magiſtratus peccauit: in ipſos verò magiſtratus, ſi etiam leui culpa peccauerunt *l. non ſimiliter* 4. *& l.* 6. *de magiſtr. conuen. l.* 2. *C. eod.* Et hoc non ex mera ratione iuris, ſed ex miſeratione pupilli, qui dolo magiſtratus læſus fuit, vt damnum hoc omnimodo ei reſarciatur: ceteroquin quod defunctus in dolo fuit, non facit, vt tanto magis teneatur heres; imo vt tanto minus: cum actiones ex delicto non dentur in heredes, de quo *infr. de perpet. & temp. act.* & ſumptus fuit hic color, quaſi magiſtratus dum dolo aut lata culpa peccauit, hactenus eſſet loco fideiuſſoris, cujus etiam heredes tenentur: ſed color tantum, alias nihil impediiſſet, quo minus etiam ob magiſtratus leuem culpam heredes tenerentur. Sed vt dixi, reſpexerunt fauorem pupilli, & noluerunt præter communem rationem iuris nimis producere hanc actionem.

Quibus conſtitutionibus.] De compulſione iſta diximus, & *ſup. ad §. Sed ex his in fin. de Attil. tut.* Id iuris ordinarii eſt, vt quod quemque facere oportet, id ſi non faciat, legitimis remediis facere compellatur. Duo ſunt quæ facere debet tutor principaliter, ſatisdare, & adminiſtrationem ſuſcipere. Modi cogendi ſunt, multæ dictio, & pignorum capio, *h. l.* 10, ſed quid ſi ne ſic quidem faciat? Tunc iſta loco pœnæ erunt; præciſe enim vt faciat cogi non poteſt: & ſupererit, vt ſuſpectus poſtuletur (hoc enim & ante cœptam adminiſtrationem fieri poſſe dicitur titul. vlt.) & cum nota remoueatur vel abſtinere tutela iubeatur *l. præſes* 3. *C. de ſuſpect. tut.* Porro quid ſit mulctam indicere, nimis quam notum eſt. Forte non æque quid ſit coercere † captis pignoribus. 2
In cauſam iudicati pignora capi dicuntur, dum bona per executores capiuntur & diſtrahuntur, vt victori ſatisfiat, vbi debitor non ſoluit. Hoc modo pignora capi ſi hic accipias, concurret cum dictione multæ, imo nihil erit aliud quam executio & exactio multæ, quam magiſtratus indixit: Atquin videmus, multæ dictionem & pignoris capionem, vt diuerſa remedia proponi *l. ſacrilegi* 9. *in fin. Ad L. Iul. pecul.* & hic pignorum capio tamquam proprius coercitionis modus proponitur: ceteroqnin multæ dictionis potius meminiſſet Iuſtin. Forte an hoc explicandum ſit ex *Cicerone lib.* 3. *de oratore, in princ.* vbi de Craſſo & Philippo. Cum inquit, ita, Craſſus, Philippo quaſdam quaſi verborum faces admouiſſet, non tulit ille & grauiter exarſit, & pignoribus ablatis, Craſſum inſtituit coercere, Tum Craſſus inter alia. An tu, cum omnem autoritatem vniuerſi ordinis pro pignore putares, cumque in conſpectu populi Rom. concideres, me

Digitized by Google

neris excuſationem proſunt, defuncti autem non proſunt. Sed ſi in bello amiſſi ſunt, quæſitum eſt, an proſint. Et conſtat eos ſolos prodeſſe, qui in acie amittũtur, hi enim qui pro Rep. ceciderunt, in perpetuũ per gloriam viuere intelliguntur.

COMMENTARIVS.

1 *Præmia patrum ob liberos.*
2 *Munera ciuilia.*
3 *Tutela quale munus.*

ROmani hoc vnice egerunt, vt copioſam Remp. & plurimos ciues haberẽt, vt prole continuo & perpetuo ſuecreſcente nõ deeſſent ad bellum milites. Itaq; varijs præmijs
1 maritos & patres honorarunt, † contra cœlibes & orbos pœnis quibuſdam coercuerunt; in quam rem præcipue latæ LL. Iulia de maritandis ordinibus, itemque Papia Poppæa; de quibus hic agere & exſequi iſta prolixius non eſt inſtituti noſtri, videantur præ alijs *Vertran. Maurus, lib. ſingul. de iur. liber.* & *Lipſ. ad 3. annal. Tac. non multo poſt princip.* vbi de Lege Papia Poppea. Vnum genus præmiorum fuit, immunitas à publicis oneroſis functionibus, muneribus ciuilibus pro numero liberorum; *l. 1. & 2. de vacat. mun l. 3. §. quamuis 6. de mun. & hon. l. ſemper 5. §. 2. de iur. immun.* horum enim exemplo receptum teſtatur expreſſe hoc loco Iuſtinianus, vt hæc cauſa etiam à tutela, vel cura præſtaret immunitatem. Nec hoc Romanis proprium fuit. Scribit *Ariſtot. 2. politic. 9.* Legem eſſe Spartanis τὸν γεννήσαντα τρεῖς υἱὸς, ἄφρουρον εἶναι, τὸν δὲ τέτταρας, ἀτελῆ πάντων; quamuis *Ælian. 6. Var. hiſtor. capit. 6.* ſcribat, apud Spartanos eum qui quinque liberos genuerit Reipublicæ πάντων τῶν λειτουργιῶν ἀφεῖσθαι. Ad hoc exemplum liberi apud Romanos vacationem præſtiterunt, & quidem à tutela iuxta hunc textum liberi, tres, quatuor, quinque, reſpectiue, vt ciues vrbis Romæ, cæteris Italicis, hi prouincialibus præferrentur & potiori iure eſſent *l. 1. Cod. qui numer. liber.* Licet enim omnes etiam prouinciales ciues Rom. facti ſint, tamen non ob id omnis differentia ſublata eſt, vt patet ex *§. per traditionem infr. de rer. diu. in princ. infr. de vſucap.* Sed & quo ad ciuitatem Rom. plurimum quo ad varia iura inter incolentes vrbem Romam, & ceteros intererat, neq; enim omnes æquo & optimo iure ciues Romani erant.

Exemplo ceterorum munerum.] Munera hic ciuilia ſumuntur † in ſpecie, pro talibus 2
functionibus, quę publicum commodum reſpiciunt, & vna cum ſumptu & operam perſonæ requirunt, & ſine dignitate geruntur, quomodo diſtinguuntur ab honoribus *in l. honor. 14. de muner. & honor. fac. l. honorem 10. eod.* & quorum exempla videntur eſſe quæ referuntur in *l. maximarum 12. Cod. de excuſat. mun. lib. 10.* & eodem ſenſu honores & munera ciuilia opponuntur in *l. 2. §. 1. de vacat. muner.* Et ab huiuſmodi muneribus ciuilibus oneroſis & ſine dignitate, & quæ videntur quaſi ſordida vocari in *l. ſordidorum 13. Cod. de excuſat. muner.* excuſat hic numerus liberorum. Et licet tutela non ſit forte ſordidum munus, tamen eſt pure oneroſum & ſine dignitate, ſecundum hæc quod dicitur in *l. 1. in fin. de vacat. mun.* accipiendum eſt de prouincialibus; ſententia enim ICti eſt, quod duæ imperfectæ cauſæ, licet concurrentes non pariant excuſationem: Itidem ex his *l. 1. Cod. de his qui numer. liber.* aut de oneribus patrimonialibus accipienda eſt, aut pro *oneribus* legendum eſt *honoribus*: ab his enim numerum liberorum non excuſare docet *Vlpian. d. l. 2. §. 1. de vacat. muner.* Numerus nimirum ordinarius ille trium, quatuor, quinque liberorum, qui à muneribus ciuilibus excuſat; Ceteroquin numerus maior, & nimirum 16. liberorum ab omnibus & muneribus & honoribus liberat; quomodo omnino & verbum, *munerum*, latius accipiendum eſt in *l. ſemper 5. §. 2. de iur. immun.* neque enim omiſiſſet ICtus, ſi poſt Pertinacem, *cuius in d. §.* mentio, Seuerꝰ aliquid noui conſtituiſſet, vt quidam factum

tuo proſint auo nepotes, ſcribit *Modeſt. in l.2. §.non ſolum 7.h.t.* idque innuit Iuſtin. hoc loco dum ait prodeſſe, vt in locum ſuccedant patris, qui ſcil. amplius non prodeſt, emancipatus autem adhuc prodeſt. Et conſequenter quia proſunt; qua ſuccedentes in locum patris, plures nepotes, pro vno tantum capite hac in re computabuntur *d.l.2.§.7.iunct.l.3.C. de his qui num.lib.* Sexta propoſitio; Liberi & nepotes ex filia non proſunt, *l. textu.* quoniã proſunt patri ſuo vel auo in cuius familia ſunt licet alibi appellatione liberorum etiam nepotes ex filia contineantur *l.1. Codic. de condit. in ſ. l. vlt. de pollicit.* Septima propoſitio. Et filiæ quoque proſunt. Licet enim filiæ non pugnent, nec muneribus alijs ciuilibus funguntur, attamen his qui talia faciunt nubunt, & ciuitatem liberis replent; & probatur hæc propoſitio quoque per *l.vlt. Cod. de his qui num. lib.* Octaua deniq; propoſitio. Liberi ſuperſtites proſunt *h. textu*, incolumes *l.25.§.5. de vacat.mun.* viuentes *l.2.§.4.h.t.* & qui Reip. vtiles eſſe poſſunt: ideoque qui in vtero ſunt (cum & hic de commodo eorum non agatur) non proſunt *d.l.2.§.4.* Non etiam proſunt mortui, adeo nec qui pro mortuis habentur, vt puta deportati aut ſerui facti pœnæ, quamuis contrarium putet *Maurus c.44. de iur.lib.* An proſunt qui religionem ingreſſi ſunt? Magis affirmant Dd. neque nocere debet hoc patri quod nec impedire potuit, & vt maxime potuiſſet, qui filium Deo conſecrauit, priuilegium hoc amittere non debet. In bello tamen amiſſi proſunt *l.vlt.de vacat.mun.* quod explicat Vlpianus *in l.bello 18. de excuſ.t.* vt tantum intelligantur amiſſi in acie, quod & Iuſtin. hic probat, quia pro patria ceciderint, quibus apud Græcos quoque publice honores habitos apparet ex *Thucyd.lib.2.* Itaque qui in obſidione ceciderunt, non proſunt *d.l.18.* forte quia defenſionis propriæ cauſa pugnare intelliguntur. At quid ſi miles & ciuis Romanus præſidio impoſitus, obſidente vrbem hoſte, in eruptione aut irruente & irrumpente hoſte fortiter pugnans occumbat, cui non hic vtique in acie perijſſe iudicabitur? Ita ſane videtur; licet verba Vlp. id vix admittant. Sed quid eſt in *d. l. 18. cuiuſcunq; ſexus vel ætatis*, an impuberes aut fœminæ in acie ſtant & pugnant? Id vtique falſum eſt. Itaque illa verba aut ſpuria dixerim, aut traiectione facta ad quæſtionem referenda, non ad deciſionem, & ita legendum. *In obſidione forte cuiuscunque ſexus vel ætatis ſint? Melius igitur probabitur, &c.* Quid ſi vulnerati in acie poſt moriantur? An proderunt? Vtiq; ſi ex eo vulnere moriantur: quod ratio ſumma ſuadet, & probant communius Dd. licet inepte diſſentiat *Porcius* & ex inepta ratione, quod duplex fictio nõ poſſit concurrere. Illud denique addendum, ſpectari hic tempus, quo de excuſatione tractatur; vt videl. non proſit, ante tres vel 4. habuiſſe liberos, nec noceat poſtea aliquos mortuos; vt tutelam ante delatam recipere teneatur, *l.2.§.4.h.t.*

TEXTVS.

2. Item D. Marcus in Semeſtribus reſcripſit: eum qui res fiſci adminiſtrat, à tutela vel cura, quãdiu adminiſtrat, excuſari poſſe. Item qui Reipublicæ cauſa abſunt, à tutela vel cura excuſantur. Sed & ſi fuerint tutores vel curatores dati, deinde Reip. cauſa abeſſe ceperint, à tutela vel cura excuſantur, quatenus Reip. cauſa abſunt, & interea curator loco eorũ datur: qui ſi reuerſi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni vacationẽ habent, vt Papinianus libro quinto reſponſorum ſcripſit: nam hoc ſpacium habẽt ad nouas tutelas vocati. Et qui aliquam habent poteſtatem, ſe excuſare poſſunt, vt D. Marcus reſcripſit: ſed ſuſceptam tutelam deſerere non poſſunt.

Com-

maiores, vt in *l. vlt. de offi. eius. l. 3. & 4. de iuriſdict. l. ea quæ 26 ad municip.* Quo ſenſu minores magiſtratus dicuntur eſſe ſine imperio & poteſtate *l. nec magiſtr. 32. in f. de iniur.* aut an forte poteſtatis verbum etiam ad inſignia magiſtratuum pertinet, faſces ſcil. ſecures & lictores, quæ habebant tantum maiores magiſtratus, quomodo id hic interpretatur Hottom. Sed videri poſſint etiam magiſtratus in coloniis & municipiis faſces habuiſſe, per *l. duumuirum 53. de decur. lib. 10.* niſi quis ibi per metaphoram poteſtatem faſcium pro iuriſdictione dictam putet. Et tamen vt non faſces, ſicut Romæ, attamen aliquid loco faſcium & bacillos prælatos fuiſſe magiſtratibus municipalibus, docemur ex *Orat. Cicer. agraria 2. in Rullum paulo ante fin.* vbi agit de ſuperbia nouæ coloniæ, Capuam deductæ. Cum inquit, in ceteris coloniis, duumuiri appellentur, hi ſe prætores appellari volebant: deinde anteibant lictores, non cum bacillis, ſed vt hic prætoribus anteeunt, cum faſcibus duobus. Et ergo duumuiri habuerunt lictores. Id ſub principibus poſt forte mutatum: ſiquidem ſcribit Tacit. 2. *annal.* de Germanico. Hinc ventum Athenas, fœderiq; ſociæ & vetuſtæ vrbis datur, vt vno lictore vteretur. Sed quidquid eius ſit, poteſtatis verbum in excellentiori ſignificatu hic ſumi apparet inde, quod magiſtratus ædilitatis à tutela non excuſat *l. non tantum 17. §. ii qui 4 h. t.* De magiſtratibus municipalibus, qui vti-
3 que † poteſtatem præcipuam ibi habent, quæritur, an ſint excuſari à tutela: qua in re textus iuris inuicem pugnare videntur. Affirmatur hoc in *l. ſi dictus 6. §. remittuntur 16. h. t.* vbi Græcus Modeſtin. *ἀφίενται ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορείας ἡγεμονεύοντες πόλεων*: per quos intelligi municipales, ſupra diximus ad *§. præterea 6. tit. 12.* ſiue generalius quamcunq; ciuitatem, hoc enim nomen generalius eſt quam municipii. Negare contra videntur textus in *l. Spadonem 15. §. ſi ciuitatis 9. l. propter 23 h. t. l. 3. Qui pet. tut. l. vbi 19. §. 1. de tut. & cur. dat.* Vt paucis agam, affirmans ſententia vera eſt: licet enim iſti ſint magiſtratus minores, ſi conferantur cum Romanis, tamen in municipio ſupremam poteſtatem habent:

eoque à tutela pupillorum eius municipii eos excuſari æquum eſt. Ad textus contrarios reſpondeo, & ad *l. 15. §. 9. h. t.* ibi agi de tutela ei delata, qui iam magiſtratu abierat, & qui non ab officio magiſtratus, ſed hinc excuſationem mutuabatur, quod & duas tutelas haberet, & ipſe adhuc magiſtratus tutores dederat, huius tertiæ tutelæ periculum ſuſtinebat, iuxta §. *ſciendum titul. præc.* hoc nimirum ad excuſationem non prodeſſe, nec periculum illud, quod in ſubſidium conueniri poteſt magiſtratus in numero trium tutelarum computari reſpondet ibi ICtus. Ad *l. 3. Qui pet. tut. & l. 19. de tut. & cur.* vna reſponſio eſt: Hanc eſſe ibi rationem dubitandi, quod ob defectum iuriſdictionis non videbatur valida datio; cuius contrarium reſpondetur, & quod poſſit dari tutor: quod autem etiam protinus, dum adhuc magiſtratum gerit, tutor eſſe cogatur, illis locis non probatur. Denique in ſpecie *d. l. 23. h. t.* necdum eſt magiſtratus municipalis: & ibi Romæ à magiſtratu maiori tutor conſtitutus fuiſſe videtur. Et poterit tamen procul dubio præſes aliquando ex cauſa, inopia aliorum ipſum duumuirum tutorem conſtituere. Vnum ſupereſt in textu noſtro. Ait

Suſceptam deſerere non poſſunt.] Et igitur ſi quis iam tutor, fiat prætor vel conſul, nihilominus manet tutor: nimirum ſi Romæ moretur: ſi enim ipſi in prouinciam eundum ſit, ſpeciali & alia ratione, de qua ante, deponit tutelam. Scrupulum tamen hic mouet, quod dicitur in *l. Spadonem 15. §. ſi quis 3. h. t.* ſi quis cum tutor eſſet non ſenatoris vel aliter non in dignitate poſiti, fiat Senator, eum continuo abſolui à tutela: & quanto magis igitur ſi quis conſul aut prætor fiat, à tutela liberandus erit. Reſponderi debet, aliud eſſe accedere alicui dignitatem & magiſtratum, aliud mutari plane ordinem. Notauimus ſupra tres ordines fuiſſe Romæ, Senatorium, equeſtrem & plebeium. Si quis Senatorii ordinis cum eſſet tutor filii ſenatoris, conſul vel prætor creatus fuerit, tutelam nō deponit. Sed ſi plebeius vel ex equitum ordine tutelam gerens eiuſdem ordinis pupilli, in Senatorium ordinem fuerit cooptatus,

optatus, liberatur tutela *d. l.15. §. 3. h.t.* Ex quo etiam eſt, quod ingenuus libertino tutor dari non poterat *l. cum ex 44. in pr. eod.* Sed obſtare huic reſponſioni, & pugnare ſecum ipſe videtur ICtus in *d. l.15. verſ. ſeu §. ſtatim antecedente*, vbi ait ſenatorem eſſe tutorem & eorum qui inferioris ſunt ordinis quam ſenatorum. Et poſſit forte dari differentiæ ratio, quod iam Senator datur ex certa ſcientia, & cum fiat tutor, videbitur quaſi renuntiare ſuo iuri. Sed enim vt vulgo legitur iſte locus, ita datur iure tutor inferiori, vt excuſare ſe non poſſit: libertino autem ſi detur ingenuus excuſare ſe poteſt, quod ſi non faciat merito manebit tutor *l. pupillo 27. de tut. & curat. dat.* Quod ſi igitur Senator cogitur eſſe tutor inferioris, qui fiet, vt inferioris, factus Senator deponat tutelam, cum res non veniat in ſtatum à quo incipere non poteſt, vitioſa interpretatio nodũ hunc necti. Græcus textus habet, ita, quod Senator poſſit dari liberis ſenatorum inferioris ordinis, ita vt diſerte ſenatores cum ſenatoribus conferantur, συγκλητικοῖς ἐπιτροπεύειν καὶ τῶν καταδεεστέρας τάξεως συγκλητικῶν. Ex ſenatoribus qui magiſtratus geſſerunt ſuperioris, qui non vel qui minores, inferioris ordinis dici poſſunt *Liuius lib. 29. in f.* Notati ſeptem (Senatores) nemo tamen qui ſella curuli ſedisſet. id eſt, qui ſuperiores magiſtratus geſſiſſet. Idem vitium interpretationis parit aliam obiectionem ex *l. & qui 22. de tut. & cur. dat.* vbi, vt rectiſſime *A. Aug. lib. ſing. ad Modeſtin.* βουλευταὶ non ſunt ſenatores Romæ, ſed decuriones in aliis ciuitatibus, qui vt ſupra not. ad §. *noſtra de Attil. tut.* erant loco ſenatorum: & etiam liberis non decurionum poterant dari tutores: neq; enim in municipiis ea ordinum quæ Romæ, fuit diſtinctio. Apparet autem ex modo dictis: in ipſo ordine ſenatorum, rurſus diuerſos ordines (ſed ſuo ſignificatu) fuiſſe.

TEXTVS.

3. Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excuſari non poteſt: niſi forte de omnibus bonis vel hereditate controuerſia ſit.

Huic §. propter adfinitatem addendi ſunt §. *item ſi 9. cum 3. ſeqq. h. t.*

Item ſi propter inimicitias aliquem teſtamento tutorem pater dederit, hoc ipſum præſtat ei excuſationem: ſicut per contrarium non excuſantur, qui ſe tutelam adminiſtraturos patri pupillorum promiſerunt. Non eſſe autem admittendam excuſationẽ eius, qui hoc ſolo vtitur, quod ignotus patri pupillorum ſit, Diui fratres reſcripſerunt. Inimicitię quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, ſi capitales fuerunt, nec reconciliatio interuenit, à tutela vel cura ſolent excuſare. Itẽ is qui ſtatus controuerſiam à patre pupillorum paſſus eſt, excuſatur à tutela.

COMMENTARIVS.

PAter intelligitur amiciſſimos liberis ſuis dare tutores *l. amiciſſ. mos 36 h.t.* plurimum enim intereſt, vt cui & pupilli perſona & omnia eius bona committuntur, bene ſit erga pupillum affectus. Et proinde qui erga pupillum male affectus eſt, hic ad tutelã gerendam exiſtimatur inidoneus, & adeo ad eam admittendus non eſt. Et quamuis his textibus tantum de excuſando tutore agatur, tamen ad officium magiſtratus pertinere crediderim, vt omnino talem tutorem non admittat: & dicemus infra quoſdam qui tutores eſſe non poſſunt, dici tamen excuſari, verbo paulo minus proprie ſumpto, idque probatur ex *l. ſi pupillum 20. de excuſat.* Adeo eſt hæc ſpecies inhabilitatis, cuius ſupra ad §. 1. meminimus.

Item propter litem.] Quælibet lis & controuerſia cum pupillo non præbet excuſationem *l. propter 21. in pr. h.t.* Id hodie ſecus eſt poſt N. 72 vt notauimus ad §. *vlt. ſup. de aut. tut.*

Niſi de omnibus bonis vel hereditate.] Non dubitari poteſt quin hæc hodie ſit iuſtiſſima excu-

ſationis

ſationis cauſa: Imo tutor talis omnino admittendus non eſt *d N.*27. Intelligo autem hereditatem illã ipſam, quæ à patre qui tutorẽ dedit, obuenit pupillo: nam ſi præter eã forte ab alio quodã ſit inſtitutus pupillus, quam tutor quoque ſibi vindicet, fortaſſis ex ratione iuris veteris nõ ſimpliciter habebit locum excuſatio, ſed pertinebit ad cognitionẽ magiſtratus. Atq; ita etiã accipio *l. ſi vt* 16. *C. h.t.* eaq; interpretatio firmatur ex *l. ſi pupillum* 20. *h. t.* vbi patruus qui tutor eſſe debet, contendit, ſe inſtitutũ, & pupillum à patre eſſe exheredatũ. Ait *omnibus bonis*, vt tanto liquidior ſit excuſatio: Idem autem eſt, ſi de maiori parte bonorum controuerſia ſit *l. propter* 21. *in pr. h.t.* Sed an non idẽ ita caſus erit, controuerſiæ de omnibus bonis & de hereditate? Non vtiq;, quid ſi enim pupillus exheredatus alia multa bona materna, aut alias aduentitia habeat? Sed quid ſi poſt tutelam ſuſceptã producto demũ teſtamento tutor controuerſiam moueat? Et nõ dubitandũ, ſi bona fide & iure tutor agat, audiendũ eum vt tutelã deponat: quia cum hoc caſu ẽt remouendus ſit *d. l.* 20. *h. t.* vtique poterit, quin debebit ſe excuſare, quod in omnibus ſimilibus caſibus obtinet, quibus quis tutor eſſe non poteſt.

Si propter inimicitias.] Inimicitiæ in genere ſumptæ poſſunt diſtingui, quod vel primũ cęperint cum pupillo, vel iam olim fuerint cum patre: nã & poſſunt ita diſtingui, quod vel ſint ab odio quodã perſonę, quę ꝓprie tales ſunt, vel per cõſequentiã ob controuerſiã de bonis: de quo iam dictum. Hic de inimicitiis cum patre pupilli. Et de his ita ſcribit Modeſtinus in *l. ſi duas* 16. *§. dat remiſſionem* 17. *h. t.* Dant à tutela vacationẽ capitales inimicitiæ inter eum qui datus eſt, & pupillorũ patrẽ: niſi poſtea tutor datus teſtamento ſit, preterquam ſi poſt teſtamentum capitalis contentio exorta ſit: aut niſi antiquiores quidem inimicitiæ ſint teſtamento, ob hoc autem datus ſit tutor, vt ſubiiciatur & implicetur negotiis & cõtrouerſiis. Ita enim Græcus contextus habet. Et eſt hæc ſententia. Excuſari quẽ ob inimicitias capitales cum patre pupillorum. Limitatio eſt, niſi poſtea tutor datus teſtamento ſit: Nimirum quia pater tutorem quẽ dat, cum eo in gratiam rediiſſe exiſtimatur. Hoc ſublimitatur: Niſi inimicitiæ ſint exortæ poſt teſtamentũ: ſed ne iſta inſubtilis ſit limitatio, cũ loquatur & de inimicitiis quæ præceſſerunt: accipiendum hoc eſt pro declaratione: hoc ſenſu, vt non excuſetur tutor ob inimicitias quas cũ patre pupillorũ geſſit, ſi pater eum poſt teſtamento dederit, ſecus ſi poſt teſtamentum ſint exortæ inimicitiæ, aut, quæ altera declaratio eſt, ſi dederit eum ob hoc, vt eum litibus implicaret. Summa in genere hæc eſt. Aut datus eſt tutor à magiſtratu, & omnino excuſatur ob inimicitias capitales, quin hic nec admonendus eſt ſi velit: aut à teſtatore: & hic aut inimicitiæ fuerunt anteriores teſtamento, aut poſteriores: hoc caſu tutor omnimodo excuſatur, imo non admittetur: illo caſu non excuſabitur, quia cenſetur pater inimicitias remiſiſſe; quippe quia non præſumatur hominem inimicum liberis tutorem dare voluiſſe *arg. l. amiciſſimos* 36 *h. t.* niſi ob hoc datus ſit, vt oneribus implicaretur. Et hæc ſunt, quæ traduntur in §. *Item ſi* 9. *in pr.* & §. *Inimicitiæ* 11. *h. t.* qui §. 11. ſimpliciter loquẽs ita ex Modeſtino limitari & ſuppleri debet: vt ſcilicet reconciliatio interueniſſe intelligatur ob hoc ipſum quod pater aliquem bono animo tutorẽ dedit. Atq; ita differunt perſpicue §. 9. & 10. quod ille tractat caſum, quo quis inimicitiarum cauſa tutorem dedit: alter ſimpliciter de inimicitiis exercitis tractat: quamuis ſane §. 11. ſit generalior, & ad alias quoq; tutelæ ſpecies pertineat. Et tutor datus hoc allegare, & iudex admittere debet: præſumitur enim idem odium durare erga liberos, & tali tutelam committi periculoſum eſt: non tamen hinc excludetur cognitio magiſtratus. Hæc ita procedunt, niſi præter inimicitias & odia, ſpecialis iniuria & atrox illata ſit ei, qui datus eſt tutor: hic enim dixerim, per textum indefinitum in §. *Item ſi* 12. *h. t.* non tantum ſi à magiſtratu datus ſit, ſed etiam ſi teſtamento poſt iniuriam illatam, excuſationi locum eſſe. Ceſſat enim hic ratio ſuperior, quod pater dando tutorem cum eo in gratia rediiſſe intelligatur: neque enim hoc modo iniuræ illatæ ſatisfieri

Digitized by Google

poteſt. Talis iniuria eſt, ſi pater pupillorum controuerſiam ſtatus mouerit tutori dato, & eum ita in ſeruitutem petierit, quæ cauſa capitalis eſt *d.§.12.h.t.* Eadem ratio eſt, ſi eum iudicio publico capitalis criminis reum poſtulauerit. Sunt iſtæ quoque ſpecies inimicitiarum capitalium, quoniã ita caput alterius petitur: ſed diſtinctio ipſius Iuſtin. & ſeparatio §. ſuadet vt diſtinguamus ita, eſſe quaſdam inimicitias ita comparatas, vt tamen huiuſmodi ſpeciales atroces iniuriæ abſint: vt videlicet aliqui ſententiis animiſque diſſidentes ex propriis quibuſdam cauſis infeſto ſint inuicem animo: Inimicitiarum inter Grachum & Scipionem meminit *Liuius libr.38.* & inter M. Liuium & Claudium Neronem *li.18.* Iſto ſenſu inimicitiæ capitales videntur dici in *l. filiusfam.8.§.vlt.de procurat.* id eſt, atroces & graues: & in *l.ſi poſt datum 14.eod.* Obiter quaſi & occaſione iam dictorum, duo hic inſeruntur 1. quod quis ignotus eſt patri pupillorum, id excuſationem non præſtare *l.ſpadonem 15.§.qui dixerit 14.h.t.* ſi modo ibi domicilium habeat, quod pro limitatione adducit *Accurſ.ex l.vlt.h.t.* 2. quod qui promiſit patri, ſe tutelam ſuſcepturum, fidem implere cogatur, licet alias iuſtam cauſam excuſandi habeat *§. Item ſi 9. verſ. ſicut h.t. l.ſpadonẽ 15.§.1.h.t.* ſi modo ſit talis perſona, quæ tutelam gerere poſſit, cuiuſmodi quæ ſunt excuſationibus ſuis poſſunt non vti: & qui ita fidem ſuam patri obſtringit, pro eo habetur, ac ſi excuſationi renuntiaſſet.

Diui fratres reſcripſerunt.] Obiter addo hos intelligi non Antoninum Caracallam & Getam Seueri filios, qui breuiſſimo tempore ſimul imperarunt, ſed M. Antoninum Philoſophum, & Ælium Commodum Verum, quem ille in conſortium imperii aſſumpſit: quorum non vno in loco mentio *l. 1. in pr. de vent. inſpic.l.3.§.ſi in locis 10. de iure fiſc. l.2. de teſtam.tut. l.tut.10. l.his qui 12.§.1.de tut.& cur.dat.l.congruit 13.inf. de offi.præſ.l.de qua 18.de inoff.teſt.l.paupertas 7.de excuſ.tut.l.ſed Diui 7.de rer.diu.l.diui 39.de religio. l.6.§.vlt. l.6.§.1.de rer. diu.* & nominibus expreſſis in *l.diui 24.de tut.& cur.dat.* & in *l.ſi diuus 6.al.l.athletæ §.pen.de excuſ.tut.* (Ita enim ibi legendum *Marcus & Verus*, vt in Græco Modeſtini, Μάρκος καὶ Βῆρος, vbi vitioſe legitur *Seuerus*, neque enim hic cum Marco imperauit) & ita D. Marcus cum fratre in *l. diuus.31.ad L. Cornel. de falſ.* eaque ſententia eſt *§.ſed & 6.h.t.tam Diui fratres, quam per ſe D.Marcus*: quod & Marcus cum fratre, & ſolus (multis enim annis poſt fratrem ſolus imperauit) ita reſcripſerit. Ignoſcendum eſt Accurſio rudi hiſtoriarum, qui in *d.l.18. de inoff. teſt.* intelligit Seuerum & Antoninum: hi enim pater & filius fuerunt. Et quid ni ignoſcamus Accurſio, cum ita *G.th. ad Theoph. in §.ſed & paupertas, h.t.* adſcripſerit Diui fratres, Seuerus & Antoninus: neque decebat ſequi errorem Theophili, ſiue ille potius exſcriptoris eſt.

TEXTVS.

Ex §. *Item tria 5.& ſeqq.*

Item tria onera tutelæ non affectatæ vel curæ, præſtant vacationem, quamdiu adminiſtrantur: vt tamen plurium pupillorum tutela vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro vna computetur. Sed & propter paupertatem excuſationem tribui, tam Diui fratres, quam per ſe Diuus Marcus reſcripſit, ſi quis imparem ſe oneri iniuncto poſſit docere. Item propter aduerſam valetudinẽ propter quam ne ſuis quidem negotiis poteſt intereſſe, excuſatio locum habet. Similiter eos, qui literas neſciunt, eſſe excuſandos, D. Pius reſcripſit: quamuis & imperiti literarum poſſint ad adminiſtrationem negotiorum ſufficere.

COMMENTARIVS.

ISta quoque ſub cauſam generalem inhabilitatis recte referuntur: Eſt enim ſpecies inhabilitatis, intuitu quartæ tutelæ: ſi quis iam tribus tutelis grauatus ſit, vt videatur quartam recte & ex vtilitate pupillorum non poſſe adminiſtrare:

Digitized by Google

miniſtrare: tum etiam nemo ita onerandus eſt alienis negotiis, vt ſuis ipſius non poſſit ſupereſſe. Et igitur excuſationem præſtant tria onera tutelæ vel curæ *h. §. & l. 2. §. vlt. eod.* Eadem enim hic ratio curæ & tutelæ eſt: & male notat ibi Goth. quod eæ ſint duæ imperfectæ excuſationis cauſæ. Nec intereſt an ſit cura adoleſcentis, an furioſi aut prodigi *d. l. 2. §. vlt.* Et inter tres tutelas computatur etiam tutela filii emancipati *l. ſpadonem 15. §. ſi quis 16. h. t.* vbi ratio dubitandi: quod ea tutela videbatur affectata, quam facto ſuo pater quæſiuerat: ſed nihil eſt quod imputetur patri, qui ſuo iure vſus eſt. Amplius computantur ad excuſationem tutelæ tres patris & filii qui in poteſtate eſt, vt ſufficiat tres eſſe tutelas in vna domo, *l. 4. §. h. t.* ſi modo ad patrem etiam ſpectet periculum tutelarum quas filius gerit *l. tria 5. h. t.* Sed quid ſi cum à tertia quis appellaſſet, deferatur noua alia? ſiquidem hanc ſuſcipere cogatur, fiet, vt ſi ſuccumbat in iudicio appellationis, habeat quatuor tutelas: ſin ab ea excuſetur, fiet, vt ſi vincat, habeat tantum duas; Itaque interim res in ſuſpenſo potius erit, & expectabitur finis appellationis *l. diximus 4. in pr. h. t.* Quid ſi habenti duas tutelas, ſimul deferantur duæ aliæ? ſiquidem inter eas ordo eſt, priorem ſuſcipiet, & excuſabitur à poſteriori; ſin ordo non ſit, electio erit magiſtratus, quam ſuſcipiat. *l. ſi duas 6. in pr. h. t.* Ait Iuſtin. *Tutelæ non affectatæ.* Itaque qui ſe obtulit vltro aut dum lucrum aliquod captat, eam appetiit, non excuſabitur à quarta. Sed & ſi quis tutelam modici valde patrimonii ſuſcepit, & hoc egit vt ita euitaret tutelam oneroſiorem, tutela pro affectata habebitur, eoque refero quod eſt apud Modeſtinum, in *l. ſpadonem 15. §. eſt autem 15 h. t.* *ἤδη δὲ καὶ ὁ μετρίου γενόμενος ἐπίτροπος ἐπιτηδεύσας δοκεῖ* quod qui factus eſt tutor mediocris pupilli ſiue patrimonii, videatur affectaſſe vbi inepte. Hottomannus legit *ὁ μέτριος*, & reddit, *qui cum tenuis eſſet*, nullo ſenſu. Illud autem rectum habet ſenſum, quoniam tutela minimi patrimonii vix computatur in numero trium tutelarum. Eremphaſin habet, quod in *l. 5. h. t. & hoc noſtro §.* dicitur tria ONERA, non autem cenſetur hactenus oneratus, qui minimi patrimonii tutelam adminiſtrat. Ex quo in *l. ſi is 31. § eum qui 3. h. t.* non computatur in tribus tutelis, ſi quis pupillum abſtinuerit hereditate patris, perinde ac ſi eam depoſuiſſet: vbi ibi ait ICtus, quoniam (quæ ratio addenda eſt) pater hoc animo dedit tutorem, vt bona filii adminiſtraret: ceteroquin non protinus idem dixerim in exheredato, vt huius tutela in tribus non computetur: maxime ſi forte legatum pingue pater reliquerit exheredato: Et pertinebit hoc ad cognitionem magiſtratus. Et ſicut tutela minimi patrimonii pro nulla habetur: ita ex diuerſo tutela magni patrimonii, habetur pro duabus aut pro tribus ad effectum excuſandi & liberandi ab aliis tutelis: ita tamen vt magnitudo patrimonii, non tam ex quantitate patrimonii, quam ex difficultate adminiſtrandi æſtimetur, veluti ſi patrimonium ſit late diffuſum, & in pluribus locis ſparſum, vt docet *l. 3. h. t.* ibi, *patrimoniorum ſeparatio l. non tantum 17. in pr. l. ſi is qui 31. §. vlt. de excuſ. tut.* vbi ICtus cauſam decidendi ſumit, à difficultate conficiendarum & reddendarum rationum. Ex quo deſcendit & iſtud, vt tutelæ pluralitas non æſtimetur à numero plurium pupillorum *h. textu & d. l. 3. eod.* ſed à pluralitate patrimoniorum, adeo vt non tantum tutela plurium fratrum, ſed etiam non fratrum, qui patrimonium coniunctum habent, pro vna, & ex aduerſo tutela fratrum qui diuiſum habent patrimonium, pro pluribus computetur *d. l. 31. §. vlt. in cuius pr.* verba, *Recte facturum prætorem.* oſtendunt totum hoc fere permittendum arbitrio magiſtratus: qui facile pro duabus tutelis habet, tutelas duorum fratrum, qui diuiſum patrimonium habent, non ita facile tutelam vnius licet diuerſis in locis bona habeat *l. Iuriſperitos 30. §. 1. h. t.* Denique ait Iuſtin. *Quamdiu adminiſtrantur.* Quamprimum quis tertia tutela liberatus eſt, poteſt ei noua imponi: quin imo ſi propediem ſit liberandus, & pupillus vnus ſit prope pubertatem & tutela prope finem, non computabitur, ſed quartam cogetur ſuſcipere *l. non tantum 17. in pr. h. t.* tanto magis, ſi interim dum

tractatur cauſa excuſationis, tertia tutela firmatur, non poterit à noua excuſari, vt docet *l. ſi is qui 31. in pr. h. t.* ita vt ſi duæ tutelæ ſimul deferantur, prior protinus ei incumbat, vbi tertia quā ante gerebat expirauit: & vbi duæ teſtamentis duobus delatæ ſunt, ſpectatur tempus aditæ hereditatis, non conditi teſtamenti vel mortis teſtatoris *d. l. 31. §. 1.* Quid igitur ſi honorarius ſit tutor, v. c. ſi plurib. datis, vnus tantum adminiſtret, an iſta honoraria tutela cōputatur in tribus? videtur quod non, & quia Iuſtin. hic requirit adminiſtrationem, & quia quod periculum quis tutelæ ſuſtinet, non pro eo habetur ac ſi gerat tutelam *l. pen. de tut. & cur. dat. l. ſpadonem 15. §. ſi tutelatis 9. h. t.* per quē tex. ita ſtatuit *gl. hic.* Attamen hic non ſuſtinet nudum periculum, ſicut magiſtratus qui in ſubſidium tenetur, ſed ad eum multa pertinent, & pene pars adminiſtrationis, vt docet *l. 3. §. 2 de admin. tut.* Et Iuſtiniani hoc loco ſententia eſt, quod tutela vbi primum finita eſt, nō amplius proſit ad excuſationem. Nimis forte multa de hac cauſa excuſationis. Sed viſum fuit, quæ ſparſim de ea tractantur *h. t. Dig.* ſub vnum conſpectum ponere.

Sed & propter paupertatem.] Hæc & duæ ſeqq. cauſæ exigunt nouam diſtinctionem: Et nimirum quædam cauſæ excuſationum ex ſe & ſemper ſunt habiles; quædam non ita, ſed an habiles ſint, requiritur cognitio cauſæ, & eas magiſtratus modo admittit, modo repudiat. Tales ſunt meo iudicio, quę *h. §.* & duob. ſeqq. proponuntur. Et 1. paupertas. Pauperes non ſimpliciter excuſari aut excludi docet *§. vlt. in f. tit. ſeq. l. pietatis C. de ſuſpect. tut.* (vbi tamen adiungitur curator ſicut & in *l. 1. C. de peric. tut.*) *& hic §.* deſumptus ex *l. paupert. 7. h. t.* quibus locis excuſatur pauper, qui ſe imparem docet oneri iniuncto: ſi forte quotidiana opera cogatur victum quærere, nec proinde negotiis tutelæ vacare ſatis poſſit, præſertim ſi tutela ſit paulo diffuſior. Altera ex hoc gĕnere cauſarum eſt aduerſa valetudo, ſi talis ſit, propter quam nec ſuis rebus quis ſatis ſupereſſe poſſit *§. item propter 7. h. t. l. pen. §. vlt. h. t.* vbi additur, quod hoc nec ſit ex re pupilli. Hinc interdum ad tempus ob hanc cauſam remittitur tutela & interim curator datur, *l. non ſolum 10. §. vlt. h. t.* interdum plane in totum deponitur *l. poſt 40. h. t. add. l. vlt. C. qui morb.* Tertio loco ſub hanc claſſem refero imperitiam literarum, id eſt, ſi quis legere & ſcribere neſciat, vt notat *Hottom. hic.* & pluribus comprobat *Duar. 1. diſp. anniu. cap. 3.* Et ita accipio Iuſtin. hic imperitos literarum eſſe excuſandos, quamuis & imperiti poſſint adminiſtrare negotia: Illud enim durius eſt, quod Accurſ. particulam *quamuis* hoc loco accipit limitatiue, vt non excuſetur ſi ſi peritus negotiorū, quod à ratione recti ſermonis alienum eſt. Et nimirum vbi imperitus quoque eſt negotiorum, nulla eſt dubitandi ratio quin debeat excuſari. Sed Iuſtiniani ſententia eſt, etiamſi peritus ſit, tamen excuſari debere: quod ita accipio, vt non ſemper ſed ex cauſa, veluti, ſi tutela ſit diffuſior paulo & intricatior: vt accuratæ ſint rationes conficiendæ, quod non poteſt imperitus literarum, nam memoria ſæpe fallit; & non ſatis tuto hoc alterius fidei committitur. Atque ita etiam accipio, quod Paulus ait in *l. ſi duas 6 alias l. Athleta §. vlt. h. t.* non eſſe recipiendam excuſationem eius qui imperitus eſt literarum, ſi non ſit expers negotiorum: nimirum ita non expers, vt gerendæ tutelæ quæ defertur ſufficere poſſit, ſi forte ſit parua & expedita, maxime ſi habeat contutorem. Quo modo iſta duo loca *h. §. & d. §. vlt. l. 6* facile componuntur. Cuiacii ſententia in *d. l. 6. §. vlt.* quod Pius hac in re ius nouum conſtituerit, ſocordiæ arguit Tribonianum, qui ius correctum, vt ipſe putat retulerit in Inſtitutiones, & tamen ius ſactum à D. Pio in Pandectis reliquerit.

TEXTVS.

5\. Item maior ſeptuaginta annis à tutela & cura ſe poteſt excuſare. Minores autem vigintiquinq; annis, olim quidem excuſabantur, noſtra autē conſtitutione prohibentur ad tutelā vel ad curam adſpirare: adeo vt nec excuſatione opus ſit. Qua conſtitutione cauetur

Digitized by Google

cauetur, vt nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: cum ſit inciuile, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrãdis egere noſcuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam ſubire.

COMMENTARIVS.

HÆc quoque ſpecies eſt inhabilitatis, ab ætate, eaq; duplici; tum prouecta nimis, tum tenera nimis. Et excuſantur igitur & remouentur, tum nimium ſenes, tum nimium iuuenes. Nimium ſenes hic dicuntur, qui ſunt maiores 70. annis, *h.§.& l.vn.C. Qui ætate l.3.de iur.immun l.2 in pr.h.t.* Itaq; quod in *l.vlt. C. Qui æt. vel prof. lib.* 10. legimus de 55. annis, de aliis & mere perſonalibus muneribus, quæ opera corporis tantum perficiuntur, accipiendum eſt, quamuis *Cuiac. ibi* in numeris & incuria exſcriptoris erratum putet. At cur demum 70. annis vacatio datur? quæ videbatur concedenda ſexagenariis. *Plinius* 4. *Epiſt.* 23. Prima vitæ tempora & media, patriæ, extrema nobis impertire debemus, vt ipſæ LL. monent, quæ maiorem annis LX. otio reddunt. Varro 3. *de vit. pop. Rom.* Cum in quintum gradum peruenerant, atque habebant LX. annos, tum denique erant à publicis negotiis liberi atque otioſi: vnde forte natum vulgatum illud, ſexagenarios de ponte deiici, quia non amplius ſuffragia ferebant, quæ ferri ſolebant per pontes. Et cur igitur qui egreſſi ſunt LX. annos onerantur tutela? An hoc fauore pupillorũ: an ſpeciale in iis muneribus, quæ maiorem laborem corporis aut animi requirunt, an poſterior ætas tempora vacationis coarctauit? Annum autem LXX. oportet eſſe completum *l.2.de excuſ.* & durum tamen ſit, imponi tutelam nouam ei, qui forte vltimũ diem agit anni LXX. & qui ita vſque ad exitam ætatem tutelam gerere teneatur. Quod ad ætatem nimis teneram attinet, diſtinguendum eſt tum inter ſpecies tutelæ, tum inter tutelã ipſam & eius actualem adminiſtrationem. Teſtamento minorem tutorem dari poſſe eſt in §. 2. *ſup. tit.* 14. ſed ita vt nec interim tutor omnino ſit, nec adminiſtret, & ſub conditione cum erit annorum 25. datus intelligatur. De pupillo ineptũ ſit quærere, quia fieri vix poteſt vt is idoneus fiat, anteq̃ pupillus cui datus eſt, attingat pubertatem: & ſi quo rariſſimo caſu cõtingat, veluti ſi ſit 13. annorum, & cui datus eſt, adhuc infans, exiguum prorſus tempus ſuperfuturum eſt adminiſtrationi: Datiua tutela non recipit diem aut conditionem *l.6.§ 1.de tut.* Itaq; alterutrum ſtatuendum erit, vt aut minor inutiliter prorſus detur, aut prorſus vtiliter. Et ſcribit *Cui.ſup.de fidu.tut.in f.* minorẽ recte fuiſſe datũ tutorẽ, ſed interim fuiſſe excuſatũ, cuius ſententiam totidẽ verbis ibid. Pacius adſcripſit. Sed ego iſtam opinionem falſam eſſe non dubito. Enimuero excuſare ſe à tutela datiua non erat neceſſitatis, verũ voluntatis: & potuit igitur minor ſi recte datus eſſet, etiam ſuſcipere tutelam: id vero eum potuiſſe facere falſiſſimũ eſt. Quod ſi non potuit, efficitur, vt minor à magiſtratu intelligatur datus ex die, vbi ad 25. annum peruenerit: quomodo tutorem dari non potuiſſe à magiſtratu certum eſt, & quam ridiculum ſit, ita dari à magiſtratu tutorem, vt protinus alium dare neceſſe habeat. Decepit, vt puto Cuiacium conſtitutio Iuſtiniani, in qua tamquam derogans iuri priori, ſancit, vt hi tantum qui ſunt ætatis perfectæ, datiui vel legitimi fiant tutores. Sed enim non nouum eſt, vt Tribonianus in explicatione iuris veteris errauerit: quod & ipſi hic accidiſſe exiſtimo: maxime cum ex princ. illius ſanctionis in *l.vlt. Cod. de legit. tut.* ſatis appareat, non putaſſe Iuſtinianum, quod potuerint minores olim adminiſtrare actu tutelam. Rationem enim ipſe reddit, propter quam mutarit ius vetus, hanc, quod vtiq; imminere debeat periculum propriæ adminiſtrationis, ne alieno onere pregrauetur. Et anne igitur olim potuit minor à iudici ita dari, vt ipſe interim tutor ipſo iure eſſet, alius periculo eius adminiſtraret? Hoc quoque procul dubio falſum eſt: & ita minorem potuiſſe dari tutorem, itidem falſum eſt. Puto Tribonianum deceptum eo eſſe, quid legitima tutela olim et his, qui ætate minores erant

erant, deferebatur, propterea, quod Lex ſimpliciter agnatos proximos deſignabat; ex quo fiebat, vt quiſquis proximus gradu eſſet, idem quoq; tutor eſſet: vnde olim tractatum, quod ſupra ad §. *pen. de cur.* diximus an hoc caſu tutor a ius, an interim curator eſſet dandus. Sed vtrum quis ſtatuat, illud falſum eſt, quod qui interim datus fuit, periculo minoris qui ipſo iure tutor erat, adminiſtrauerit. Porro ſi quid noui fecit Iuſtin. hoc tantum erit in legitima tutela, vt videlicet ea amplius proximo agnato, ſi minor ſit, nec deferatur quidem, ſed aut illi ſoli, qui in eo gradu ſunt, perfectæ ætatis, aut protinus ex ſequenti gradu vocentur. Cum adeo interſit inter tutelam ipſo iure delatam ex iure veteri, & eam actu adminiſtratam, & eum qui nudo nomine tutor eſt, æquiuoce nec perfecte ſit tutor, nihil neceſſum eſt, vt in *l. tutela* 16. §. 1. *de tutel. l. quæ defunct.* 4. *& l. ſi reliquero.* 8. *de legit. tut.* (quæ loquuntur de legitima & fiduciaria tutela, nam & in hac eadem ratio eſt) verba *perfectæ ætatis* à Triboniano adiecta dicamus, quia commode intelligũtur ea loca de tutela cum effectu pleno adminiſtrationis deferenda. Ex his apparet falſum eſſe, quod W*eſemb.* ſcribit ad §. 2. *ſup. tit.* 14. minorē etiam ita tutorem dari potuiſſe à magiſtratu, vt actu gereret: falſum, quod Hottom. hic ait, in locum minoris teſtamento dati, interim curatorem datum fuiſſe: falſum quod idem ait, ſi minori legitima tutela delata fuiſſet, alio curatore interim dato ad legitimum periculum tutelæ pertinuiſſe: falſius, quod hoc ita in minore per iudicem dato obtinere ait. Nec minus falſum, quod reſponſum *Modeſtin. in l.* 10. §. 7. *h. t.* ad omnes ſpecies tutelæ pertineat: cum nominatim de teſtamentariis & legitimis loquatur: quod ipſum argumento eſt, minores non poſſe dari tutores à magiſtratu. Denique apparet hinc, rationem Iuſtiniani in *f. §.* ambiguam, aut falſam eſſe, quod inciuile ſit, alicuius tutelam ſubire eum, qui ipſe alterius cura egeat; hæc enim ratio facit ne adminiſtratio ante ſit iis permittenda: quam olim permiſſam fuiſſe minoribus omnino falſum eſt.

TEXTVS.

6. Item & in milite obſeruandum eſt, vt nec volens ad tutelæ onus admittatur.

COMMENTARIVS.

Nihil affine habet hic §. *cum præc.* niſi quod & minor quoq; omnino ad tutelam vel curam gerendam non admittitur. Multa autem concurrunt in milite, priuilegium, dignitas, & præcipue (idque facit, vt nec volens admittatur *h. §. & l. ab admin.* 8. *C. de legit. tutor. l.* 4. *C. qui dar. tut.*) occupationes militares: pro defenſione enim Reipub. milites ſemper ſignis ſuis adhærere, nec ab illis abeſſe oportet: ex quo fit, vt nec procuratores eſſe, nec conducere aliena prædia poſſint §. *vlt. infr. de except. l. filiusf.* 8. §. 2. *de procurator. h. l. milites* 31. *C. de locat. & conduct.* Hæc ita in militibus actu: qui honeſte dimiſſi ſunt, poſſunt quidem eſſe tutores ſi velint, ſed poſſunt ſe excuſare, præterquam à tutelis filiorum quos reliquerunt commilitones *l. ſed &* 8. *h. t.* vbi plura de militis miſſis.

TEXTVS.

7. Item Romæ, Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria ſua has artes exercent, & intra numerum ſunt, à tutela & cura habent vacationem.

COMMENTARIVS.

Alia cauſa excuſationis, à profeſſione & exercitio artium, Grammatices, Rhetorices, &c. tum quod hi inſeruire intelliguntur vtilitati publicæ, dum iuuentutem informant: tum quod ob hoc & iſtis occupationes aliis negotiis vacare non poſſunt. Et his de cauſis id priuilegium iis datum, *l. ſi duas* 6. §. 1. *cum ſeqq. h. t.* Nam à dignitate fruſtra arceſſas hoc priuilegium, cum nulla eſt in his profeſſionibus, certe apud Romanos prope nulla, imo vile habitum

bitum

bitum fuit Rhetorem agere, vt apparet vel ex illis verſiculis Iuuen.

Si fortuna volet, fies de Conſule Rhetor,
Si volet hæc eadem, fies de Rhetore Conſul.

Et apud *Plin. 4. Epiſtol.* 11. de Liciniano. Et decidit, vt exul de Senatore, Rhetor de oratore fieret: & ipſum refert dixiſſe: Quos tibi fortuna ludos facis? Facis enim ex profeſſoribus Senatores, ex Senatoribus profeſſores: quamuis eam functionem poſt honoratioré habitam, arguat oratio Eumenij pro reſtau. ſcholis.

Qui in patria ſua, & qui intra numerum.] Hæc non ſunt accipienda coniunctim, quaſi vacationem demum habeant, qui in patria ſua intra numerum, exercent has artes; ſed disiūctim, quod quicunque in ciuitatibus intra numerum determinatum *l. 6. §. 1. h. t.* profitentur has artes; & inſuper qui in patria ſua eas profitentur, vacent à tutelis, ſicut & alijs muneribus, vt docet *d. l. 6. §. 1. & §. amplius 9 h. t.* Medici intelliguntur, qui medicinam faciunt ægrotis, de quibus *d. l. 6. dd. §. 1. & 9.* Idem beneficium habent Philoſophi *d. l. 6. §. Et Philoſophos 5. & §. Eſt autem 8. h. t.* Tractant Interpp. quare Doctores LL. non gaudeant hoc beneficio, præterquam ſi Romæ doceant *d. l. 6. §. legum 12. h. t.* Reſpondent fere id factum fauore pupillorum, quod illi meliꝰ ſciant tractare negotia, quam Grammatici & Rhetores, & ea occaſione præcipue Angelus alia multa recenſet priuilegia ICtorum. Fortaſſis non ita neceſſaria fuit habita iſta diſciplina, quam artes Grammaticæ & Rhetoricæ pro informatione iuuētutis. Ac ſpecialis forte ratio, quod nec tum temporis ius Romanum in omnibus prouincijs obſeruabatur, vtique in *l. medicos 6. C. de profeſſ. & med.* (quæ eſt Conſtantini) ab omnibus muneribus ciuilibus & publicis Doctores LL. liberantur.

TEXTVS.

8. Qui autem vult ſe excuſare, ſi plures habeat excuſationes, & de quibuſdā non probauerit, alijs vti intra tempora conſtituta nō prohibetur. Qui autem excuſare ſe volunt, non appellāt, ſed intra quinquaginta dies cōtinuos ex quo cognouerint ſe eſſe tutores, vel curatores datos, ſe excuſare debēt cuiuſcūq; generis ſint, id eſt, qualitercunq; dati fuerint tutores, ſi intra cētesimum lapidem ſunt ab eo loco, vbi tutores dati ſunt. Si vero vltra centeſimum lapidem habitant, dinumeratione facta, viginti millium diurnorū, & amplius triginta dierum: qui tamē, vt Scæuola dicebat, ſic debēt computari, ne minus ſint, quam quinquaginta.

COMMENTARIVS.

1 *Excuſationes omnes an ſimul proponendæ.*
2 *Tempus an vtile an continuum.*
3 *Abſens an poſſit excuſari.*
4 *An legitimi tutores excuſentur.*
5 *An à decreto, quo quis tutor datur, appelletur.*
6 *Milliarium.*

EXcuſatio exceptionis quædā ſpecies eſt. Licet autem vti pluribus exceptionibus, ita vt ſi quis in vna ſuccumbat; aut ea à iudice repudietur, aliam adducere & probare liceat. *l. nemo 43. de Reg. iur. l. is, qui 5. & l. nemo 8. de except.* Ad eundem modum plures excuſationum ſpecies, vna non probata, producere licet *h. §. & l. propter 21. §. 1. h. t.* Verum quæri poteſt, an neceſſe ſit omnes ſimul † proponere 1
& conteſtari, & vna reiecta aliam aſſumere; an poſſit etiam vna reiecta quæ ſola ab initio propoſita fuit, alia noua allegari intra tempóra præſtituta. Et prius illud verius videtur per *l. ſcire 13. §. ſcire 8. h. t.* quamuis contrarium magis probet gl. hic, & patet etiam nouā cauſam intra tempora præſcripta poſſe proponi; ꝙ tamen non ſatis videtur ad mentem *ICti in d. §. 8.* & poſſit credi tutor qui initio non produxit cauſas omnes, protrahendi ſtudio nouā allegare: Vtrum autem quis ſtatuat, illud

Digitized by Google

vtiq; perſpicuum eſt, quod qui plures propoſuit cauſas habiles, minime neceſſe habeat probare omnes, quippe cum vna ad victoriam ſufficiat, & quiſque cenſeatur hoc fine plures propoſuiſſe, vt ſi vna forte non ſit ſufficiens, aut ſatis probata, ex altera cauſam obtineat.

Intra tempora conſtituta.] Quinquaginta nimirum dies, vt mox plenius ſubijcitur ex *l. ſcire 13. §. 2. & ſeqq. h. t.* Ex quo apparet melioris conditionis eſſe eos, qui ſunt v. c. Romæ vel intra centeſimum lapidem; hi enim habent plures dies. Qui autem vltra habitant, pauciores habent, prout longius, aut propius abſunt, & qui nimirum abſunt CCCC. millibus, quæ iuxta computationem huius §. & *dict. leg 13. abſumunt* XX. dies, habent ſolos XXX. dies ad proponendas excuſationes: qui non tam longe abſunt, habent plures, quia vt eſt in f. §. non debent pauciores concedi quam L. dies; cum abſurdum ſit minus tribui abſentibus, quam qui ſunt præſentes; Ita qui abeſt CCC. millibus, in quæ imputantur XV. dies, reſiduos habet dies XXXV. At enim ſi quis abſit vltra CCCC. millia, illi neceſſario plures quam L. dies dandi ſunt; quoniam deducto tempore, quo iter confici poteſt ad minimum XXX. dies ad excuſandũ ſupereſſe debent.

Dies hi quinquaginta ſunt continui, non
2 vtiles; ita vt computentur † etiam dies feriati; de qua diſtinctione temporis dicemus *inf. ad §. pen. tit. de bonor. poſſeſſ.* Vbi etiam dicemus tempus dici vtile, tum ratione curſus tum ratione principij; Accidit enim non raro, vt tempus continuum computetur; connumeratis etiam ferijs. Sed ignoranti non incipiat currere, ſed demum ex quo res in cognitionem alicuius peruenit; idque in hac ſpecie temporis L. dierum obſeruatur; qui non ſtatim currunt ex quo quis datus eſt tutor, ſed ex quo quis ſe tutorem datum eſſe intellexit; iuxta verba huius §. *ex quo cognouerint.* Ex quo etiam periculum tutelæ & adminiſtrationis ad eos incipit pertinere *l. 1. §. 1. de adminiſt. tut. & curat.* Sed quorſum illa accurata
computatio, & † quaſi dimenſio itineris; & 3
an fortaſſis eum, qui ſe excuſare vult, præſentem adeſſe oportet? Conſtat, quod & abſens tutor dari poſſit, nec tantum teſtamentarius, de quo ſtulta ſit dubitatio, ſed etiam à magiſtratu, vt apparet *ex h. §.* ibi, *qualitercunque dati,* text. expreſſus in *l. illud 5. de tut. & cur. dat.* Sed non æque liquidum, an & abſens excuſari poſſit. Et dubium facit, quod in *l. excuſare 25. de excuſat.* negatur excuſationem poſſe fieri per libellos; ex quo Acc. negat, abſentem poſſe excuſari; quem ſequitur *Pet. Fab. ad l. nemo 70. de R. I.* Sed contraria ſententia verior eſt, quam bene confirmat *Cuiac. in l. ſcire 13. h. t.* nã quod ad *d. l. 25.* attinet, non excluditur procurator, qui compareat & cauſam alterius agat; ſed totum per libellos agi poſſe negatur, quoniam decreto opus eſt, adeoq; pro tribunali cauſam tractari oportet; cuiuſmodi quæ ſunt, per libelli oblationem & ſubſcriptionem expediri non poſſunt. *l. nec quidquam 9. §. 1. de offic. proconſ.* eoq; pertinet *l. tutor 19. C. de adm. tut.* quæ abſentem & dari & excuſari poſſe confirmat; neq; verum eſt, quod hic ſit vere actus voluntariæ iuriſdictionis, cuiuſmodi quæ ſunt, per procuratorem expediri nequeunt, vt notatum ſup. ad *§. præterea 6. tit. 12.* Nec tantum, vt quis ipſe coram ſe excuſet, ſed vt & per alium hoc facere poſſit, tempora certa præfinienda fuerunt.

Igitur intra quinquaginta dies proponenda eſt excuſatio: Sed probandæ ei & negotio tractando, vltra illos 50. dies adhuc ſuperſunt dies 60. quoniam ex die nominationis, definiti ſunt quatuor menſes negotio peragendo qui, computatis (vt apud ICtos ſolet) in ſingulos, 30. diebus, faciunt dies 120.

Proponenda eſt à tutoribus, † cuiuſcunq; 4
generis ſint: Textus hic ait, qualitercunque dati; quæ verba captat *Cuiacius in l. 13. de excuſ.* vt probet excuſationi tantum eſſe locum in tutoribus, qui dantur à teſtatore vel à magiſtratu, non etiam in legitimis, quo ſpectaſſe Tribonianum, & ita accurate & ſubtiliter vſum verbo illo, vix mihi perſuadebit Cuiac. Etſi quis omnino hoc putet, dicam id ideo fa-

igitized by Google

ro factum, quia in *princ. §.* propoſuit, eos, qui ſe excuſare volunt, non appellare; appellatio autem legitimis tutoribus non conuenit, vt mox dicemus. Et nec Cuiacius negat, quod legitimi quoq; tutores excuſentur ab onere adminiſtrationis ex cauſis ſupra relatis; & itaq; ſub hunc titulū & hi quoq; tutores pertinebunt; hic enim effectus eſt excuſationis: vtcumque itaq; ipſo iure dicantur eſſe tutores, quia tamen ſuſcipere onus non coguntur recte dicuntur excuſari; Sed illud quæri video effectu, an excuſatio iſta tutorum legitimorum liberet eos omnimodo à tutela delata: Etenim dubium non eſt, ſi v.c. mihi tres tutelas habenti deferatur tutela quarta pupilli Sempronij, teſtamento patris, me ita excuſari, vt nec ſi poſtea v.c. morte pupilli vnius tutela tertia finiatur, tutela Sempronij ſim onerandus. Et in hoc videtur mihi errare Cuiacius, qui ſimpliciter affirmat, tutores legitimos tantum excuſari ad tempus, adeo ex eius ſententia, ſubmota excuſationis cauſa protinus adminiſtrationem ſuſcipere cogentur; atque ita hic generale erit, vt quæcunque cauſa ab adminiſtratione defendat legitimum tutorem, interim curator tantum dandus ſit. Quam opinionem ego falſam eſſe, & excuſato legitimo, tutorem dandum, qui vſque ad pubertatem maneat, exiſtimo: vt intelligamus delationi quoque L. quoad effectum adminiſtrandi; hanc ineſſe conditionem, ſi non iuſta cauſa excuſetur agnatus. Quam interpretationem ſuadent plurima loca, quæ de excuſando legitimo tutore, indiſtincte vt de alio loquuntur. Probat optime textus in *l. ſi ſororis 9. Cod. qui dat. tut.* legitimum tutorem habenti, tum demum non recte dari tutorem, ſi ille nullo priuilegio ſit excuſatus; adeo in hunc caſum non habetur pro eo ac ſi habeat tutorem pupillus; & ita ſimpliciter in locum excuſati legitimi tutorem dari: ſcriptum eſt in *l. 3. §. quæri 8. de legit. tut.* & quod de excuſatione ob liberos conſtitutum eſt, in omni tutore locū habere, ait *l. 2. §. hoc autem 5. h.t.* & in locum noſtrū nominatim & de legitimo quoq; tutore explicat Theoph. quem male erroris arguit Cuiacius; pro quo nec hilum facit *l. non ſolum 10. §. ſi libertus 7. h.t.* quoniam ſpecialis ratio eſt ætatis; & ſi legitimus ſit adhuc minor, eum ad tempus tantum excuſari verum eſt; quia tempus ſolum & immunitas ætatis impedimento eſt; idque etiam in teſtamentario obtinet *§. furioſus ſup. tit. 14. facit textus in l. tutor 20. §. 1. h.t.* Vnum ſupereſt ad hunc locum, & quidem principaliter hic eſt tractandum. Ait Iuſtinian. Qui ſe † excuſare volunt, non appellant § ſed intra L. dies ſe excuſare debent. Conſtat à nominatione & decreto, quo quis ad munus aliquod publicum ſcribatus, decurionat⁹ vel q. aliud vocatur, & tale munus ei iniungatur, ſiquidē quis eo liberari velit, eſſe neceſſario appellandum per *l. 4. & 11. C. de appellat. l. 2. C. de decurionib.* Et ita quoq; haud dubie obtinuit in tutela vſq; Imp. ad Marcum, cuius conſtitutionis nouæ fit mentio in *l. ſcire 13. in pr. de excuſat. & in l. 5. §. 1. quand. appell.* Vbi dicitur hoc Marcum effeciſſe. Sed quæritur, quidnam Marcus effecerit, & quæ illius conſtitutionis ſit ſententia, an vt omnino amplius appellari non poſſit an vt neceſſitate appellandi, liberati ſint tutores, & ea omiſſa poſſint recta excuſationes proponere, & ijs reiectis demum appellare, quod ante non licebat. Sed tutor qui non appellauerat, à decreto vtcunque iuſtiſſimam cauſam habuiſſet, eamq; allegaſſet, tamē onere tutelę obſtrictus erat. Poſterior hæc opinio omnino & rationi & textibus conformis magis videtur. Nec enim vlla ratio appparet, cur non poſſint protinus appellare tutores; nec apparet etiam vllus hac in re pupillorum fauor; quandoquidem nihilominus ſi recta excuſationem proponant tutores, habent poſt ea reiecta facultatem appellandi, quo facto extrahitur itidem cauſa, imo magis, quam ſi ſtatim appellatione facta à decreto in iudicio ſuperiori res tota tractata fuiſſet. Quod ad textus attinet, ſunt aliquam multi qui adſtruunt hanc ſententiam. Et 1. cum potuerint tutores dari abſentes, *l. 5. de tut. dat. l. 19. Cod. de admin. tut.* etiam ius appellandi videtur

tur iiſdem permiſſum fuiſſe, nec neceſſum, vt prius venirent, allegaturi excuſationum cauſas. 2. In *leg. 4. de excuſatione* ad tutelam vocatus dicitur appellaſſe. 3. In *l. Gaius 16. eodem titul.* dicitur tutor datus poſſe ſe excuſare citra appellationem; quibus verbis innuitur ſatis, eum poſſe ſtatim, ſi velit appellare; 4. In *l. tutoris 39. §. tutor. Cod. de adminiſt. tut.* aduerſus ipſam creationem prouocaſſe tutor dicitur, 5. In *l. 2. de tut. dat.* tutores dati appellaſſe dicuntur, & 6. in *l. pen. eod. tit.* appellauit tutor ſimul allegata cauſa appellationis, & excuſationis; & igitur non neceſſe fuit, ante appellationem eam cauſam allegare, 7. Facit *l. ſcire 13. in princ. h. t.* Vbi de ipſa conſtitutione Marci agitur, & ſcribit Iuriſconſultus, tutores datos non *neceſſe* habere appellare, 8. In *l. cum in vna 17. §. 1. de appellat.* tutor datus prouocat, 9. In *l. tutor 20. de adminiſtr. tut.* hæc duo diſtinctim proponuntur, tutoris appellationem iniuſtam pronuntiatam, & eius excuſationem non fuiſſe receptam. Denique & præcipue facit *l. tutores 18. Cod. h. t.* vbi Impp. intra tempora præfinita dicunt licere allegare cauſam, licet appellatum non ſit; & ſatis ita perſpicue affirmant appellari poſſe. Vnicus ſaltem locus eſt, qui obijcitur ex *l. 1. §. 1. quand. appellan.* vbi dicitur ante propoſitas cauſas excuſationis fruſtra appellari. Et nimirum effectus appellationis princeps eſt, à quo ceteri dependent, vt deuoluat & transferat cauſam ad magiſtratum ſuperiorem; qui effectus ſi hoc caſu negatur, fateri oportet, nullam eſſe appellationem. Reſpondent, qui nobiſcū ſentiunt, non hoc reſpectu fruſtra dici appellari, quod cauſa non deuoluatur; ſed quod non liberet à tutela appellantem, qui neceſſe habeat in iudicio appellationis allegare cauſas excuſationis, quas ſi non approbet iudici, cogatur perinde eſſe tutor, ac ſi non appellaſſet. Sed replicatur; quod hoc vt fruſtra appelletur, videtur in *d. l. 1. §. 1.* tribui conſtitutioni nouæ Marci. Atqui etiam ante Marcum eo modo quo iam dixi, fruſtra erat appellatio. Et ſi igitur hactenus aliquid noui fecit Marcus, vt appellatio eſſet fruſtranea, oportebit fateri, ita fruſtra appellari, vt nec cauſa deuoluatur, & proinde cauſæ excuſationis apud inferiorem magiſtratum, qui tutorem dedit, ſint proponendæ. Ego vero reſpondeo, nihil eſſe, quod nos cogat, vt quod dicitur in *d. l. 1. §. 1.* fruſtra appellari; nouiter à Marco introductum dicamus; & imo propter ſupradicta admittendum eſt, illud tamquam ex veteri iure proponi, hoc ſenſu, ꝙ ea appellatione nihil amplius conſequatur tutor, quam ſi recta corā magiſtratu, qui eum dederat, excuſationum cauſas propoſuiſſet; quippe quæ apud iudicem appellationis omnino ſunt deducēdæ. Itaq; vt concludam fatendum eſt, hoc Marcum conſtituiſſe fauore tutorum, ne alias omiſſa appellatione, quæ breuiſſimo ſpatio bidui aut tridui anguſtabatur, graui & diuturno onere tutelæ implicarentur. Et fruſtra obiicitur hic locus, qui hoc ſaltem diſponit, vt intra ſtatuta tempora ſe excuſent tutores; & quod ait, tutores datos non appellare, quid ipſis commodius ſit ſignificat, & quod poſt conſtitutionem Marci tutores facere ſoleant, & merito debeant, vt ſcilicet recta & ſtatim excuſationibus ſuis citra ambages vtantur; quas forte ipſe iudex qui dedit, admiſſurus eſt, vt nulla appellatio ſit futura neceſſaria. Ridiculi autem ſunt, qui obiiciunt, non niſi à ſententia, in ſpecie dicta, quæ præuia cauſæ cognitione iudicialiter lata ſit, appellari poſſe. Id enim perſpicue falſum, & certiſſimi iuris eſt, à nominatione & decreto, quo quis ad quoduis munus vocatur, poſſe appellari *l. 4. & 11. Cod. de appellat. l. 2. Cod. de decurionibus*, & nominatione ſola quem obſtrictum fuiſſe, docent *l. filius 5. l. ſi ad 18. C. de decurionibus*, & vtique ante Marcum à tutelæ datione appellari potuiſſe in confeſſo eſt. Et quomodo hi defendent appellationem tutorum qui teſtamento dati ſunt; nam hos appellare potuiſſe docent *hic §. & l. ſcire 13. in princ. ff. eodem.* Et docent textus iam citati à ſimplici nominatione ad munus publicū appellari potuiſſe & debuiſſe; & datio teſtamento

mento

Digitized by Google

mento facta, nominationis vicem habuit; qua quomodocunq; cognita, quia exinde ad eos periculum pertinebat *l.1.§.1.de admin.tut.* adito iudice cauſas excuſationis eos proponere oportuit, aut appellare; fortean, quia magiſtratus erat, iudices etiam teſtamento datos compellere ad ſuſcipiendam tutelam; vt quaſi ab hoc grauamine imminenti, quod dationi proxime conſequens erat, appellare viderentur. An forte etiam hoc cauſam dedit conſtitutioni Marci, cum inconcinnius eſſet neceſſitatem appellationis hic imponere tutoribus; vti etiam amplius locus vix fuiſſe videtur in tutoribus legitimis.

Neque enim Lex quæ ob emolumentum ſucceſſionis defert tutelam, poteſt dici agnatum proximum grauare ob has cauſas, rectiſſime Marcus ſtatuit in genere, vt ſublata neceſſitate appellandi, quæ in caſibus iam dictis videbatur ſubinepta, cauſæ excuſationum proponerentur; Et hæc ratio tantum pertinet ad tutelas, ideoque etiam in ceteris muneribus, quę Lege, aut teſtamento non deferuntur, nihil mutauit Marcus; in quibus etiam hanc rationem ſpecialitatis notat Ioh. Faber hic, quod qui nominant v.c. decurionem ad aliquod officium, ipſe ſc. ordo, ſunt quodammodo pars, & adeo non conueniat, vt apud ipſos proponantur cauſæ excuſationis; nihil autem intereſt, v.c. prætoris, an hic ſit tutor vel alius.

Si intra centeſimum lapidem.] Significat intra
6 centum miliaria, † & ita itineris quinque dierum ſpacium: Ita enim ICtus in *l.1.§. Initio 4. de offic.præf.vrb.* quod dixerat vltra cēteſimum milliarium, mox ait vltra lapidem illū. Computatio illa inibatur à columna aurea vel aurata, quæ Romæ in foro ad ædem Saturni poſita fuit, & quidem primum ab Auguſto cum curam viarum ageret. Teſtis *Dio lib.* 54. non ita multo poſt princ. ἐπιστάτης τῶν περὶ τὴν Ῥώμην ὁδῶν αἱρεθεὶς, τὸ χρυσοῦν μίλιον κεκλημένον ἔστησε, quod ſcilicet Miliarium aureum dicebatur. Meminit *Suet. in Oth. cap.6.* monitis conſciis, vt ſe in foro ſub æde Saturni ad milliarium aureum opperirentur. Et de eadem re agens *Tacit. 1.hiſtor.* Inde ad miliarium aureum ſub ædem Saturni pergit. *Plin. 3.nat.hiſt.5.* Menſura currente à milliario in capite Romani fori ſtatuto, &c. Ergo intelligimus, ad ſingula millia paſſuum lapides poſitos, quibus itinera diſtinguerentur & ſpatia eorum. In hanc rem *Iſidorus lib. 15. origin. cap. vlt.* Primum Pœni dicuntur lapidibus vias ſtrauiſſe; poſt Romani eos per omnem pene orbem diſpoſuerunt, propter rectitudinem itinerum.

TEXTVS.

9. Datus autem tutor, ad vniuerſum patrimonium datus eſſe creditur.

COMMENTARIVS.

SVgillat hic Tribonianum Hottom. & inepte profecto ludit, quaſi ſeruulus Triboniani, non ſatis obſeruato termino præſcripto ſibi, tantum partem exſcripſerit ex *l. propter 21. §. 2. d.t.* cum amplius exſcribere deberet; & nimirum quod tutor quidem datus cenſeatur ad vniuerſum patrimonium, ſed tamen excuſare ſe poſſit, ne vltra centeſimum lapidem gerat, ſi vltra illum terminum alia ſit prouincia; ſiquidem in diuerſis prouinciis exiſtentis patrimonii diuerſi tutores dari poſſunt *l. ſi tamen 25. de teſtam. tut.* Sed id quidem ita ſe habet, atqui ita inepte lapſum Tribonianum non eſt probabile. Et iſtud inter reliquas cauſas proponendum, non ſub finem referendum erat. Et exiſtimo Tribonianum hic monere voluiſſe, cum qui tutor datus & tutelam ſuſcipere coactus eſt, cum vel cauſam excuſandi nullam haberet, vel quam allegauerat, reiecta eſſet, non poſſe allegare quantitatem patrimonii, & fortaſſis portionem tantum adminiſtrando putare ſe ſatis defunctum onere ſuo, perinde ac ſi magis perſonę, quam rebus & bonis datus eſſet. Huic occurrere voluit Tribonianus, & docere, quid nam contineretur officio tutoris, & ad quid obſtrictus ſit, ſcil. ad vniuerſum patrimonium pupilli. Nec male *Alber. Gent. dial. 6. de Interpp. iuris,* cenſet quod Tribonianus hac

breui ſententia voluerit plures excuſationes præcidere; quod ſi enim cenſeatur ad vniuerſum patrimonium datus non poſſit excuſari, quod amplum nimis ſit, quod hinc inde diſtractum ſit, & quod incertum ſit. Ne igitur ad libitum, cum Hottom. & Weſenbecio, qui illum fere ſequi ſolet reformemus textus.

TEXTVS.

10. Qui tutelam alicuius geſſit, inuitus curator eiuſdem fieri non compellitur, in tantum, vt, licet paterfamil. qui teſtamento tutorem dedit, adiecerit, ſe eundem curatorem dare, tamen inuitum eum non cogendum ſuſcipere curam, Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, maritum vxori ſuæ curatorem datum, excuſare ſe poſſe, licet ſe immiſceat.

COMMENTARIVS.

HActenus fuerunt cauſæ excuſationum communes, tutelæ & curæ. Duæ hic proponuntur, quæ propriæ ſunt curæ, prima, quod quis iam adminiſtrauit eius tutelã, qui inſuper eiuſdem cura onerari non debet; vtilitas quidem iam puberis facti ſuadebat, eum retineri in cura, cui iam vires patrimonii cognitæ eſſent, & qui longe cõmodius adminiſtrare poſſet, ſed nõ æquum viſum fuit, vnum nimis grauari in curanda & perſona & bonis vnius hominis, cũ ſatis eſſe debeat, ſuſtinuiſſe onus tutelæ; adeo vt nec mutet, vtcunque pater pupilli eandem curam gerere voluerit; cui voluntati tanto minus tribuitur, quod alias curator teſtamento non datur. Nam quod curator teſtamento datus confirmatur §. 1. *cap. de curat.* ad eum caſum pertinet, quo quis ei qui eo mortuo iam pater eſt futurus dat curatorem, vtique non eum, qui geſſit tutelam; hæc ita *h. §. & in l. Gaius 16. de excuſat.* (quæ Lex oſtendit extra hanc exceptionem locum alias eſſe confirmationi, licet tempore mortis patris adhuc fuerit pupill⁹) *& in l. curat.* 20. *C. h. t.* Fallit in libertis curatoribus datis liberis patroni *l. libertos 5. C. eod.* perſpicua ratione quæ ibid. additur, quia nullo modo & cauſa ſe ab hac tutela excuſare poſſunt, qui videlicet libertatem totam acceptam debent patrono, ſecus in iis, qui ſuis nummis emit, aut ex fideicommiſſo manumiſſi ſunt *l. libertum 14. §. pen. & l. nequaquam 24. h. t.*

Altera cauſa eſt, ſi maritus vxori ſuæ curator detur; & ait Iuſtin. eum excuſare ſe poſſe, licet ſe immiſceat. Et hoc igitur ſpeciale: nam alias tutores initio re integra ſuas excuſationes proponere debent, quibus haud dubie renuntiaſſe cenſentur, ſi bona pupillorum ceperint adminiſtrare. *l. 2. C. ſi tut. falſ. alleg. l. non tantum 17. §. ſane 5. D. h. t.* Verum quid iſtud eſt, quod ait eum excuſare ſe poſſe. Poterit ne igitur ſe non excuſare, & curam adminiſtrare? Ita ſane vulgo intelligimus, cum dicimus tutorem vel curatorem datum excuſare ſe poſſe, vt hoc eius arbitrii eſſe, & eum ſi velit, omiſſa excuſatione tutelam vel curam ſuſcipere poſſe ſignificemus. Id ſcilicet ita regulare eſt; ſed aliquando iſto verbo *Excuſandi* abutimur, in eorum quoque perſonis, qui tutores eſſe non poſſunt. Vt cur furioſus, ſurdus, mutus, cæcus dicuntur habere excuſationem *l. vnic. C. qui morbo.* quos certum eſt, tutelam gerere non poſſe *l. 3. C. qui dare tut.* ſimile *in l. ſi pupillum 20. h. t.* Vbi dicitur, recipi excuſationem patrui, aut eum remoueri ſit excuſari nolit. Ad eundem modum hoc loco maritus dicitur excuſare ſe poſſe, qui omnino curator eſſe non poteſt, imo ſub pœna infamiæ eſſe prohibetur, nimirũ quoniam vxor ob reuerentiam debitam marito non auderet liquido exigere rationes: ob quam cauſam ſub eadem pœna infamię verſatur tutor vel curator pupillam vel adultam ſuam ſibi filioue matrimonio iungere, vt diximus *ſup. ad §. ſunt & aliæ 11. de nupt.* Et de marito ne ſit curator vxoribus, ſunt textus *in l. ampliſſimi 4. l. licet 17.* (quæ agit de vxore filii in poteſtate, cuius eadem ratio eſt) *C. de excuſ. tut. inuict. l. 2. C. qui dar. tut. & l. 3. C. de interdict. matrim.* Et tamen durius eſt, vt qui ſub pœna infa-

miæ

niæ prohibetur, excuſare ſe poſſe dicatur; & nimia illa verbi abuſio eſt, cum Accurſ. verbū *poſſe* hoc loco, per verbum, *debere* explicādum putauit. Aut an hæc eo referimus, vt maritus curator datus, errore iuris ſuſcepta cura, protinus errore cognito excuſare ſe ita depoſita cura poſſit, vt infamiæ pœna liberet; quo ſenſu fere dicitur *in l.1.§.vlt.h.t.* ſponſum ſponſæ curatorē datum abſolui, nec enim propriè loquendo abſolutione opus eſt, cū datio iure non teneat. *d.l.2.C.qui dar.tut.l.curam 14. de curat.fur.* Hac explicatione admiſſa in aliud incōmodum incidit Tribonianus, quod per cōſtitutiones nouas ius iſtud vetus, q retulimus *ex l.4.& 17.C.h.t.* per neceſſariam conſequentiā eſt ſublatum, & nec demum per Iuſtinianū, ſed longe ante per *Theod.in l.hac Lege 8.C.de pact. conu.* ex qua maritus omnino ius habet, adminiſtrandi res mulieris quæ ſunt extra dotē; & cōmendatur mulier, quæ iſtā adminiſtrationem, marito permittit; idque confirmatur *ex l.vlt.C.eod.tit.* cum quo iure, quomodo conſiſtere poſſit, ius antiquū ex SC. vt maritus curator ſit infamis, ego non poſſū animaduertere: & quo igitur iudicio vtrumq; iſtud in Cod. retulerit Tribonianus, aliis diſputandum relinquo; Futile enim eſt, quod Hottom. textus qui prohibent maritum eſſe curatorē, negat pertinere ad bona præter dotalia, ſed tantum ad bona receptitia, quæ vxor ſibi reſeruauit: Hoc enim cum pendeat ex libera voluntate vxoris, an quid ſibi reſeruare velit, poterit ita mulier omnium bonorum quæ ſunt vltra dotem, marito adminiſtrationē cōmittere, q & omnino conuenit *cum d.l. 8. C.de pact.conu.* ſed omnino repugnat iuri veteri; & ratio eius iuris, quod ob reuerentiā marito debitā interuertētur facile rationes, omnino etiam in paraphernalibus & præter dotalib. bonis habet locū. Aut potius dicendū erit non poſſe maritum curatorē eſſe adultæ fœminæ vxoris ſuæ; ceterū vxorem, quæ perfectæ ætatis ſit, poſſe vtiq; adminiſtrationem bonorum ſuorū marito permittere; quod recte fieri & olim factū eſſe, perſpicue docet *l.pen.ff.ad L. Falcid.* Attamen mihi probabile eſt poſterioribus Impp. diſplicuiſſe ius iſtud vetus; & cum cauſæ diuortii ad pauciſſimas redactæ eſſent, maxime per Iuſtin. ceſſat etiā ſimul ratio, quæ maritos curatores olim eſſe vetabat; quo iure mariti pene pro libitu vxores à ſe dimittere poterant; quin & viciſſim vxores maritos, vt ſupr. *ad tit. de nupt.* oſtenſum. Et illud plane mihi perſuaſiſſimum eſt, maritum olim permittente quidem vxore, quę maioris ætatis fuit, adminiſtrare vxoris res potuiſſe, atquin legitimum & ordinarium adminiſtratorem fuiſſe, quod Hotto. & Weſemb. hic ſcribunt, falſiſſimum puto; ſed hoc omnino ex conſtitutionib. nouis deſcendit. Itaq; fruſtra & vitioſe iidem, text. *in l.maritus 21. C.de procurat.* ad bona receptitia reſtringunt; & omnino falſum eſt, quod *in l.pen.ad L.Falc.* maritus ſit legitimus adminiſtrator, ſed adminiſtrauit ex permiſſione vxoris.

TEXTVS.

Si quis autem falſis allegationibus excuſationem tutelæ meruerit, non eſt liberatus onere tutelæ.

COMMENTARIVS.

DOcet hic §. decretum eiuſmodi quo tutor ex falſis allegationibus liberatus eſt, eſſe nullum, adeoq; nihilominus periculū tutelæ ad excuſatū pertinere; quod & probatur *l.1.& vlt.C.ſi tut.falſ.alleg.* ſed ſcrupulum facit, quod licet alias falſæ probationes ſiue inſtrumenta interueniant, ſententia tamen non ob id ipſo iure nulla, ſed petenda ſit reſtitutio, vt videtur probari *t.t.C.ſi ex falſ.inſtr.l.Diuus 33. de re iud.* Nō locus eſt excurrendi in iſtam tractationē, an & quando vel ex qua cauſa ſententia ſit ipſo iure nulla vel nō. Deprehēdo tres Doctorū opiniones, q ad explicationē hui9 rei faciunt. I. facilius eſſe, vt decretū ſit nullum, q vt ſententia quæ ſecundū ordinem iuris hinc inde omnib. actitatis fertur. 2. (& hoc latius proponit Angelus) cauſas excuſationis a tutela eſſe oēs LL. expreſſas, non permiſſas arbitrio magiſtrat9; Itaq; cū ſine controuerſia illa ſententia nulla ſit, quæ lata eſt contra ius poſitiuum *l.1.§.2.quæ ſent.ſin.app.* conſequenter decre-

cretum ſuper falſa cauſa interpoſitum, veluti quod tutor datus duos liberos habeat, tamquam contra ius eſſe ipſo iure nullum. Sed enim non hoctantum modo iniuſte liberari tutor poteſt, ſed etiam ſi cauſa in iure vera, ſed in facto falſa ſit; veluti ſi tres ſe tutelas gerere, vel inimicitias cum patre pupillorum capitales interceſſiſſe, ex falſo allegauerit. Itaque cum generaliter hic loquatur Iuſtinianus, ſimplicior eſt tertia ſententia & explicatio, ſpeciale id eſſe fauore pupillorum; quod illi quodammodo non pro recte defenſis habeantur, vtcunque forte neceſſariæ quædam perſonæ adfuerint pupillo *arg. l. 1. C. ſi tut. falſ. allegat.* & ætas iſta digna eſt miſeratione, & odio dignus, qui detrectat improbi tutelam; tum etiam poſita iniuſtitia & falſitate cauſę, vtile fuit ita ſtatui, vt decretum pro nullo haberetur, vt tutor exinde ex quo datus fuit periculo tutelæ obſtrictus intelligeretur; Et hinc in *l. ſi tutor 22. C. h. t.* negatur periculum pertinere ad tutorem; qui abſolutus eſt, *habens excuſationem*, nimirum iuſtam & veram.

AD TITVLVM XXVI.
& vltimum

LIBRI PRIMI INſtitutionum,

DE SVSPECTIS TVTORIBus vel Curatoribus.

TEXTVS.

1. Sciendum eſt, ſuſpecti crimen, ex Lege XII. Tabb. deſcendere.

COMMENTARIVS.

SEptem capita ſunt huius tit. Et primum, de cauſa remota cognitionis ſiue poſtulationis ſuſpecti, quæ eſt Lex XII. Tabb. qua hoc crimen vindicatur, & ius accuſandi tutores conceditur; qui ſenſus eſt horum verborum, quibus hic & *in l. 1. §. 2. h. t.* improprie alias dicitur, crimen ſuſpecti deſcendere ex L. XII. Tabb. Veriſſime & rectiſſime Theophilus ταύτην δὲ τὴν κατηγορίαν ὁ δωδεκάδελτος ἐπινόησε νόμος. Hanc accuſationem L. XII. Tabb. excogitauit. Interpres Curtius, vt ſæpiſſime alias, ita & hic ſocorditer vertit: Crimen hoc ex L. XII. Tabb. deſcendit: quem ita ſecutus eſt, qui nouiſſime Theophilum edidit, vt appareat, numquam ab eo Græcum textum cum Latina veteri interpretatione collatum fuiſſe.

TEXTVS.

2. Datum eſt autem ius remouendi tutores ſuſpectos, Romæ prætori, & in prouinciis præſidibus earum, & Legato Proconſulis.

COMMENTARIVS.

ALterum hoc caput eſt, ad quem pertineat cognitio de ſuſpecto; & coram quibus magiſtratibus accuſatio hæc ſiue poſtulatio inſtitui debeat & poſſit. Quærendum eſt, an hi qui ius dandi tutores habent, ii etiam habeant ius remouendi, & audiendi hanc poſtulationem. Et ſi de iure veteri quæras, & de iis qui libero & pleno iure poteſtatem dandi tutores habent, vt not. *ad §. vlt. de ſatiſd. tut.* recte affirmabimus; Ceteroquin magiſtratus municipales, qui præcedente quodam iuſſu dabant tutores, vt *not. ad §. ſed hoc ſup. de Attil. tut.* non habuerunt ius cognoſcendi de ſuſpectis tutoribus, hoc enim maioris eſt poteſtatis: nec poſtquam Iuſtinianus iis conceſſit ſine iuſſu præſidum dare tutores *iuxta §. nos autem de Attil. tut.* propterea etiam hoc ius de ſuſpectis cognoſcendi dediſſe intelligendus eſt. Hoc primum eſt. Inde quærendum, an hactenus ſit eadem ratio dandi tutoris & remouendi, quod ſicut dare tutorem non eſt iuriſdictionis, nec mandari poteſt, vt explicatum ad *d. §. ſed hoc. de Attil. tut.* ita nec ius cognoſcendi de ſuſpecto eumque remouendi ſit iuriſdictionis, nec mandari poſſit. Videatur id ſuadere ratio, vt eadem ſit conditio conſtituendi & diſſoluendi. Et tamen ita non eſt; neque recte ita

& ita colligitur à iure dandi ad ius remouendi; ſed hoc ad omnem magiſtratum pertinere debet, qui de hominibus improbis, & non recte in officio verſantibus, cognoſcendi & ſtatuendi ius habet. Aut an dicemus receptum fauore pupillorũ, vt, quod in dando tutore ſecus ſe habet, ſuſpecti tutoris cognitio à magiſtratu, forte occupato aut abſente, mandari, quin imo & apud eum tractari poſſit, cui magiſtratus occupatus, vel abſens in genere vniuerſam iuriſdictionem mandauit, per *l. cognitio 4. in pr. de offic. eius cui mand. l. 1. §. an autem 4. h. t.* Et itaque hæc cognitio ſuſpecti & mandari in ſpecie poteſt, & mandato generali iuriſdictionis tranſit. Neque obſtat *l. 1. §. ſuſpecti ad SC. Turpil.* nam quod ibi ſolum præſidem poſſe cognoſcere de ſuſpecto dicitur, non mandatarius præſidis, qui vice præſidis fungitur *l. ſolet 16. de iuriſdict. l. 1. §. vlt. de offic. eius*, ſed alii inferiores magiſtratus in municipiis & aliis ciuitatibus excluduntur: quemadmodum eo quod dicitur in *l. vbicunque. 105. de R. I.* vbicunque cauſæ cognitione opus eſt, ibi prætorem deſiderari non excluditur, cui prætor mandauit iuriſdictionem, quæ certiſſima explicatio eſt huius rei: inepta autem diſtinctio Angeli, an agatur hic ciuiliter an criminaliter: quod præſertim, vt ſub fin. iſtius tituli dicemus, iſta propria quædam accuſationis ſpecies, & directo nec ciuilis nec criminalis eſt. Et huc poſſit referri, quod hoc §. dicitur de Legato Proconſulis; huic enim Proconſul mandat iuriſdictionem *l. 4. §. vlt. de offic. Procon.* quamuis ſane ſpeciale in hoc ſit Legato, quod hic à populo ſolebat adiungi Proconſuli, & cui Proconſul tenebatur officii mandare iuriſdictionem: eoque Legatus non ſimplex eſt mandatarius, ſed & ipſe à Feneſtella & Onufrio inter magiſtratus populi Rom. refertur; vt fortaſſis non tam iure mandatarii, quam proprio videatur Legatus Proconſulis & ipſe de ſuſpecti crimine cognouiſſe; qua in re labitur Hottom. hic ſcribens legatum tantum ius cognoſcendi non etiam pronuntiandi habuiſſe; deceptus per *d. l. 1. §. 11. ad Turp.* quã modo explicauimus: ſed & præſes in ſpecie dictus, de quo loquitur d. §. 11. legatum non habebat, ipſe dictus Legatus Cæſaris.

TEXTVS.

3\. Oſtendimus, qui poſſent de ſuſpecto cognoſcere: nunc videamus qui ſuſpecti fieri poſſint. Et poſſunt quidem omnes tutores fieri ſuſpecti, ſiue ſint teſtamentarii, ſiue non ſint, ſed alterius generis tutores. Quare etſi legitimus fuerit tutor, poterit accuſari. Quid ſi patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus famæ patroni parcendum eſſe, licet vt ſuſpectus remoueatur.

COMMENTARIVS.

TErtium hoc caput eſt, qui poſſent ſuſpecti poſtulari, vel accuſari. Et omnes nimirum tutores. Sed cur ait *ſiue ſint teſtamentarii*, & cur potius horum quam datiuorum aut legitimorum primam & præcipuam facit mentionem? Fortaſſis quia Lex dat agnatos proximos, pro quibus eſt præſumptio, & datiui aut dantur ex inquiſitione aut ſatiſdant, & tamen pro teſtamentario facit iudicium patris; vt maior etiam videretur ratio dubitandi *arg. l. 4. C. h. t.* Porro non tantum tutores & curatores pupillorum & adultorum, ſed etiam furioſorum & prodigorum accuſari poſſunt *l. 3. §. 2. h. t.* etiam curator ventri datus *d. l. 3. §. 3.* Scilicet ferendum non eſt, vt quicunque tandem ille ſit tutor aut curator, alterius bona & patrimonium diſperdat. Et teſtamentarius tanto magis odio dignus, quod ſpem de ſe à teſtatore conceptam fefellit.

Quod ſi patronus.] Grauiorem oportet eſſe dolum, vt hic poſtuletur ſuſpectus, & remoueatur: ceteroquin ei potius curator adiungendus erit *l. ſi tutor 9. de ſuſp. tut.* vbi id generaliter traditur de tutoribus, qui pupillo coniuncti ſunt; quæ ratio videtur in omnibus legitimis procedere; ſed hoc magiſtratus ex proximitate gradus æſtimabit. Sed cur & *hic*

& d. l. 9. tantum patroni non etiam parentis ſit mentio, qui tutor eſt filii emancipati? Puto propter vinculum, quo filius natura obſtrictus eſt & manet, non permiſſum fuiſſe, vt pater ſuſpecti poſtularetur: ſed omnimodo ei adiungendum curatorem.

Fama patroni parcendum.] In parentes & patronos famoſa actio non datur. Et vbi idem factum eſt, ex quo in alium datur actio turpis, in hos actio in factum tantum conceditur, vt mentio doli omittatur, *l. non debet* 11. *de dolo l. parens* 5. *de obſeq. praſt. l.* 1. §. *interdictum.* 43. *de vi arm.* Idque hic facilius eſt, cum non ſit de eſſentia huius poſtulationis aut remotionis, vt irroget infamiam, vt mox dicemus.

TEXTVS.

4\. Conſequens eſt, vt videamus, qui poſſent ſuſpectos poſtulare. Et ſciendum eſt, quaſi publicam eſſe hanc accuſationem, h. e. omnibus patere. Quinimo mulieres admittuntur ex reſcripto Diuorum Seueri & Antonini: ſed hæ ſolum, quæ pietatis neceſſitudine ductæ ad hoc procedunt: vt puta mater: nutrix quoque & auia, poteſt & ſoror. Sed etſi qua alia mulier fuerit, quam prætor propenſa pietate intellexerit, ſexus verecundiam non egredientem, ſed pietate productam non ſuſtinere iniuriam pupillorum, admittet eam ad accuſationem. Impuberes non poſſunt tutores ſuos ſuſpectos poſtulare: puberes autem curatores ſuos ex conſilio neceſſariorum ſuſpectos poſſunt accuſare: & ita Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt.

COMMENTARIVS.

QVartum hoc caput eſt, qui poſſint ſuſpectos poſtulare. Et ait Iuſtin. hanc accuſationem omnibus patere, ideoque eſſe quaſi publicam. Hinc enim iudicia publica dicuntur, quod quiuis è populo perſecutionem habet §. 1. *infr. de public. iud.* vbi dicemus. Quia autem alia quædam ſunt, quæ iudicia proprie publica faciunt, & inprimis, quod tendunt quaſi ad vindictam Reipub. & alia in iudiciis publicis procedendi forma, & in iis non prætor Vrbanus, apud quem poſtulantur ſuſpecti, ſed alii magiſtratus cognoſcebant: Et in iis ab accuſatione deſiſtens incidebat in SC. Turpil. quod in hac accuſatione ſecus eſt, *l.* 1. §. *ſuſpecti* 11. *ad SC. Turp.* ideo ait eſſe accuſationem *quaſi* publicam *l.* 1. §. 6. *h. t.* nam & reuera priuatam vtilitatem pupillorum reſpicit. Priuata autem vel ideo hæc poſtulatio non eſt, quoniam in priuatis iudiciis quiſque perſequitur quod ſua intereſt, & ſibi aliquid applicari petit: quod hic non obtinet. Cur autem accuſatio dicatur, ex iis quæ paulo poſt dicemus, apparebit.

Quinimo mulieres.] *L.* 1. §. *pen. h. t.* Apparet ab iſta qualitate quod omnes poſſint accuſare, vel maxime hanc accuſationem dici publicam, quandoquidem admittuntur quædam perſonæ, quæ publico iudicio accuſandi facultatem nõ habent, vt ſunt mulieres, *l. qui accuſare* 8. *de publ. iud.* Neque enim tantum admittitur mater, auia, nutrix, ſoror, quæ viderẽ poſſunt hic quodammodo ſuorum iniuriam proſequi, quo caſu, & in iudicio publico fœmina conſiſtere poteſt *l.* 1. *de accuſat. l. de crimine* 12. *C. qui accuſare, &c.* Sed etiam aliæ quæ pietate motæ videntur erga pupillum *h.* §. *verſ. ſed etſi.* Quod autem minores poſſunt poſtulare curatores ſuos, (impuberes enim nõ poſſunt *h.* §. *& l. pietatis* 6. *in f. C. eod. l.* 7. *D. eod.* hoc enim ſolum illis conceſſum eſt ſpeciatim, vt cum tutoribus exſequantur mortem patris *l.* 2. §. 1. *de accuſat.* ipſis autem tutoribus collegas ſuſpectos facere incumbit.) ſpeciale non eſt, quoniam hic perſequitur ſuam iniuriam; in quibus terminis accuſare iudicio publico minor poteſt, *arg. l.* 4. *vbi id notant Dd. C. de autor. præſt.* Debent autem hoc facere ex conſilio neceſſariorum; quinimo ſi curator ſuſpectus, ſolus ſit, videatur ad hunc actum poſtulationis minori opus eſſe curatore, per *d. l.* 4. Vbi vult Imp. vt minor cum autoritate curatoris

Digitized by Google

ris accuſet; aut an ſpeciale eſſe dicemus, in hoc caſu, vbi minor reipſa priuatum ſuum intereſſe perſequitur: & tantum hoc petit vt remoueatur curator, non vt ſibi quid adiudicetur; ceteroquin minor vt agat ſine curatore ad litem, permiſſum non eſt, vt docet §. *initi 2. ſup. de curatorib.*

Denique addendum, hactenus quoq; publicis iudiciis ſimilem eſſe hanc accuſationem, quod ſicut in illis aliquando magiſtratus ſine accuſatore per inquiſitionem procedebat, de quo dicemus *inf. lib. 4. tit. vlt.* ita & hic aliquando prætor tutorem notorie male adminiſtrantem, ex officio, nullo poſtulante poteſt remouere *l. 3. §. præterea 4. h. t.*

TEXTVS.

5. Suſpectus eſt, qui non ex fide tutelam gerit, licet ſoluendo ſit, vt Iulianus quoque ſcripſit. Sed & antequam incipiat tutelam gerere tutor, poſſe eum quaſi ſuſpectum remoueri, idem Iulianus ſcripſit, & ſecundum eum conſtitutum eſt.

Huic addendus eſt §. vlt.

Nouiſſime autem ſciendum eſt, eos qui fraudulenter tutelam adminiſtrant, etiam ſi ſatis offerant, remouendos eſſe à tutela; quia ſatisdatio tutoris propoſitum maleuolum non mutat, ſed diutius graſſando in re familiari facultatem præſtat. Suſpectum enim eum putamus, qui moribus talis eſt, vt ſuſpectus ſit. Enimuero tutor vel curator, quamuis pauper ſit, fidelis tamen & diligens, remouendus non eſt, quaſi ſuſpectus.

COMMENTARIVS.

QVintum hoc eſt ex iis quæ hoc tit. traduntur. Quiſnam ſit ſuſpectus, & quid faciat ſuſpectum, vt poſtulari quis & remoueri poſſit: & nimirum Mala adminiſtratio. Iuſtinianus ait ſuſpectum eſſe, qui non ex fide tutelam gerit. Vbi vel ſuſpectus definitur à principaliori; vel *non ex fide gerere,* latius accipitur: neque enim tantum poſtulatur ſuſpectus & remouetur, qui doloſe & fraudulenter adminiſtrat, ſed etiam qui tantum negligenter *l. in poſtulandu 5. C. h. t. l. 3. §. vlt. D. eod.* Et hæc nimirũ adæquata iſtius accuſationis cauſa: non paupertas, vt *in fi. tit.* hic traditur: & tamen, valde pauperib⁹ curator adiungi debet; *l. pietatis 6. C. h. t.* vel quia ob paupertatem coguntur res ſuas fere tantum agere, vt ſibi victum quærant, vel quia periculũ eſt, ne nimia inopia faciat eos aliquid abſumere ex bonis pupilli. Ex aduerſo diuitiæ non faciunt, vt ne quis poſtuletur ſuſpectus, etiam ſi per ſatisdationem ſit cautum pupillo, etiamſi tutor de nouo offerat ſatisdationem, h. textu, & *l. ſuſpectus 5. cum l. ſeq. h. t.* præſtat enim rem pupilli ſaluam conſeruare.

Sed & antequam incipiat.] Limitatio quędam eſt ad id quod iam dixerat: ſuſpectum eſſe, qui non ex fide tutelã gerit. Etenim qui nondum cepit adminiſtrare, vtique nondum geſſit tutelam. Sed enim ſatis eſt talem eſſe tutorem, qui non ſit recte geſturus: ſi antequam incipiat gerere, eius improbitas ante celata emergat. Sed & citra hoc poteſt tutor vt ſuſpectus remoueri, ſi non faciat, quæ facere tutorem oportet, veluti ſi nolit ſatisdare *l. 2. C. de tut. vel cur. qui ſatis non ded.* aut ſi in adminiſtratione ſuſcipienda ceſſet, *iuxta l. 2. & 3. C. h. t. iunct. l. 4. §. vlt. D. eod.* Et hoc poteſt haberi pro ſexto capite quod tractatur h. t. quando tutor poſſit remoueri, vt ſuſpectus. Dicitur autem recte remoueri, licet necdum quidquam geſſerit, quoniam ſtatim vbi datus eſt, tutor eſt, & in *d. l. 2. & 3. C. h. t.* diſerte dicuntur poſtulari ſuſpecti ante cœptam adminiſtrationem. Et quid igitur eſt, quod dicitur in *l. hæc enim. §. vlt. h. t.* eos qui nihil geſſerunt, remoueri quidem poſſe, ſed non ſuſpectos poſtulari? An ſtrictius ibi vſurpatur verbum *ſuſpecti*? ceteroquin remotio, requirit & præſupponit poſtulationem. An intelligit eos, qui citra vllam contumaciam per ſolam ignauiam res non attigerunt, maxime cum haberent contutores.

Digitized by Google

TEXTVS.

6. Suſpectus autem remotus, ſiquidem ob dolum, famoſus eſt, ſi ob culpam, non æque, ſi quis autem ſuſpectus poſtulatur, quo ad cognitio finiatur, interdicitur ei adminiſtratio, vt Papiniano viſum eſt. Sed ſi ſuſpecti cognitio ſuſcepta fuerit: poſteaque tutor vel curator deceſſerit, extinguitur ſuſpecti cognitio. Si quis tutor copiam ſui non faciat, vt alimenta pupillo decernantur, cauetur epiſtola Diuorum, Seueri & Antonini, vt in poſſeſſionem bonorum eius pupillus mittatur, & quæ mora deteriora futura ſunt, iubentur dato curatore diſtrahi. Ergo remoueri poterit, vt ſuſpectus qui alimenta non præſtat. Sed ſi quis præſens negat, propter inopiam alimenta poſſe decerni, ſi hoc per mendacium dicat, remittendum eum eſſe placuit ad Præfectum Vrbi, puniendum: ſicut ille remittitur, qui data pecunia miniſterium tutelæ redemerit. Libertus quoque ſi fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni geſſiſſe probetur, ad Præfectum vrbi remittitur puniendus.

COMMENTARIVS.

1 *Proceſſus contra tutorem abſentem.*
2 *Pœna tutoris remoti.*
3 *Explicatio* l. 3. §. 15. h. t.
4 *An ob latam culpam remotus ſit infamis.*
5 *Qua ſit qualitas huius iudicii.*

HOc ſeptimum eſt & principale caput *huius tit.* de effectu inſtitutæ huius accuſationis. Adiiciuntur tamen quædam quæ pertinent ad caput quintũ, Quis ſit ſuſpectus, & ex quibus factis ſuſpectus arguatur: veluti, ſi alimenta pupillo non præſtat, ſi non eſſe vnde alatur pupillus, per mendacium dicat: cum præſumatur ipſe ſpoliaſſe pupillum & interuertiſſe in vſus ſuos, vnde pupillo alimenta paranda erant. Additur etiam in §. *ſed ſi* 8. modus ſingularis, quo finitur accuſatio ſuſpecti: Nimirũ ſi tutor licet cœpto iudicio mortuus fuerit. In cauſis ciuilibus vbi actor petit pecuniam quæ ſibi adiudicetur poſt litem conteſtatam licet mortuo reo, non finitur iudicium, ſed tranſit actio etiam pœnalis in ſolidum in heredes, vt dicemus *in §. 1. in fin. infr. de perpet. actionib.* In hac autem poſtulatione nihil petitur, quod adiudicetur actori ex bonis tutoris, ſed tãtum vt remoueatur: nam ſi quid damni ex mala adminiſtratione ſenſit pupillus, id poſt venit in actionem tutelę, quę minime finitur morte tutoris, & quæ vt locũ habere poſſit, accuſatio ſuſpecti inſtituitur, quoniam vt ſupra dictum, durante tutela non datur hæc actio. Et hinc iſta quoque huius rei ratio eſt, quod morte tutoris ſoluitur & finitur tutela. Ex quo eſt, vt ſi pubertate vel aliis modis tutela finiatur, finiatur quoque cognitio ſuſpecti *l. pen. h. t. l. 1. C. eod.* Atque hactenus hæc poſtulatio ſimilis eſt accuſationibus criminum, quæ & ipſæ regulariter Reo licet poſt cœptum iudicium mortuo extinguuntur. *l. 1. 2. & 3. C. ſi reus vel accuſ.* Porro, vt quod principaliter † hic tractari diximus, exſequamur, ſi tutor abſens eſt contumaciter, & nec officium facit, nec ob abſentiam in iudicium trahi poteſt, proceditur contra eum ſicut alias ſolet contra debitores abſentes; vt nimirum pupillus tamquam creditor mittatur in poſſeſſionem bonorum tutoris, de qua miſſione *in tit. Ex quibus cauſ. in poſſ. eat.* Iſta miſſio non tribuit veram poſſeſſionem, ſed tantum detentionem & quaſi cuſtodiam bonorum, vt creditor & hic tutor, qui bona ſua libera habere cupit, veniat, reſpondeatque iis qui eum ſuſpectum arguere volunt. Et tamen hic plus tribuitur pupillo, quam creditoribus aliis, qui ob abſentiam debitoris non reſpondentis in poſſeſſionem bonorum mittuntur: hi enim nudam habent interim cuſtodiã: donec prętor porro non comparente reo curatore cõſtituto bona diſtrahi permittat; atquin hic proti-

Digitized by Google

protinus curator datur iuxta hunc textum, qui diſtrahat bona, fere ideo, vt ex pecunia pupillo alimenta conſtituantur. Ideo autem in iſtis terminis ita proceditur contra abſentē quia alimenta decernenda ſunt (de quo caſu hic agitur,) cum cauſę cognitione, & adeo tutore audito & præſente, vt apparet *ex l.3.D.vbi pup.educ.l.2.C.de alim.pup.praſt.* vnde in *l.3.§.tutor 14.D.h.t.* tractatur de tutore, qui ad alimenta pupillo præſtanda copiam ſui nō facit. Neque propterea cum Hottoman. quod hic dę miſſione in poſſeſſionem traditur, ſuſpectū habere debet, quod aliud eius rei teſtimoniū non extet, aut quia in *l.3.§.tutor 14.l.vlt. vbi pup. educari debeat.* ſcribitur, hoc caſu tutorem vt ſuſpectum remoueri, aut ei curatorem adiūgi. Nam & alia ſingularia ſunt in his libris; & ad magiſtratus arbitrium hoc pertinet, quomodo ſit procedendum. Et tamen nō video quomodo non manifeſto erret Hottom. cū iſtud de miſſione in poſſeſſionem expreſſe ſcriptū ſit in *l. Impuber.h.7.§.2.h.t.* vbi contra tutorem
2 præſentem cœpta † eſt, cognitio, interdicitur ei adminiſtratio, ne interea negotia & bona pupilli attingat *h.textu* §.7. idque ipſa poſtulatione ſuſpecti effectum intelligitur, citra ſpeciale decretum prætoris, vt apparet ex *l.quod ſi 14.§.1.inf* quamuis ſuperflua non noceant, & prætorem ſiue præſidem ſolitos fuiſſe iubere vt abſtineret tutor adminiſtratione, indicio eſt *l.eum quem 7.C.h.t.*

Peracta accuſatione & conuicto tutore, quæritur de ſententia & pœna, quæ variat pro varietate admiſſi. Et nimirum tutor aut doloſe verſatus eſt, aut tantum negligenter. Hoc caſu remouetur (aliquando tamen ei curatorem adiungi ſupra diximus) *l.9.h.t.arg.§.2.inf. h.t.* ſalua fama & exiſtimatione *l.3.§.vlt.& l.ſeq. in pr.h.t.* idq; eſt quod Iuſtin. hic ait in *§. ſuſpectus 5.* remotum ob culpam nō fieri famoſum, id eſt infamem; ita enim hoc verbo boni autores vtuntur. Doctores noſtri vulgo famoſum intelligunt celebrem, & in bonam partem accipiunt. Illo caſu (niſi ſicubi famæ tutoris ex ſpeciali cauſa parcitur, vt diximus ad §.2.) remouetur cum nota infamiæ. Et hæc nota vel ſola eſt, vel adiunctam habet pœnam grauiorem etiam corporalē, vt ex eo apparet, quod tutor remittitur puniendus ad præfectum vrbi, qui merum imperium & ius irrogandi pœnas corporales habet; Ceteroquin ſi de multa ageretur, nō op⁹ eſſet illa remiſſione, cū prætor habeat ius multādi: per *l.2.§.vlt. de iud.* ſed non imperium merū, & ius coercendi in corpus, prætor ſcil. Vrbanus, qui cauſis ciuilibus tractandis conſtitutus erat; nam poſteriorib. temporibus & iam Ciceronis ætate prætores, qui præerant iudiciis & quæſtionibus publicis, imperium merum cum conſilio habuerūt ſicut & olim qui in prouincias mittebantur. Atq; remittebatur ita tutor ad præfectum vrbis, ob fraudem inſigniorem *iuxta §.ſed ſi quis 10.h.t.l.3.§.ſed ſi 15.ff. eod.l.1.§.ſolent. 7. de off. præf. vrb.* (vbi *tutelam nummis occupaſſe* in d.§.10. dicitur, *data pecunia tutelæ miniſterium redemiſſe*: neq; neceſſum eſt vt cum Cuiac. legamus, *miniſterii*, licet ita loquatur *ICtus in* † *l.3.§.ſed ſi 15.in f.h. t.* Videtur tamen hoc caſu, vbi redemit tutelam, vel per mendacium negat alimenta poſſe præſtari, non remoueri, ſed tantum puniri, per text. in *l.3.§.ſed ſi 15.h.t.* per quē ita ſtatuit gloſſ. Sed ſane iuſta cauſa remouendi eſt in vtroq; caſu: an forte intelligit non remoueri, tamquam qui male geſſerit: Certe non ſit vtile pupillo manere eum tutorem, qui pupilli cauſa punitus fuit. Et non ibi Acc. quod quidam intelligant, not. TANTVM (quę particula & alibi ſubintelligitur,) vt non tantum remoueatur, ſed ET puniatur, quam particulam ET quædam exemplaria agnoſcunt. Porro fraudem tutoris auget & grauiorem facit perſona tutoris, ſi libertus ſit *§.pen.h.t.* Vnica hic reſtat quæſtio: Ob dolum remotum cōſtat † regulariter fieri infamem. Quæritur quid iuris 4
ſi remoueatur ob latam culpam. Controuerſiam facit *§.ſuſpectus 6. h.t.* quoniam facit mentionem doli & culpæ, & agitatur, ad vtrum membrum lata culpa pertineat. Ego vt paucis agam, cum illis ſentio, qui latam culpam referunt ad dolum, eoq; ob hanc culpam remotū infamia notatum putant. Ratio ſolida eſt quia æquiparatorum eſt eadem ratio, in eo ſcil. in

quo æquiparantur; legimus autem paſſim æquiparari latam culpam (quæ eſt nimis craſſa & ſupina negligentia) dolo, vt ob eam pariter & dolum quiſq; conueniatur; *l. magna 226. de Verb. ſignific. l. ſi fideiuſſor. 29. in pr. Mandati l. 1. §. 1. ſi menſ. falſ. mod. l. vbi 8. de edendo.* adeo vt licet tex. vtatur particula taxatiua, *tantum* teneri quem ob dolum, aut, *non aliter* quam ob dolũ, non excludatur tamen lata culpa. Ita menſor licet dicatur duntaxat teneri ob dolum, tamen etiam ob latam culpam *d. l. 1. §. 1.* Idem in precario *l. quæſitum 8. §. ſi ſeruitute 5. & §. ſeq. de precar.* Accedit, quod in *l. 3. §. vltim. h. t.* remotus non ſit infamis, ſi ob ſimplicitatem aut ineptiam vel deſidiam remoueatur, quæ non incidunt in latam culpam *argum. §. pe. inſr. quib. mod. re contr. oblig.* Porro eodem modo cum in depoſitum dicatur tantum venire dolus *l. contractus 23. de R. I.* tamen venit etiam lata culpa *l. quod Nerua 32. depoſiti. l. 1. §. 15. quoq; 5. de oblig. & act.* Exiſtimabam aliquando id tantum procedere, & latam culpam æquiparari dolo, vbi ageretur de eo quod cuiuſcunq; intereſt, vt vti quis damnũ dediſſet lata culpa in rebus meis, ad illud reſtituendũ peræque teneretur, ac ſi dolo feciſſet. Sed deprehendi id falſum eſſe, duplici exemplo, 1. Quod cum contra contumacem aut doloſum æſtimetur res quæ non reſtituitur per iuramentum actoris, longe vltra precium rei, tamẽ etiam oblatam culpam ita in litem iurari receptiſſimum eſt, & probatur ex *l. 2. Cod. de in lit. iur.* 2. Quod etiam ex cauſa actionis pœnalis in duplum lata culpa dolo comparatur *l. 1. §. 2. ſi is qui teſtam. lib. eſſe.* Accedit, quod etiam quo ad infamiæ notam incurrendam ſufficit ignorantia iuris *l. liberorum 11. §. vlt. de his qui not. inf.* & tamen iſta non eſt dolus, ſed ad ſummum lata culpa. Accedit, etiam, quod depoſiti & mandati damnatus ob dolum itidem ſit infamis, & tamen in contractibus indiſtincte dolus & lata culpa æquiparantur: In criminalibus plane vbi agitur de pœna irroganda in corpus, requiritur dolus omnino liquidus & verus: itaq; in his lata culpa æquiparari dolo non ſolet, vt notant *Dd. in l. in lege. 7. ad L. Corn. de Sicar.* Nec obſtat *§. 6. h. t.* quia communiſſima eſt opinio, quod verbũ culpæ ſimpliciter prolatum, accipiatur de culpa in ſpecie ſumta, quæ dicitur leuis, æquiparatio autem illa de qua diximus, efficit, vt lata culpa ſub appellatione doli comprehendatur. Ideoque ineptum eſt, quod Weſemb. hic præſupponit, culpæ verbo hic contineri & latam: ineptum etiam & falſum, quod ait culpam latam æquiparari dolo, ad remouendum non ad infamandum. Ita enim non æquipararetur dolo, quoniam ad remouendũ etiam leuis culpa ſufficit. Cum tam varie coerceatur tutor † ſuſpectus, apparet poſtulationem fuiſſe quandam extraordinariam actionem, qua nihil certi ſuper puniendo tutore petebatur, ſed hoc tantũ, vt ille remoueretur per officium magiſtratus; & hic prout deprehenderat peccaſſe tutorem, ita condemnabat, aut ſimpliciter remouendo, aut cum nota famæ, aut, ſi grauiori pœna opus eſſet, ad ſuperiorem remittendo: Quod ſi certum aliquid petitum fuiſſet, & iure peti potuiſſet, aut debuiſſet, intra illos cancellos cognitio, & pœna ſubſtitiſſet, & aut prætor nunquam remiſiſſet tutorem poſt cognitam cauſam, aut initio cauſa tota & cognitio ad ſuperiorem remiſſa fuiſſet. Apparet ſimul & hoc recte dici iſtam accuſationem, tum quia actor nihil petiit ſibi applicari, tum quia pro qualitate cauſæ, reo etiam pœna in corpus irrogari poteſt. Licet autem hoc ita ſit, verum tamen videtur, quod Interpp. communiſſime hic ſcribunt, poſſe etiam expreſſe ita agi, vt tutori pœna irrogetur in corpus: ſed hoc caſu recta accuſatio inſtituenda fuerit apud præfectum vrbi: tum etiam hoc caſu inſcribere in crimen accuſatorem, & alia in iudicijs criminalibus ſolita interuenire oportebit.

FINIS COMMENTARIORVM IN LIBRVM primum Inſtitutionum.

AD LIBRVM SECVNDVM INSTITVTIONVM IVRIS,

Ad Titulum Primum,

DE RERVM DIVISIONE, & adquirendo ipſarum dominio.

TEXTVS.

1. Superiore libro de Iure perſonarum expoſuimus: modo videamus de Rebus: quæ vel in noſtro patrimonio, vel extra patrimoniũ noſtrum habentur: Quædam enim naturali iure cõmunia ſunt omnium, quædam publica, quædam vniuerſitatis, quædam nullius, pleraq; ſingulorum: quæ ex varijs cauſis cuiq; acquiruntur: ſicut ex ſubiectis apparebit.

COMMENTARIVS.

1 *De inſcriptione tituli.*
2 *Res quomodo obiectum ICti.*
3 *Quid ſit patrimonium.*

1 VT aliquid de Rubrica † dicamus, teſtantur Contius & Ruſſardus, verba *& adquirendo earũ dominio* ab omnibus manu ſcriptis abeſſe: & ipſe inſpecto vno & altero id ita eſſe deprehendi. Theophilus quoque ita habet περὶ πραγμάτων διαιρέσεως & nihil vltra, ſed vtut ſit, ipſa tractatio tituli requirit, hæc poſteriora verba, & quæ ſub duobus tit. Digeſt. *lib.* 1. *tit.* 8. *& libr.* 41. *tit.* 1. tractantur, in hunc vnum titulum relata ſunt, & inepta mihi videtur ratio *Pacij in Notis ad hunc tit.* Qui, hæc verba, inquit, adiecit, non videtur intellexiſſe modos adquirendi, de quibus h. t. agitur, contineri ſub vltimo ſecundæ diuiſionis membro, adeo vt plena & perfecta ſit inſcriptio, *de Rerum diuiſione.* Inepte, inquam, & falſo; Ita enim mutila futura ſit tractatio *ſub tit.* 8. *d. lib.* 1. & vero ſi illi modi continentur ſub verbis, *quædam ſingulorum*, (hæc enim verba intelligit) potuerunt etiam contineri ſub prima diuiſione, ſub verbis, in *patrimonio noſtro.* Et aliud eſt diuidere tantum, aliud modos adquirendi tractare. Et ſane qui ſimpliciter inſcribit, de rebus, de obligationibus, de Actionibus, ille recte ſub titulo omnia tractat, quæ ad eam rem pertinent: at qui promittit ſe dicturum de Rei alicuius diuiſione, ille citra vitium alia extra diuiſionem non proponit: Itaque omnino iſta tenenda eſt inſcriptio, *De rerum diuiſione & adquirenda ipſarum dominio.* De Dominio, quid ſit, in ſeqq. tractandi dabitur occaſio.

Videamus de Rebus.] Ex tribus obiectis, propoſi-

poſitis in §. *vlt. ſup. tit.* 2. prius explicatum eſt, de perſonis. Sequitur alterum de Rebus, quo verbo, (vt docet ipſa obiectorum diſtinctio) cetera præter perſonas & actiones ſignificantur: cum alias generalius loquendo actiones quoque & perſonæ, etiam res ſint. Sub appellatione rerum, etiam cauſæ continentur, nec tantum hæ quibus Res ipſas aut ius in ijs reale, ſed etiam ex quibus conſequimur ius ad res, quod fit per obligationes. Ex quo non male ij, qui totum hoc ſecundum obiectum, in tractatione de dominio & obligatione occupari & conſumi ſcribunt; idque ipſa tractatio horum librorum hinc vſque ad *tit.* 6. *lib.* 4. oſtendit, & dicemus *inf. lib.* 3. *tit.* 14. Rei autem
2 tractationem † propriam ICto fecit modus conſiderandi; nam vt monuimus *ſup. tit.* 1. *lib.* 1. in definitione Iuriſprudentiæ, Res non cõſiderat ICtus, vt cauſas earum & naturam inquirat, ſed quatenus ciues in ijs ius aliquid habent, & quatenus circa eas ius & iuſtitia poteſt, & debet adminiſtrari; ad quam tractationem accommodata eſt diuiſio hic initio propoſita, quod Res vel ſint in patrimonio noſtro, vel extra patrimonium noſtrum; non quod actu in eo protinus ſint, ſed quod ita affectæ ſint & eius conditionis, vt in patrimonio noſtro eſſe poſſint: nam extra ea quæ ſunt communia publica, vniuerſitatis, & nullius (prout verbum iſtud in diuiſione ſeq. vſurpatur) feræ beſtiæ extra noſtrum patrimonium actu exiſtunt. Fruſtra autem hic obijcitur *l.* 1. *de vſu & vſufr. leg.* vbi *In bonis* eſſe ſpecialiter vſurpatur & ſtrictius, vt inde iura incorporalia & ſcilic. ſeruitutes excludi videantur: de quo, & de vera explicatione dixim⁹ ad *pr. infr. de vſufr.* & quædam ad §. *vlt. inf. de vi bon.*
3 *rapt.* Patrimonium † Cuiacius ait proprie ſignificare bona quæ à patre obuenerunt, matrimonium, quæ à matre; citat locum ex Seneca 1. *de benef.* 3. quem ab Eraſmo deprauatũ, & pro *matrimonio* ſubſtitutum *patrimonium* ait. Ego ſecus ſentio, & omnino ibi legendum, *late patentis patrimonij*, quoniam nulla ratio, aut color afferri poteſt, cur ibi Seneca bonorum potius meminerit, quæ à matre obuenerunt. Fides ſit penes ipſum, quod Suetonius & Valer. Max. (quos iam totos euoluere non vacat, & quos ipſe nullo notato loco aduocat) eo verba ita ſint vſi, & mihi tanto minus iſta vſurpatio verbi huius probabilis ſit, quod cõſtat iure veteri liberos matribus non ſucceſſiſſe. Adducit etiam *Auguſtin. Serm.* 185. *de tempore.* Ibant, ad paſſiones, obliuiſcentes patrimonia & matrimonia ſua, ſed potius Auguſtin. ibi ſenſu vulgatiſſimo id verbum vſurpare videtur, quod bona illi & coniuges reliquerint, prorſus patrimonium hic ſignificat vniuerſa quæ in bonis habemus, vt procul dubio etiam nomina & actiones comprehendantur; licet aliquando verbo patrimonij ſtricti⁹ accepto hæc inter ſe diſtinguantur. Sed omiſſis verbis ipſam rem videamus.

Quadam enim.] Non hæc eſt ſubdiuiſio, ſed late æque patens diuiſio, & prioris diuiſionis explicatio. Quæ enim communia, publica, vniuerſitatis & nullius ſunt, ea extra patrimonium: quæ ſingulorum, ea in patrimonio ſunt. Difficilioris autem explicationis eſt, quę proprie ſint communia, quæ publica, & quomodo hæc, nimirum communia & publica ab inuicem diſtinguantur. Id in ſeqq. §. quib. ſingula membra proponuntur & explicantur exemplis extricare conabimur.

TEXTVS.

2. Et quidem naturali iure communia ſunt omniũ hæc, aer, aqua profluens & mare, & per hoc littora maris: Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis & monumentis, & ædificijs abſtineat: quia non ſunt iuris gentium: ſicut eſt mare: Flumina autem omnia & portus publica ſunt: ideoque ius piſcandi omnibus commune eſt in portu fluminibuſque. Eſt autem littus maris quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. Riparum quoque vſus publicus eſt iure gentium ſicut ipſius fluminis: itaque naues ad eas appel-

appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum eſt, ſicut per ipſum flumen nauigare. Sed proprietas earum illorum eſt, quorum prædiis hærent: qua de cauſa arbores quoque in eiſdem natæ, eorundem ſunt. Litorum quoque vſus publicus eſt & iuris gentium, ſicut & ipſius maris: & ob id cuilibet liberum eſt, caſam ibi ponere, in quam ſe recipiat, ſicut retia ſiccare & ex mari deducere, proprietas autem eorum poteſt intelligi nullius eſſe, ſed eiuſdem iuris, cuius & mare, & quæ ſubiacet mari, terra vel arena.

COMMENTARIVS.

1 *Communia & publica an differant.*
2 *Communia vnde dicantur & quæ ſint.*
3 *De publicis.*
4 *An piſcandi ius in priuatis fluminibus.*
5 *Riparum proprietas an priuata.*

1 VT præmonui, difficultas eſt, in definitione & diſtinctione † communium & publicorum, cum præſertim ita hic agat Iuſtinianus, vt ea modo ſeparare, modo confundere & pro iiſdem vſurpare videatur. Et Hottomannus plane hic, quoniam in *l. 2. de diuiſ. rer.* ex qua diuiſio iſta deſcripta eſt, tantum communium fit mentio, non etiam publicorum, putat, hoc loco, pro verbis, *quædam publica* legendum eſſe, *quæ eadem publica*, vel, *quorum quædam publica.* Verum ſi ex communibus fatetur quædam eſſe publica in ſpecie dicta, neceſſario diſtinctionem communium & publicorum admittere cogitur: communium videlicet, in ſpecie dictorum. Nam vltro perſpicuum eſt, verba iſta, *communia publica*, aliquando confuſim vſurpari; & quæ communia ſunt, eadem publica dici, vt de littoribus § 1. *h. t.* & *l. quod in 14. de acq. rer. dom. l. præſcriptio 45. de vſucap. l. quamuis 50. de acq. rer. dom.* vbi litora dicuntur publica eo quoq; reſpectu, quo in iis ædificatum fit ædificantis. Sed alio ſenſu non poſſe ea inuicem diſtingui, non protinus efficitur: & proinde ego potius ſenſerim cum Antonio Vacca, quod hæc duo verba, *quædam publica* exciderint ex *l. 2. D. de rer. diuiſ.* & in eum locum ſint reponenda, nam & apud Theophilum quoque eadem diuiſio eſt, & diſerte communia à publicis diſtinguuntur. Videamus quid Iuſtinianus dicat:

Naturali iure communia ſunt.] Scilicet non ſunt communia ex priuata conuentione aut diſpoſitione iuris ciuilis: ſed iure naturali, quoniam ipſa natura in hunc vſum iſta produxit: & recte Accurſius intelligit hic ius gentium & ſcil. primæuum. Licet enim etiam beſtiæ quibuſdam, quorum hic mentio, vtuntur, vt aere, aqua, tamen oportet ad vnum ſubiectum & cetera quæ hic tractantur referre: & in dubio ius naturale & omnino Ius ad homines pertinet: & hic ſimul de iure adquirendi iſta tractatur. Et poteſt hinc ſumi qualitas vna † rerum communium, vel ſecundum 2 quam aliquid dicatur commune, quatenus videlicet ad eum transfertur vſum, ad quem ipſa natura produxit. Publicum autem dicimus, quatenus vſus habet aliquid inuentionis humanæ: atque ita vnum idemque pro diuerſitate vſus, poteſt dici & commune & publicum. Altera hinc qualitas occurrit & differentia: Communia ea eſſe, quæ vtendo quodammodo noſtra faciamus, veluti aerem attrahendo, aquam hauriendo: Ita enim iſtud de aere, & ipſo ſcil. elemento, accipiendum videtur. Nimis enim remotum eſt, quod Hottom. intelligit ius aucupandi, & ædes ſuas in aerem extollendi, quod præſertim de vtroque hoc infra propriis locis agitur: Atque hæc ita comparata ſunt, vt nulli mortalium negari poſſint: nec aer in quo res nimis aperta eſt: nec aqua, citra ſummam iniuriam; vnde apud Ouid.

Quid prohibetis aquas, vſus communis aquarum eſt.

Et fatendum eſt, hic eſſe gradus, nec eodem modo & gradu omnia eſſe & dici communia, adeoque *commune* non eſſe genus vniuocum,

ſed æquiuocum, quæ Logici vocant πρὸς ἕν, & quæ non ex æquo inſunt & ſe communicant ſuis ſpeciebus. Et ita accipiendum eſt, quod ait ICtus in *l. iniuriarum 13. §. vlt. de iniur.* mare & litora eſſe communia omnium, ſicut & aerem: vt ſcilicet intelligamus comparari ratione generis communis, ſed æquiuoci: ceteroquin comparatio illa perſpicue falſa eſſet. Oportet plane, licet genus æquiuocum ſit, tamen quia genus eſt, ſpecies omnes aliquid inter ſe habere commune. Et videl. iſtud, quod natura ipſa hæc ad vſum omnibus hominibus produxerit: tum quod latiſſime earum vſus patet, & quidem quod præcipuum eſt, vt occupari poſſint, & occupando noſtra fieri, licet non omni modo eodem adquiſitioni genere & effectu: Aliter aerem, aliter aquam quam haurimus noſtram facimus: aliter litus aut mare, nam & iſta duo inter communia referuntur, *§. 1. h. t.* Et in litore permiſſam occupationem, docent textus *l. præſcriptio 45. de vſucap. l. quod in 14. de adq. rer. dom. l. quamuis 50. eod. tit.* eoque ſenſu dicitur in *l. 4. Ne quid in loco pub.* ædificare in littore licere iure gentium & in *l. 1. §. quod ſi 18. de noui op. nunt.* non poſſe ei nuntiari nouum opus qui in litore ædificet, & quod ædificatur eum ſuum facere, *l. in tantum 6. de rer. diuiſ.* & porro adeo ſolum illud cõmune erit in quo inædificatum eſt: ceteroquin ædificium ipſius eſſe non poſſet, ſed cederet ſolo, Idem eſſe in mari, vt pilas in illud iacere, inędificare liceat, & hoc modo dominus fiat, probat *d. l. 1. §. 18. l. pen. de rer. diui. l. 3. Ne quid in loc. pub. text. in l. 2. §. aduerſus 8. eod.* vbi dicitur tuendum eſſe eum qui in litore ædificat vel molem in mare iacit. *add. l. ergo 30. §. vlt. de adq. rer. dom.* Facit ſcil. quiſque hoc ſuum, non omnimodo, ſicut alia quæ priuati iuris ſunt, ſed interim dum occupat, dum ædificatũ tenet: ceteroquin ſi quod in littore ædificauit, dirutum eſt, iam locus in priſtinam libertatẽ redit, & rurſus cedit occupanti *d. l. præſcriptio 45. de vſucap. d. l. quod in 14. de adq. rer. dom. d. l. in tantum 6. in pr. de rer. diuiſ.* Alia limitatio eſt ex rationibus politicis, vt ita quiſque ædificare in litore & mari & ſuum facere poſſit, dum ne impediatur vſus publicus, vt expreſſum eſt in *d. l. 3. & 4. Ne quid in loco publ.* imo dum ne priuato etiam incommodi quid inferatur *l. 2. §. aduerſus 8. eod. tit.* ſimplex enim ius & ratio occupandi, quæ magis ad cõmodum priuatum reſpicit, hic cedat, neceſſe eſt: & imo non tam ratio politica hoc facit, quã ipſa iuris gentiũ ratio: quoniã ita debet priuatis relinqui ius occupandi, vt ne impediatur vſus, ad quẽ natura aut ius gentiũ principaliter mare & litora produxit: & huc referẽdum eſt, quod traditur in *l. quamuis 50. de adq. rer. dom.* quamuis ita ædificatum noſtrũ fiat, tamen decreto prætoris (fortaſſe principis) opus eſſe, vt id facere liceat: ceteroquin, vt ibid. dicitur, etiam manu prohibendus erit, ſi cum incommodo ceterorũ id faciat. Hæc de communibus: Inde intelligimus, publica in ſpecie † dicta eſſe, ex quibus 5
occupando aliquid noſtrum non facimus, ſed ſaltem vſum eorum iuxta cum omnib. habeamus cõmunẽ. Vbi obſtat, quod de fluminib. quoq; publicis dicitur in *l. fluminum 24 de dam. inf.* licere in iis ædificare & deſtruere. Nec ego id aliter explicari poſſe puto, quã vt intelligamus, non eum dominum fieri, ſed vt ad vſum ſaltẽ nauigandi aut piſcandi tale quid facere poſſit: itaq; comparatio fluminum cum litoribus & mari, nõ omnimodo ſed ſecundũ quid erit accipienda. Hoc loco flumina portus, ripæ & littora inter publica referuntur. Littorum nimirum vſus publicus eſſe dicitur, & maris quoq; in *§. Littorum 5. h. t.* aliud autem eſt, dicere vſum rei eſſe publicũ: aliud rem ipſam publicã. Littus enim commune eſt, quatenus ex eo aliquid occupare licet & ſibi propriũ facere: ſed publicum eſt dum eo vtimur, iuxta *d. §. 5.* Male autẽ Hottom. flumen & aquã pfluentem fere pro iiſdẽ accipit: nam illa dicitur eo reſpectu, cõmunis, quod eam hauriendo propriã noſtrã facimus, &, quod Hotto. quoq; poſt notat vocatur profluens, vt diſtinguatur ab aquis puteorum & fontiũ priuatorũ. Sed flumẽ, publicum eſt, dum eo vtimur nauigãdo aut piſcando, quoniam piſces in fluminib. ſunt nullius, & hactenus etiam, vt eſt in *§. riparum. 4. h. t.* fluminis ripæ vſu dicantur publicæ, hactenus vt nauigantibus & piſcantibus aliqua liceat vti.

Quo

Digitized by Google

Quo intuitu flumen à mari, & litora à ripis parum diſtant, niſi quod quo latius patet mare eo etiam liberior & frequentior eſt litorum vſus: ſed hactenus differũt, quod riparũ proprietas eſt vicinorum: litorum proprietas nullius eſt: ex quo fit, vt ex littoribus aliquid occupare fas ſit: videtur ex his colligi, non rectè à quibuſdã publica & cõmunia ita diſtingui: quod illa ſint quorũ vſus omnib. omnino hominib. pateat: hæc, quib. tantum poſſint vti qui ſunt ſubditi imperio Romano. Neq; iſtos iuuat quod in *l. bona 15. cũ l. ſeq. de V.S.* ea tantum publica dicuntur eſſe, quæ ſunt populi Romani. Etenim alio ſenſu ſumitur ibi publicum, quã hoc loco: vel hoc argumento: quod populi Romani eſſe dicuntur, non quæ ſunt omnium ſubditorum, ſed quę pertinent ad populum, dominũ Reip. qui ſub libera Rep. erat Romæ, & ſi quib. communio Reipu. ſecundum quid data erat. Tum porro non eo ſenſu quomodo h. t. aliquid populi Romani & ita publicũ dicitur: ſed aliter. & quidẽ dupliciter 1. q eſt quaſi in patrimonio populi Romani, ex quo annui reditus in ærariũ recondebãtur: cuiuſmodi erant vectigalia, & tũ in Italia tũ in prouinciis, agri publici &c. 2. quod non patrimonio ſed iuriſdictione & imperio erat pop. Romani, cuiuſmodi ſunt v. c. littora: quę diſtinctio probatur in *l. quod in 14. de adq. rer. dom.* vbi ait ICtus, littora non ita dici publica, ſicut ea quæ ſunt in patrimonio pop. Rom. Ergo littora ſunt publica pop. Romani, nimirum vt explicatur in *l. 3. Ne quid in loco publ.* littora, inquit ICtus, in quæ pop. Rom. imperium habet, pop. Romani eſſe arbitror: vt ſcil. iuriſdictionẽ & imperium in iis exerceat, & ne quid contra vtilitatem publicã fiat, prouideat. Quod euidentiſſime oſtendit, alio ſenſu pop. Romani quid eſſe dici, alio ſenſu publicũ hoc loco appellari. Et in *d. l. 15. & 16.* populus Romanus opponitur aliis ciuibus, & vrbs Roma municipiis & ciuitatibus, quæ vt ibi ICtus ait, cum conferuntur cum pop. Rom. ſunt loco priuatorum: vt intelligamus, quæ de reb. publicis diſpoſita ſunt, ad ea quæ ſunt ciuitatum, non pertinere, in certis videl. terminis, vt quidem fere textus ſub *tit. de V.S.* applicandi ſunt: nam generalius loquendo, & quæ ciuitatum ſunt, maxime ſi conferuntur cum iis quæ ſunt ſingulorum, rectè publica dicuntur, ſicut & ipſæ ciuitates frequentiſſime Reſpublicæ appellantur. Hæc fere pertinent ad explicandam homonymiam verbi *publicum*.

Nemo ad litus maris.] Intelligit quẽq; ita poſſe accedere, vt etiam in littore ædificare poſſit: quis enim dubitet de acceſſu? Iſtud autem nimirum licet in littore vacuo: non qua occupatũ eſt ab aliis & adhuc tenetur: quod ſignificat Iuſt. poſt ICtum in *l. nemo 4. de rer. diuiſ.* dum ait abſtinendum à villis monumentis & ædificiis, &c. Hęc enim ſunt priuati iuris aut diuini, ſiquidem per monumenta ſepulchra videtur intelligere. Et forte non tantum intelligit ea quæ præciſe in litore ſunt, ſed paulo latius, ea quoq; quæ prope litus: nam vix eſt vt villæ in ipſo littore deprehendantur.

Non ſunt iuris gentium.] Vel hinc apparet rectè ab Accurſ. quod in *pr. §. 1.* dicitur, *iure naturali communia eſſe &c.* de iure gentium explicatum eſſe.

Flumina omnia & portus.] Portus vel maxime in mari dicuntur. Et cur igitur cum mare & litus dicantur communia, portus inter publica referuntur? Non dicam quod Iuſt. aliquando confuſim vſurpet publica & communia: non etiam quod ante dixi, vnum idemque diuerſo reſpectu poſſe eſſe cõmune & publicum: ſed dicam, ſpecialem rationem eſſe portuum, ex qua hactenus dicta non inepte confirmantur: ſiquidem ea eſt natura portuum, vt citra incommodum publicum in iis ædificari quod & occupanti cedere non poſſit: vnde quia in his ceſſat effectus, ex quo maxime communia ęſtimantur, fit, vt portus non inter communia ſed publica referantur: quoniam eorum vſus tantum eſt nauigantibus & piſcantibus, vt ibi conſiſtant & appellant. Et hoc confirmo ex eo quid mox hic ſequitur.

Ideo ius piſcandi omnibus commune.] Hic Iuſtin. laxius vtitur verbo *commune*, quoniam hic non deſcribit quæ ſunt communia vel non: & quæ publica ſunt, eorum vſus non male dicitur cõmunis. Et iã diximus hactenus flumina dici

Digitized by Google

publica, quatenus in iis nauigamus & piſcamur: quo reſpectu etiam littora, etiam mare vocari publica poſſunt, quod vt mox notabimus ad §. *litorum* 5. Nauigandi ius ſuam cauſam habet propriam: habet & ius piſcandi, nimirum quia feræ beſtiæ fluminibus & mari innatantes, in communem hominum vſum creatæ, & nullius ſunt. Itaque quæcunque extra hunc numerum ſunt, id eſt ſi qua non ſunt piſces, quæ ex mari extrahuntur, ea ad piſcationem non pertinent, nec fiunt capientis. Et proinde perſpicue errat Hottom. hic; ſi quæ priuatorum cum eſſent in mare demerſa ab vrinatoribus extracta ſint, ea tamquam venationis prædam effici ipſorum, ſcribens: cum vtiq; iſta non ſint obiectum piſcationis & venationis, & non n ſi inepte excluditur hic caſus à generali textu in *l. quæcunq.* 58. *de adq. rer. dom.* qui perſpicue contradicit Hottomanno. Quod ad gemmas attinet quæ in mari natæ, ibi aut in litore capiuntur, illæ non proprie ſub piſcationem referuntur, ſed ſunt obiectum inuentionis, de qua paulo inferius agemus. Ait Iuſtinianus ius piſcandi publicum
4 eſſe in † fluminibus publicis. At quid de fluminibus priuatis, aut ſtagnis, ſunt enim & priuata *l. 1. §. Hoc interd. 4. de fluminib.* Et nimirum hactenus differunt flumina priuata à publicis, quod in his quiuis ius piſcandi habet, & ſi prohibeatur, iniuriarum actione experiri poteſt per *l. 1. §. ſi quis 9. ne quid in loco publ. l. iniuriarum 13. §. vlt. de iniur.* hactenus enim eadem ratio eſt fluminis publici & maris: in illis autem quo minus quis piſcetur, à domino prohiberi poteſt *d. l. 13. in extremo*: ceteroquin ſi quis piſcatus ſit etiam in huiuſmodi priuatis fluminibus, piſces eius fieri, inde euincitur, quod piſces qui ibi ſunt, nec in dominio ſunt, nec in poſſeſſione eius cuius eſt flumen, ſed ſunt in libertate ſua naturali, non minus quam feræ in ſiluis circumſeptis *l. 3. §. Item feras 14. de adq. poſſ.* & conſequenter fient occupantis, de quo etiam dicemus *infr. h. t. §. feræ 12.*

Eſt autem litus.] Diximus, cuiuis ius eſſe, in litore ædificare, & ita quod ædificatum eſt, fieri ædificantis: itaque merito adijcitur definitio litoris, vt ſciamus quouſque hoc ius ædificandi & occupandi pateat, Idem in *l. litus 96. & 112. de V. S. Cicer. in Topicis.* ait Aquilium litus definiiſſe, qua fluctus eluderet: ex quo intelligitur verum non eſſe, quod M. Tullius hoc primus conſtituerit, vt refertur in *d. l. 96.* Addit Iuſtin. *hibernus* quoniam, vt Hottom. hic notat, hyeme fluctus exæſtuat magis, vt ita litus deſcribatur, qua latiſſime fluctus excurrunt.

Riparum quoque vſus.] Ripa eſt quæ continet flumen dum curſum ſuum tenet *l. 1. §. ripa 5. de flum.* vt excludatur caſus quo flumen aliquanda imbribus aut niuibus auctum exundat: & quidem quæ continet flumen pleniſſimum *l. 3. §. 1. d. t.* quod ideo additum eſt, quia flumina ſæpe æſtiuis caloribus minuta in egrum alueum non occupant. Tractatur hic de riparum vſu & proprietate. Vſus earum publicus eſſe dicitur: ſcil. pro conditione fluminis, & quatenus vſus publicus fluminis vſum quoq; publicum riparum exigit, citra quem flumine recte vti non liceret. Flumine vti licet, ad hauriendum, nauigandum & piſcandum. Et itaq; licebit cuiuis accedere ad ripas, nauigantibus ad eas appellere, naues religare, onus exponere, h. §. &, quod addendum eſt, retia quoq; ſiccare, quod ex §. *ſeq.* vbi de litoribus, ſæpe autem diximus, quo ad ius piſcandi, idem eſſe ius fluminum publicorum & maris. Quo ad proprietatem vero prorſus differt ripa † à litore: 5
huius enim proprietas nullius eſt, § *ſeq.* & in eo ædificandi cuiuis ius eſt: ripæ autem proprietas eſt eorum, qui prædia poſſident vicina *h. §.* Contra quam ſententiam ita diſputat hic Hottomannus. Quidquid eſt pars publici, id ipſum publicum eſt, quia pars ſequitur conditionem totius. Atqui ripa eſt pars fluminis, quod eſt publicum. Ergo & ipſa publica eſt. Confirmat exemplo litoris, cuius non alia ratione proprietas nullius ſit, quam quod ipſum mare tale eſt. Deinde, cuius iuris eſt alueus fluminis, eiuſdem iuris eſt ripa. Atqui alueus eſt publicus etiam proprietate, & vtique nullius *arg. §. quod ſi 23. infr. h. t.* Ergo & ripa. Ratio maioris eſt, quod ripa eſt extrema pars aluei.

Tertio

Digitized by Google

Tertio adducit textum in *l. 3. de flumin.* vbi Paulus ait, flumina publica & ripas eorum publicas eſſe. Itaque ipſe cenſet Paulum diſſenſiſſe ab his quos ſecutus eſt Iuſtin. qui riparum proprietatem priuatorum eſſe dixerunt, quod cenſuit *Gaius in l. riparum 5. de rer. diuiſ. Item Celſus* quem refert & probat Pompon. in *l. ergo 30. §. 1. de adq. rer. dom.* item *Neratius in l. qui autem 15. eod.* vbi ſcribit, eum qui ædificat in ripa ſuum non facere: quoniam ædificium cedit ſolo, quod priuatum eſt. Verum tota hæc diſputatio Hottomanni vana & falſa eſt. Nam 1. quod nec ipſe diſſimulat, Ripa poteſt accipi vel ſtrictius & ſubtilius, pro ſola extremitate alvei & terræ, quæ fluuium continet: vel laxius, vt aliquid de terra quæ proxime flumen eſt comprehendat: vt maxime demus illa conſideratione ripæ proprietatem non eſſe priuatorum: at vtique erit hac conſideratione. Deinde nego in hac tractatione Ripam priori illo modo tantum definiri & cõſiderari poſſe. Etenim quod dicitur Ripa, ratione vſus qui publicus eſt, idem dicendum eſt Ripa ratione proprietatis. At ratione vſus non poteſt Ripa intelligi extremitas illa nuda aluei & terræ. Ergo, &c. Aſſumptionẽ probo, quia extremitatis illius nullus poteſt eſſe vſus ad religandas naues ex arboribus, ad exponenda onera, ad ſiccanda retia, imo ne ad conſiſtendum quidem & hauriendum aquam: Itaque neceſſario ſequitur recte dici, quod proprietas ripæ ſit priuata. Sed eſt & alia hic conſideratio, quæ illam diſputationem Hottomanni confutat. Mare locum ſuum perpetuo tenet nec mutat: Flumina aliquando mutant, veteres alueos relinquunt & ſibi nouos faciunt: frequenter ſeſe dilatant & ampliorem locum occupant: non raro etiam ſe contrahunt, & anguſtiori alueo labuntur & decurrunt. Et ita receptiſſimũ ius eſſe conſtat, vt aliquando partẽ vicinis prædiis detrahant, partem aliquãdo adiiciant. Hinc ego omnino ſtatuendũ exiſtimo, ipſum alueum cenſeri quandam partem vicinorum prædiorum, ſed qui interim publicus dicitur §. *Quod ſi 23. infr. h. t.* quatenus à flumine obtegitur, & vſum adeo ſui impedit. Ceteroquin ſi alueus omnimodo & abſolute eſſet publicus, fieri non poſſet, vt deſertus à flumine cederet vicinis prædiis: itemque fieri non poſſet, vt inſula nata in flumine eſſet eorum qui prope ripam prædia poſſident: de quibus infr. dicemus in *§. inſula 22. & ſeq. h. t.* Itidem ſi quod Hottom. vult, ripa proprietate nullius eſſet, fieri non poſſet, vt quod per alluuionem adiicitur, aut quod flumen recedendo ſiccum relinquit, adquireretur vicinis prædiis, de quo in *§. præterea 20. inſr. h. t.* Et huc pertinet quod in *l. ergo 30. § pen. de adq. rer. dom.* flumina dicuntur fungi vice cenſitorum, & ex priuato in publicum, & vice verſa, addicere. Et hinc (plura autem infr. iam notatis locis dicentur,) prorſus corruunt argumenta Hottomanni: & quod in *l. 3. de flumin. dicitur*, ripas publicas eſſe, vitioſe accipitur de proprietate: Nec quidquam etiam mouet, quod agri quem nouum alueum faciendo flumen occupauit, proprietas ſummo iure amittitur, & diſcedente rurſus flumine vicinis acquiritur *d. §. 23. inf. h. t.* hoc etenim ideo fit, quoniam flumen fere alueum quem occupat quam longiſſimo tempore tenere ſolet, eoq; proprietas quam alius ante in eo adhuc agro habebat, amiſſa cenſetur: & tamen æquitatis ratio facit, vt ſi alueus iterum relinquatur, priſtino domino reſtituatur, de quo in *d. §. 20.* Igitur ripæ vſu ſunt publicæ, vſu ſcil. vt diximus limitato pro neceſſitate nauigandi & piſcandi: eoque proprietas minime eſt inutilis.

Litorum quoque vſus publicus eſt.] Prædicta oſtendunt, rectiſſime litora & ripas quo ad vſum publicum comparari, & ratione proprietatis inuicem diſtingui. qua de cauſa recte iſtud hic ſubiectum eſt; vtcunque ſuperuacuum eſſe Hottomannus ſcribat, quia ſupra de litoribus dictum ſit: ſed & alia ratione rectiſſime hoc dicitur: quoniam vt ſupra oſtendimus, vnum idemque diuerſo reſpectu commune dicitur & publicum. Et ſupra *§. 1.* agitur de litoribus qua ſunt communia, vt quis ædificando partem occupare in dominium ſuum poſſit: hic autem qua publica, & tantum nudus eorum eſt vſus pro piſcantibus vel naui-

Digitized by Google

gantibus, ita vt qui vti litoribus & mari prohibet, teneatur iniuriarum *l.2. §. ſi quis 9. Ne quid in loco publ. l iniuriarum 13. §. vlt. de iniur.* Itaque ſane indocte & impudenter Hottom. ſummam ait eſſe inſipientiam exiſtimare aliam eſſe quæſtionem de litore, aliam de litoris vſu. Equidem & qui ædificat in litore, eo quodammodo vtitur, ſed longe alio effectu, quam qui piſcatur aut nauigat in mari: & proinde recte hæc inuicem ſeparata fuerunt.

TEXTVS.

3. Vniuerſitatis ſunt, non ſingulorum, quæ in ciuitatibus ſunt, theatra, ſtadia & his ſimilia, & ſi qua alia ſunt communia ciuitatum.

COMMENTARIVS.

OMnes res vel ſunt in patrimonio, vel extra patrimonium: & hæ rurſus extra patrimonium noſtrum eſſentia ſua exſiſtentes, vel aliquem ſui vſum nobis præſtant, veluti quæ dicuntur, communes, publicæ & vniuerſitatis: vel nullum reuera præſtant: & hæ vel natura ſua ſemper tales ſunt & manent (regulariter videl. caſus enim ſingulares excipio, de quibus in ſeqq.) cuiuſmodi ſunt res diuini iuris: vel vt in noſtrum patrimonium redigantur, aptæ natæ ſunt, veluti feræ beſtiæ & alia multa de quibus infra. Ita nimirum hoc loco res vniuerſitatis diſtinguűtur à publicis, quod illæ ſunt communes pluribus qui ſunt in vno corpore vel collegio: verbum enim vniuerſitatis latius patet quam ciuitatis: & exempli loco iſtud de ciuitatibus hic proponitur: Et ait Iuſt. eſſe iſta *communia* ciuitatum, verbo ſcilicet latius ſumpto, vt ante monuimus: nam & itidē res vniuerſitatum dicuntur publicæ in *l. inter 17. de verb. ſign.* ſicut & in *l.1. inf. de inutil. ſtip. §. vlt. inf. de empt. & vend.* forum, baſilica, & alia vſibus ciuium deſtinata, publica appellantur, cum tamen in *l.15. & 16. eod. tit.* bona tantum pop. Romani publica eſſe dicātur. Sed vtraq; acceptio ab hac tractatione aliena eſt; & prorſus pro ſubiecta materia verba aliter atque aliter accipiuntur. Nam & Res vniuerſitatis longe aliter quā hic & latiſſime accipiuntur in *l.1. in f. pr. de rer. diui.* pro omnib. his quæ non ſunt priuatæ, adeoq; ſub iis & communia & publica continebuntur: niſi quis dixerit ICti mentem ibi non fuiſſe, vt de omnibus omnino rebus communibus quoq; & publicis tractaret. Ait hic Iuſt. theatra, ſtadia *& his ſimilia, & ſi qua alia &c.* vt colligere liceat eum duo genera facere rerum vniuerſitatis: alia quib. ſinguli ciues vtantur: alia quibus non vtuntur ſinguli ciues, ſed quæ in vſus neceſſarios & in fiſcum reip. colliguntur: veluti reditus publici. Et illa rurſus poſſunt diſtingui, quod quædam reſpiciunt voluptatem vt theatra, alia vtilitatem, & rurſus vel vitam corporis, vt balnea, vel commodum pecuniarium, veluti paſcua publica, in quæ ſingulis ciuibus pecudes immittere fas eſt. Et in illis rebus quarum vſus ſingulorum ciulum eſt, ſinguli id iuris habent, quod in publicis vniuerſi homines, ideoq; & hic contra prohibentes vti eſt actio iniuriarum *l.13. in f. de iniur.* Et ſuo ſenſu etiam reſpectiue poſſent quædam ex his dici communes: v. c. theatra, in quibus quem quiſque locum occupauit, quaſi ſuum dum occupat, facit, vt *Cicer. ait 3. de finibus.*

TEXTVS.

4. Nullius autem ſunt, Res ſacræ, & Religioſæ & ſanctæ: quod enim diuini iuris eſt, id nullius in bonis eſt.

COMMENTARIVS.

VErbum *Nullius* in hoc tractatu ambigue vſurpatur. In *§. feræ 12. h. t.* quod nullius eſt, occupanti concedi dicitur: Alio ſenſu hic res diuini iuris, nullius in bonis eſſe dicuntur. Accurſius ait, illas res, feras ſcil. beſtias & res pro derelicto habitas, & alias id genus, non eſſe omnimodo nullius, ſed aptitudine eſſe in bonis. Quod non male dicitur comparatiue: nam res diuini iuris talem aptitudinem non habent:

habent: imo vix omnino habent: ſpecialiter enim conſtitutum eſt, vt pro redimendis captiuis alienare eas liceat: Caſus autem hic abominandus eſt, ſi in hoſtium deueniat poteſtatem. Latius vtitur hoc verbo ICtus in *l. 1. de rer. diui.* dum ait, res hereditarias in nullius eſſe bonis, quæ tamen minime cedunt occupanti, & imo interim finguntur eſſe in dominio, dum hereditas repræſentat vicem defuncti ſeu heredes, de quo infra, ſed & ibid. Caius publica nullius in bonis eſſe dicit, quæ tamen hic opponuntur rebus quæ ſunt nullius: eadem ambiguitate vocis: nam hic nullius eſſe dicuntur, quarum nec vſus ad aliquem priuatum pertinet. Plane apparet ex *fin. pr. h.t.* & ex membris diuiſionis ſecundæ, Iuſt. ſub poſtremo membro, & *ſub rebus ſingulorum* etiam intelligere res quæ in *d. §. 12. h. t.* appellantur nullius, & proinde in *f. d. pr.* intelligi res ſingulorum & actu & potentia.

TEXTVS.

5. Sacræ res ſunt, quæ rite per Pontifices Deo conſecratæ ſunt: veluti ædes ſacræ & donaria, quæ rite ad miniſteriũ Dei dedicata ſunt: quæ etiam per noſtram conſtitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta cauſa redemptionis captiuorum. Si quis autẽ auctoritate ſua quaſi ſacrum ſibi conſtituerit, ſacrum non eſt, ſed profanũ. Locus autem in quo ædes ſacræ ſunt ædificatæ, etiam diruto ædificio ſacer adhuc manet, vt & Papinian. ſcripſit.

COMMENTARIVS.

1 *Abuſio verborum.*
2 *Sacra res quæ.*
3 *Imp. olim Pontifices Maxim.*
4 *Donarium quod.*

DE diſtinctione & appellatione harum trium ſpecierum, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, ante omnia præmonendum eſt, ſpeciali plane ſignificatu verba † hic vſurpari: ita vt iſta vſurpatio nec proprietati verborum, nec vſui aliorum autorum videatur conuenire. 1
Nam & ſepulcra & monumenta inter res ſacras recte referri, indicat vetus & ſolemnis inſcriptio *Diis Manibus ſacrum.* Sed & quæ ſancta dicuntur, eadẽ ſacra appellari nihil prohibet. Legati alibi dicuntur ſancti, de quo mox: At Tacit. 1. annal. *Sacra legationis & fas gentium rupiſtis*: quãuis ſane ſacrum proprie dicitur, quod Deo & diuino cultui dicatũ eſt. At enim ſacra quæ ſunt, eadẽ recte ſancta dici, vix ẽt dubitari poteſt; & *Macrob. 3. Saturn. 1.* vbi de proprietate horum verborum tractat, refert ex Trebatio, ſanctũ interdum idẽ eſſe quod ſacrum, interdum aliud. Secundum quæ verbum ſancti hoc tit. in ſpecie vſurpari fatendum eſt. Sacri aũt appellatio rectius ſe habet: nam d. loco Macrob. ex eodẽ Trebatio ſcribit, ſacrum eſſe, quidquid Deorũ habetur: adeo tamen paulo latius nomen erit, nec protinus illud tantum ſacrum erit, quod conſecratum nominatim eſt Deo: & Macrob. ibi de vſu ICtorũ loqui videtur. Religioſi autẽ acceptio pro locis in quib. cõditum eſt humanum corpus, nimis ſtricta videtur, & quæ fere aliorum autorum careat exemplis, & Seruius Sulpitius teſte eodẽ Macrob. religionem eſſe dictã tradidit, quæ propter ſanctitatẽ aliquam remota ac ſepoſita, à nobis ſit, quaſi à relinquẽdo dictã, nec qui q̃ ignorat vim verbi religionis, adeo religioſum dici quidquid ad cultum Deo pertinet. *Cic. 2. de nat. Deor.* Qui omnia quæ ad cultum Deorum pertinerent, diligenter pertractarent, ſunt dicti religioſi. Idem *lib. 1. de nat. Deor.* Hi tollunt religionem, quæ pio Deorum cultu continetur; & ita paſſim apud Virgilium & alios autores. Hæc de ſignificatione verborum præmittere viſum fuit; Iam de ſingulis ſpeciebus rerum diuini iuris cum Iuſtiniano videamus, & primum de Sacris, iuxta præſcriptum textum.
Sacras † res ait Iuſtin. quæ rite per Pon- 2
tifices Deo conſecratæ ſunt. Quibus verbis innuit duo requiri, formam conſecrandi rem aliquam, vt fiat RITE: & perſonam habilem ad conſecrandum. Et videtur

iſta

iſta deſcriptio ſumpta ex iure veteri & ex libris Ethnicorum *arg. l. 6. §. 2. l. 9. in pr. de rer. diuiſ.* & eo iure omnino penes collegium pontificum id iuris videtur fuiſſe: ritusque hac in re obſeruari ſolitos refert *Alex. ab Alex. gen. dier. lib. 6. cap.* 14. qui & latius *lib. 2. cap.* 8. tractat de officio Pontificum, & latiſſime & rectiſſime *Iac. Guiterius de iure ſacro.* At enim dicitur in *d. l. ſacra. 9. §. 1. de rer. diu.* locum ſacrum fieri cum princeps eum dedicauit. Equidem ibi agitur de loco publico qui eſt in poteſtate principis, & ſignificatur non poſſe eum ſacrum fieri niſi autoritate principis, ſicut nec quæuis res priuata fit ſacra, niſi dominus eam in ſacrum deſtinet. Itaque dici poſſit, quod dedicare in *d. l. 9.* tantum ſignificet, deſtinare vſibus ſacris, non autem quod ipſe princeps peragat officium & actum illũ, quo res efficitur ſacra & commercio eximitur. Sed & alia reſponſio parata eſt, quod principes olim, imo etiam initio Reges inter alios titulos, Pontificis quoque Maximi dignitatem adſumebant. Teſtatur id *Dio libr.* 53. vbi imo ait, Imperatores, *ἐν πάσαις ταῖς ἱερωσύναις ἱερῶσθαι*, & ſi forte duo imperent, ſemper vnum ex illis eſſe *ἀρχιερέα*, id eſt Pontificem maximum ſeu principem ſacerdotum. Id ideo factum ait, vt omnes religiones & ſacrificia in ſua haberent manu. Iul. Capitol. in *Max. & Balbino.* Decretis, inquit,
3 omnibus Imperatoriis honoribus † percepta tribunitia poteſtate, iure proconſulari & Pontificatu maximo. Clarius Zoſimus, *lib. 4. hiſtor.* Numam Pompilium fuiſſe Pontificem Max. & ceteros Reges, itemque Octauianum, & qui poſt eum Imperium tenuerint *ἅμα γὰρ τῷ παραλαβεῖν ἕκαστον τὴν τῶν ὅλων ἀρχὴν, ἡ ἱερατικὴ στολὴ παρὰ τῶν ποντιφίκων αὐτῷ προσεφέρετο, καὶ παραχρῆμα Ποντίφεξ Μάξιμος ἀνεγράφετο, ὅπερ ἐστὶν ἀρχιερεὺς μέγιστος*, id eſt, vbi quiſque imperium ſuſcipiebat, ſtola ſacra ipſi à Pontificibus offerebatur, & ſtatim Pontifex Maximus adſcribebatur. Et quod mireris ibidem ſcribit, Conſtantinum & ceteros Chriſtianos Impp. non recuſaſſe eandem dignitatem, vſque ad Gratianum, qui abnuerit, ratus non eſſe fas, Chriſtianum ea dignitate & veſte vti. Et igitur cum Principes olim Pontifices Maximi eſſent, potuerunt etiam dedicando & conſecrando res ſacras efficere. Sed rurſus occurrit, quod Liu. ſcribit in extremo lib. 9. antiquitus conſulum & Impp. (id eſt belli ducum) fuiſſe, templa dedicare: cuius etiam rei exempla paſſim extant, & apud *Liu. 2. de Horatio Puluillo*, & de Catone *apud Victor. in deſcriptione regionum vrb. Romæ in VIII. regione.* An forte poſt id ius ſibi proprium fecerunt Pontifices: an potius Conſul aut Imp. rem totam ſua autoritate ſolus non peragebat, ſed autoritate potius Pontificis, quem ſolemnia verba præiuiſſe citato loco refert Liuius. Hinc conſequitur, quod eſt in *verſ. ſi quis h. §.* autoritate priuata ſacrum fieri & conſtitui non poſſe. Neque obſtat, quod apud veteres Rom. priuata familiarum ſacra fuiſſe conſtat, quorum & mentio in *l. ſacrileg. 9. §. 1. ad l. Iul. pecul.* nam & ipſa publica autoritate haud dubie conſtituta fuerunt. Et tamen his ſacris peragendis nec templa aut aras proprias deſtinatas fuiſſe verum eſt. Adſcribam hic locum ex *Feſto in verbo ſacer.* Gallus Ælius ait, ſacrum eſſe quocunque modo atque inſtituto ciuitatis conſecratum ſit, ſiue ædis, ſiue ara, ſiue ſignum, ſiue locus, ſiue pecunia, ſiue quid aliud, quod Diis dedicatum atque conſecratum ſit. Quod autem priuati ſuæ religionis cauſa aliquid earum rerum Deo dedicent, id Pontifices Romanos non exiſtimare ſacrum. At ſi qua ſacra priuata ſuſcepta ſunt, quæ ex inſtituto Pontificum ſtato die aut certo loco facienda ſint, ea ſacra appellari. Qui locus oſtendit, etiam ſacra illa priuata familiarum autoritate publica valuiſſe: Apparet & hoc, potuiſſe quem ſibi priuatim citra quoque Pontificum autoritatem aliquid ſacrum conſtituere, quod ipſe pro ſacro haberet: ſed iſtud pro ſacro publice non haberi, & conſequenter ſucceſſores non adſtringi, vt id pro ſacro habeant. Oſtendit id quoque, quod Cicero cum filiam mortuam conſecrare vellet, ipſique erigere fanum, metuere ſe dicit mutationes dominorum, (à quibus ſcilicet id rurſus deſtrueretur,) cum publica & Pontificum autoritate conſecratio

Digitized by Google

cratio facta non eſſet; apparet ex *lib.12. Epiſt.ad Attic. epiſtol.19.34. & 35.* oſtendit idem ille locus Feſti, non tantum res immobiles, ſed etiam mobiles conſecrari & ſacras fieri poſſe; eoque pertinet quod hoc §. dicitur de
4 † donarijs dedicatis ad miniſterium diuinum. Licet enim alias donarium ſignificet locum, in quo dona reponuntur, quæ offeruntur in templis, vt eſt apud *Cornelium Frontonem Grammat. & Iſidorum lib.15. cap.5. & Seruiũ ad lib.3. Georg.* illo verſu, qui eſt 34. ante fin. Imparib. ductos alta ad donaria currus; quomodo & vſurpat *Gell. 2. noct.*10. tamen exiſtimo, hic verbo iſto potius res mobiles ſignificari Deo conſecratas; idque arguit, tum quod ait, dedicatas ad miniſterium Dei, qualia ſunt, veſtes ſacræ, & alia quibus miniſterium diuinum peragitur; tum quod conſtitutio Iuſtiniani, qua ait ſe prohibuiſſe harum rerum alienationem & obligationem, ad res mobiles pertinet, & ipſa conſtitutio quæ eſt in *l. Sancimus la.* 21. *al.* 17. diſertiſſime explicat hanc Legem, & oſtendit, donaria hic eſſe res mobiles. Ait enim non licere arcana vaſa, veſtes, ceteraque donaria, &c. vt non poſſim non mirari Contium; qui in notis ad hunc tit. irridet quaſi eos, qui per donaria hic intelligunt, ipſas res mobiles donatas ad Dei miniſterium & diuinum cultum, & opinionis errore cenſet hic ſignificari loca, in quo dona oblata reponuntur; id quod *d. l. Sancimus*, ad quam hic ſe refert Iuſtin. ab eius ſententia plane alienum eſſe oſtendit, & vt ipſæ ædes ſacræ pro redemtione captiuorum diſtrahantur, numquam in mentem Iuſtiniano venit: & recte Theophil. hic interpretatus eſt ἱερά. Et memini me legiſſe apud Macrob. *ornamenta ſunt clypei, coronæ, & huiuſmodi donaria.* Colligere etiã exinde liceat, per Pontifices hic intelligi Epiſcopos, quorũ eſt conſecrare, ſiquidem in *d. l. ſancimus* agitur de rebus Chriſtianæ religioni ſacratis. Et eſt de ea re *N.67. & n.131. cap.7.*

Locus autem.] Vel præcipua domus pars eſt fundamentum & ſolum; eoque ſi tota ædes ſacra eſt, iſtud quoque ſacrum erit, & conſequenter manebit, licet tectũ, aut etiam parietes ſint deſtructi *h. §. & l. in tantum 6. §. ſacra 3. de rer. diuiſ. l. ad 73. de contr. empt.* niſi profanandi animo locus deſtructus ſit: velut ſacra Iſidis deſtructa fuiſſe ſub Tiberio refert Ioſephus. Plane occupatione hoſtium locum fieri profanum ſcribit ICtus in *l. cum loca 36. de religioſ.* quia res quaſi in ſeruitutem deduci videntur: itaque & poſtliminio reſtitui dicuntur *dict. leg. 36.*

TEXTVS.

6. Religioſum locum vnuſquiſque ſua voluntate facit, dum mortuum infert in locum ſuum. In communem autẽ locum purum inuito ſocio inferre nõ licet. In commune vero ſepulchrum etiam inuitis ceteris licet inferre. Item ſi alienus vſusfructus eſt proprietarium placet niſi conſentiente fructuario locum religioſum non facere. In alienum locum conſentiẽte domino licet inferre: & licet poſtea nõ habuerit ratum, quã illatus eſt mortuus, tamen locus religioſus fit.

COMMENTARIVS.

Diximus *ad §. præcedent.* ſignificationem iſtam religioſi plane ſpecialem eſſe, & illud verbum longe patere latius, quod vel notatio nominis oſtendit; quæ offertur triplex. Vna eſt Seruij Sulpitij apud *Macrob. 3. Saturn.* 3. religionem eſſe dictam quaſi à relinquendo, vt paulo ante retulimus. Altera eſt, *Ciceronis 2. de nat. Deor.* à relegendo. Tertia *Lactantij 4. Inſtitut.* 28. à religando. Stricta tamen hæc ſignificatio habet autorem *Pompeium Feſtum in Schedis.* Inter ſacrum ſanctum & religioſum differentias belliſſime refert. Sacrum ædificium conſecratum Deo. Sanctum murum, qui ſit circa oppidum, religioſum ſepulchrum vbi

mortuus ſepultus, aut humatus ſit, ſatis conſtare ait. Hæc apud Feſtum. Ait Iuſtinian.

Religioſum locum ſua voluntate fecit.] Quibus verbis religioſum opponit ſacro, quod fit authoritate publica per conſecrationem. Religioſum quid fit cuiuſcunque priuati facto, illatione corporis humani; hodie etiam cæmeteria per ſacerdotes conſecrari conſtat v. c. *in eccleſ 13. quæſt. 1. Cod. ad hæc de relig. domib.* quamuis *Iohan. Fab. hic* putet, etiam hodie per illationem priuati in fundum, locum hactenus fieri religioſum, vt vendi, aut obligari non poſſit. Puto & olim apud Ethnicos Rom. qui fere comburebant corpora, illatione reliquiarum, locum factũ religioſum. Igitur per illationem fit locus religioſus *h. §. & l. 6. §. religioſum 4. de rerum diuiſ. l. 2. § Sepulcrum. 5. de religioſ.* & quidem tantum, qua quod illatum eſt, occupat locum *dict. §. 5.* Amplius oportet illatum eſſe vt ibi maneat *l. ſi quis 40. de relig.* & porro manere oportet; translatis enim reliquijs locus deſinit eſſe religioſus, *l. cum in 44. §. 1. d. t.* non tamen temere licere transferre, ſed impetrandum id eſſe docet, *dict. §. 1. iuncta l. Diu. 39. eodem.* Quod illatum mortuum eſſe requiritur, indicio eſt, cenotaphium, in quod nihil illatum eſt; religioſum non eſſe; quod controuerſum fuiſſe, & Diuos fratres ita, vt dixi, reſcripſiſſe, eſt *in l. 6. §. vltim. cum l. ſeq. de rer. diu. l. vel quid 6. §. vlt. de religioſ.* quamuis in contrarium vocauerit autoritas Virgilij, quam citat *ICtus in dict. leg. 6. §. vltim. de rer. diu.* ſed nullo notato loco, quem defectum ſupplet Gothofr. adductis verſib. ex lib. 3. Æn. vbi de Andromache,

> *——Maneſque ciebat*
> *Hectoreum ad tumulum, viridi quem ceſpite inanem,*
> *Et geminas, cauſam lacrymis ſacrauerat aras.*

Poteſt etiam intelligi locus ex libro 6. vbi Æneas ad Deiphobum.

> *Tunc egomet tumulum Rhœteo in littore inanem*
> *Conſtitui, &c.* & eodem lib. 6.

Sibylla ad Palinurum.

> *Et ſtatuent tumulum, & tumulo ſolennia mittent.*

Fuiſſe enim tumulum inanem, inde apparet, quod paulo ante Palinurus de ſeipſo.

> *Nunc me fluctus habent, verſantque in littore venti.*

Infert in locum ſuum.] Locus eſt, aut in ſolidum meus, aut pro parte, qui dicitur communis: & rurſum, aut eſt meus plena proprietate, aut nuda. Locus in ſolidum meus & plena proprietate, poteſt ex arbitrio meo fieri religioſus. Non poteſt, qui tantum meus eſt pro parte, aut in quo alius habet vſumfructũ. Itaque illic ſocij, hic fructuarij conſenſu opus eſt, nam cum per ſepulturam locus eximatur commercio, non poteſt hoc inuito eo qui ius in re habet, fieri, poterit tamen inuito quoq; fructuario ſepeliri ipſe teſtator qui legauit vſumfructum *l. 2. §. ſi vſum. 7. de religioſ.* Et multo minus poterit fructuarij fundus, aut eius pars inuito proprietario fieri religioſa, qui caſus tamquam minime dubius hic omiſſus eſt, ſed expoſitus *in l. 2. §. 1. & 7. d. t.* Iſtud de fundo communi probatur inſuper in *l. ſi quis 6 §. ſi quis 6. comm. diuid. l. 2. in f. pr. de religioſ.* plane vnum ex ſocijs ibi inferri poſſe, ſi non ſit alius vbi commode ſepeliatur, docet *l. ſi plures 41. de religioſ.* qui omnino de loco puro eſt accipiendus; Ceteroquin nulla ratio eſſet dubitandi, quin in commune ſepulcrum vnus ſociorum inferri poſſit, etiam inuito altero, quia huic ipſi rei locus eſt deſtinatus, *h § & l. 6. in f. de rer. diu. d. l. 6. § 6. comm. diuid.* Licet, ait Iuſtinian. etiam ceteris inuitis, inferre in commune ſepulcrũ; & nimirum ſocios, vel qui ſunt ex eorũ familia; nam vt quiuis extraneus ſocio inuito poſſit inferri, ratio non patitur. Adeoque inter locum communem purum, & commune ſepulcrum tantum hæc erit differentia, quod in locum purum dominus vnus tum demum etiam inuito altero poterit inferri, ſi nullus alius ſit commodus loc⁹ ſepulturæ: Sed quid ſi cõtra hoc ſit facta illatio; an eximendæ erunt reliquiæ; an non obſtãte eo

quod

quod ibi mortuus eſt humatus, locus manebit profanus; an religioſus erit, ſed ei cuius intereſt contra inferentem ad æſtimationem & intereſſe actio dabitur? Nō fieri locū religioſum reſponſum eſt, in *l. 6. §. 6. comm. diu.* nimirum per ipſam illationem; quoniam v. c. dominus poteſt agere vt corpus illatum tollatur (nam autoritate ſua corpus, aut oſſa eijcere, domino permiſſum non eſt *l. oſſa 8. in pr. de religi. ſ.*) *l. 7. in pr. de relig.* Sed non præciſe, verum vt electio competat ei, qui intulit, an precium præſtare malit *d. l. 7.* quo facto ſane locus incipiet eſſe religioſus. Riſi, vt hoc obiter addam, Criticum quendam, qui ad illuſtrandum locum in Prologo in Caſinam Plauti, *abierunt in communē locum*, id eſt, mortui ſunt; adducit hūc textum Iuſtin. de communi loco; in quo tamen apertiſſimum eſt, locum communem opponi ei qui vnius ſocij eſt proprius.

Licet poſtea ratum habuerit.] Vulgo legitur *ratum non habuerit*: commodo ſenſu, quod ſufficiat, ſemel dominum conſenſiſſe, nec mutata poſt ſententia faciat locum deſinere eſſe religioſum. Sed lectio adfirmatiua rectior eſt, quæ eadem eſt Florentina *l. 6. §. pen. de rer. diu.* quoniam hæc eſt natura ratihabitionis, vt ſequatur & mandato comparetur. Et igitur licet inconſulto domino illatus ſit mortuus, ſi tamen poſtea dominus aſſenſerit; locus eſt religioſus.

TEXTVS.

7. Sanctæ quoque res, veluti muri & portæ ciuitatis, quodammodo diuini iuris, & ideo nullius in bonis ſunt. Ideo autem muros ſanctos dicimus, quia pœna capitis conſtituta eſt in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas conſtituimus aduerſus eos, qui contra leges fecerint, ſanctiones vocamus.

COMMENTARIVS.

1 *Sancta vnde dicta.*
2 *Sancta quæ.*
3 *Portæ an ſancta.*

De verbo *Sancti*, & quod latius pateat quā hoc loco accipitur, ſupra diximus. Notationes eius tres † inuenio. Vna eſt Marciani in *l. ſanctum 8. de rer. diu.* à ſagminibus. Sed imo Feſtus in *ſagmina*, ſcribit, ſagmina ideo dicta, quia Legati verbenas ex loco ſancto ſumebāt. Altera quæ hoc loco innuitur, & magis perſpicue traditur in *leg. ſacra 9. §. proprie 3. eod. tit.* Tertia eſt Iſidori (qui tamen & iam traditam habet) *libr. 15. capit. 4.* Sanctum, inquit, eſt à ſanguine hoſtiæ nuncupatum: nihil enim ſanctū apud veteres dicebatur, niſi quod hoſtiæ ſanguine eſſet conſecratum & conſperſum, ſed poſterior hæc plane aliena à noſtra acceptione ſancti. Latius hæc vox patet: omne ſacrum, † ſanctum quoq; eſt, ſed alia multa ſancta dicuntur, & videlicet perſonæ, quibus reuerentia debetur, aut quæ alias à probitate & innocentia venerabiles ſunt. *Apud Virg. l. 11. Æneid.* 1 2

——Tuque ô ſanctiſſima coniunx,

& lib. 6.

——Tuque ô ſanctiſſima vates.

Plinius libr. 3. Epiſtol. 3. Patrem [illegible] grauiſſimum & ſanctiſſimum virum, & *[illegible] 2. Epiſt. 9.* pater eius Erucius, vir ſanctus. In *l. 9. de obſeq.* liberto & filio ſemper perſona patroni & patris ſancta eſſe debet. Inde & alio translatum, & amor, amicitia, fides, conſilium ſancta ſæpe appellata. Hic inſuper hoc accedit, quod res ſpecialiter à Lege & iure ab omnium iniurijs vindicata & defenſa eſt. Hinc Legati iure gentium ſancti dicuntur, quoniam legib. gentium habentur inuiolabiles, *l. vltim. de legationibus.* Hinc illud *Liuij poſt princ. libr. 2.* de legatis dubitatum, & quamuis viſi ſunt commiſiſſe, vt hoſtium loco eſſent, ius tamen gentium valuit; & *lib. 39.* inter querelas de Philippo; iam ne à legatis quidem, qui iure gentium ſancti ſunt, violandis abſtinere. Reges quoq; ſanctos eſſe iure gentiū, Cic. ſcribit ꝓ Deiotaro. Speciali lege & ciuili iure tribuni plebis & ædiles ſacroſancti habiti

Digitized by Google

Liuius lib. 2. conceſſum vt plebi ſui magiſtratus eſſent ſacroſancti: de vtriſque teſtatur Feſtus in verbo *ſacroſanctum*, qua de cauſa vt ſupra retulimus, Impp. Rom. etiam tribunitiã poteſtatem aſſumebãt, vt inuiolabiles eſſent. Hæc ratio vt docet Iuſtin. hoc loco, fecit, vt muri quoq; haberẽtur ſacroſancti, quia pœna capitalis in eos conſtituta ſit, qui in muros delinquunt, id eſt, quia ſpeciali huiusmodi ſanctione ab iniurijs hominum ſunt defenſi. Hinc enim in *l. ſanctum* 8. *de rer. diuiſ.* definitur ſanctum, quod ab iniuria hominũ defenſum & munitum eſt; & in *l.* 9. §. 3. *eod.* quæ ſanctione quadam firmata ſunt, ex quo ibidẽ & Leges ſanctas eſſe ICtus ait, ſed an quidquid ſanctum eſt, eius læſio vendicatur pœna capitis? & vice verſa, an cuius lęſio ita vindicatur, id omne ſanctum eſt? Poſterius hoc forte non inepte affirmari poſſit; quoniam oportet iſtud venerãdum eſſe, propter quod offenſum, homo occiditur. Quo min⁹ prius adfirmetur exemplum Legum obſtare videtur, in multas enim peccatur, quod non protinus capiti vendicetur. Et forte LL. non vere & proprie ſunt ſanctæ; aut ille forte reuera contra LL. proprijſſime facit, non qui facit quod aliqua L. prohibitum eſt, ſed qui hoc agit, vt omnino omnes LL. conuellat, & ne in ciuitate vigeant, efficiat.

Muri & portæ.] De muris iam diximus, & eos
3 ſanctos haberi † non dubitatur, *l. 2. Ne quid in loc. ſacr.* etiam municipiorũ *l.* 8. §. 2. *de rer. diuiſ.* Sed de portis, de quibus idem hic & *in d. l.* 2. adfirmatur, dubium facit Plutarch. in Romulo, vbi de more & ritu condendę vrbis tractans, & quod aratro circumducto murum ſignabant: (vnde illud *Virgilius lib.* 8.

Interea Æneas vrbem deſignat aratro) ſcribit. Vbi portam deſignare viſum eſt, vomerę exẽpto atq; aratro ſublato ſpatiũ relinquunt: vnde totum habent murum, præter portas, ſanctum. Nam eas ſi ducerent ſanctas (interpres non recte vertit ſacras,) religioſum eſſet, neceſſaria & impura in vrbem recipere & exportare. Et idem tractat in *quæſt. 27. Rom.* cur Romani omnem murum habeant ſanctum, portas non item. Et ibidem hanc reddit itidẽ rationem, quod per eas tum alia, tum cadauera etiã efferuntur. An dicemus erraſſe, vel Plutarchum, vel ICtum in *d. l. 2. Ne quid in loco ſac.* & cum eo Iuſtinianum? An poſt receptum, vt portæ quoque ſanctæ haberentur? an hactenus portæ pro ſanctis, quatenus in eas, & maxime clauſas aliquid moliri nefas eſt.

Quodammodo diuini iuris.] Recte ait *quodammodo*. Neq; enim, vt res ſacræ Deo dicatæ, & religioſæ Dijs ſacræ, ita quoque muri Deo conſecrati dici poſſunt; An forte ideo dicuntur diuini iuris, quia vrbes ſingulæ ſpeciales Deos tutelares habebant, & conſequenter & muri, in quib. præcipua cuſtodia vrbis? an quia certa ſolemnia ſacra adhiberi in muris deſignandis ſolita? quorum meminit *Plutarch. d. loco in Romulo*, & *Varro 4. de Lingua Latina.* Oppida, inquit, condebant, Hetruſco ritu, iunctis bobus, tauro & vacca, interiore aratro circumagebant ſulcum. Hoc faciebãt religionis cauſa die auſpicato, vt muro & foſſa eſſent munita.

Pœna capitis.] Diſputant Interpp. an hæc pœna obtineat etiam in muris municipiorum. Et humanius videtur negari; & arbitraria pœna ſtatui: neque enim neceſſum eſt, vt quidquid ſanctum eſt, eius violatio protinus capitę vindicetur, & poſſunt forte ſtatui ſanctitatis gradus.

Qui aliquid deliquerint.] Plut. *d. quæſt.* 27. refert, perhiberi Remum occiſum, quod ſanctum locum tranſilire aggreſſus fuerit, & eũ tranſcendendo profanũ reddiderit: ſicut & in *l. vlt. h. t.* Remũ occiſum, ꝙ muros trãſcendere voluerit. Vbi inept⁹ eſt Acc. dum diſputat, an ſola voluntas puniatur: neq; n. hęc ſententia eſt ICti, quod tantum voluerit, ſed, quod vt recte Hottom. hic, tranſcendere in animũ adduxerit; & iſtum ſcilic. animum factis ipſis & conatu proximo declarauerit. Nimirum ille prætextus fuit Romuli, vt *Cic. ait 3. offic.* Sed cauſa vera fuit imperandi libido, vt æmulum amoueret. Veriſſime Cyprianus. Romulum, & Remum vnum non cepit imperium, quos vnum vteri ceperat hoſpitium.

Digitized by Google

Ideo & Legum.] Videtur inepta hæc illatio. Murorum & aliorum Sanctorum violatio capite ſancita eſt; ergo pars Legis qua pœna irrogatur, ſanctio dicitur; cum præſertim non omnibus Legibus pœna capitis irrogetur. Puto hoc ita explicandum. Sanctum eſt, quod ab iniuriis hominum munitum eſt *l.8. in pr. de rer. diuiſ.* Et hoc ſenſu LL. dicuntur ſanctæ *l.9. §.3. eod.* quia itidem ſpeciatim ſunt munitæ, & aliquando ſubiecta nominatim pœna, vt qui contra Legem fecerit, puniatur. Et inde tractum per metaphoram videtur, vt ea pars, quæ muniret legem & eam inuiolabilem faceret, diceretur ſanctio, ab effectu, quia per eam fit, vt Legi ſua autoritas & ſanctitas conſtet. Leges ſcilicet, ſępe multa capita continebant; & in earum fine ſpeciali capite de violatoribus legis, & eorum pœnis conſtitui ſolebat, fac. *l. ſanctio 41. de pœnis.* Denique addo à *Caio Iuniore 2. Inſt. 1.* theatra quoque & circum, & fora inter res ſanctas referri; haud ſcio, quo autore.

TEXTVS.

8. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciſcimur iure naturali, quod vt diximus, appellatur ius gentium: quarundam vero iure ciuili. Commodius eſt itaque à vetuſtiore iure incipere: palam eſt autem, vetuſtius eſſe ius naturale, quod cum ipſo genere humano rerum natura prodidit. Ciuilia autem iura tũc ceperunt eſſe, cum & ciuitates condi, & magiſtratus creari, & LL. ſcribi ceperunt.

COMMENTARIVS.

SEquitur poſtrema ſpecies ſiue vltimum membrum diuiſionis ſecundæ *in pr.* propoſitæ.

Quarundam rerum.] Apparet ex hac diſtinctione, res ſingulorum dici, quæ cuique iure naturali vel ciuili ſunt adquiſitæ.

Iure naturali.] Quod mox explicat de iure gentium, ne quis putaret de illo iure agi quod lib 1. tit. 2. in pr. naturale vocauit.

Quod cum ipſo genere humano.] Idem *in l. 1. de adq. rer. dom.* quod non accipiendum eſt de iure ſecundario, ex quo bella & ſeruitutes; ſed primæuo, iuxta dicta ſup. *tit. 2. lib. præced.* Et vtique præcipui ſub hoc tit. adquirendi modi, ſunt antiquiſſimi. Forte ita hoc accipiendum eſt ἀνταλλάκτικῶς & appoſitiue ad ius ciuile; aut ratione cauſæ iſtius iuris, quæ eſt ratio, hominum menti initio infuſa.

Magiſtratus creari.] Inde non debet concludi magiſtratus eſſe iuris ciuilis non gentium: aut dicam falſum eſſe quod ait Iuſtin. Verum ſane eſt cum ipſos initio generis humani non protinus cepiſſe ciuitates.

Leges ſcribi.] An ſcriptura ſit de eſſentia Legis, diximus *ad §. conſtat. ſup. de iur. nat.*

TEXTVS.

9. Feræ igitur beſtiæ, & volucres & piſces & omnia animalia, quæ mari, cœlo & terra naſcuntur, ſimul atque ab alio capta fuerint, iure gentium ſtatim illius eſſe incipiunt. Quod enim ante nullius eſt, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec intereſt, feras beſtias & volucres, in ſuo fundo quis capiat an in alieno, plane qui alienum fundum ingreditur, venandi aut aucupandi gratia poteſt à domino ſi is præuiderit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eo vſque tuum eſſe intelligitur, donec cuſtodia tua coerceatur. Cum vero tuam euaſerit cuſtodiam, & in libertatem naturalem ſe receperit, tuum eſſe deſinit, & rurſus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos ef-

Digitized by Google

fugerit, vel ita ſit in conſpectu tuo, vt difficilis ſit eius perſecutio. Illud quæſitum eſt, an ſi fera beſtia ita vulnerata ſit, vt capi poſſit, ſtatim tua eſſe intelligatur. Et quibuſdam placuit, ſtatim eſſe tuam, & eo vſque tuam videri, donec eam perſequaris. Alii vero putauerunt, non aliter tuam eſſe, quam ſi eam ceperis, ſed poſteriorem ſententiam nos confirmamus, quod multa accidere ſoleant, vt eam non capias.

Commentarivs.

1 *Ius adquirendi feras.*

2 *De fera capta contra prohibitionem domini fundi.*

PRincipalis ex iure gentium modus adquirendi eſt, occupatio, quæ latiſſime patet, vt poſt dicemus. In hoc textu agitur de ea ſpecie occupationis, quæ dicitur venatio, cuius obiectum ſunt beſtiæ, quæ ſunt nullius; & pro triplici diuerſitate obiecti illius, diſtinguitur in aucupium, piſcationem, & venationem in ſpecie dictam: ceteroquin latius accepto verbo, & piſcatio & aucupium venationis ſunt ſpecies. Occupando igitur feras † beſtias noſtras facimus. Quę propoſitio ampliatur. 1. Etiamſi iam ante ab alio ſemel fuerint occupatæ, & rurſus in naturalem libertatem reuerſæ, hoc text. *verſ. quidquid.* hæc enim eſt natura iſtorum animalium, vt captæ non exuant feritatem, ſed tales maneant, eoque non diutius ſint occupantis, quam dum ſunt occupatæ, & adhuc eius cuſtodia coercentur, 2. Ampliatur, vt fera fiat occupantis, etiãſi capta ſit in fundo alieno h. text. *verſ. nec intereſt:* nec enim propterea ſunt eius, cui⁹ eſt fundus vel ſilua. Sed quid ſi capta ſit, cum † dominus prohibuiſſet ingredi in fundum ſuum? Hoc enim ita poteſt, vt & actionem iniuriarum habeat, ſi alter contra ipſius prohibitionem fuerit ingreſſus, *l. iniuriarum 13. §. vlt. de iniur. l. diuus 16. de ſeru. ruſt. præd.* Et hoc ipſum, quod ingreſſus hoc modo coercetur, indicio eſt, captam feram fieri occupantis; quæ ſententia duplici inſuper ratione fulcitur; tum quod occupatio eſt modus adquirendi, nec prohibitio domini ne ingrediatur, & quæ ab ipſo occupationis actu omnium remota eſt, facere poteſt, vt ea ne ſit modus occupandi, tum quia prohibitio illa non poteſt eſſe modus adquirendi, adeo cum fera capta non poſſit fieri domini prohibentis, neceſſe eſt, vt ſit capientis. Neque obſtat *l. in laqueum 55. de adq. rer. dom.* neque enim hæc illius loci principalis quæſtio eſt, cuius fiat aper captus, ſed qua actione teneatur, qui aprum laqueo exemit. Et hæc quoque eſt communis interpretum ſententia hoc loco; nec placet limitatio Angeli, vt non faciat ſuum, ſi fructus fundi conſiſtant in venatione. Quod ſi enim vere hi eſſent fructus fundi, nullo modo ingreſſus, licet domino non prohibente, poſſet feram captam facere ſuam. Quid autem ſi quis iam ingreſſus ſit fundum, poterit à domino iuberi, vt egrediatur? Mihi quidquid gl. & Angel. ſentiat, videtur eadem ratio, vt dominus hoc poſſit, & pariter habeat actionem iniuriarũ, ſi contra interdictum porro in fundo moretur. Tertiam addo ampliationẽ extra textum, vt fera ſit capientis, etiamſi capta ſit in fundo vel ſilua aliena circumſepta: eadem hic enim ratio eſt, quam dedimus ſup. de piſcibus, qui ſunt in fluminibus vel lacubus priuatis; quoniam licet ex ſilua euadere beſtiæ non poſſint, ſunt tamen adhuc in libertate naturali, nec poſſidentur ab eo, cuius eſt ſilua, vt docet *l. 3. §. item feras 14. de adq. poſſ.* Propoſitio habet: quod occupando feras beſtias noſtras efficiamus. Occupatio eſt ipſius corporis apprehenſio, ex quo recte reſponſum eſt & probatum Iuſtiniano contra Trebatium, beſtiam vulneratam needum eſſe aut cenſeri occupatam, eoque non eſſe vulnerantis, *hoc textu in fine. adde l. 1. §. 1. l. 3. & l. 5. §. 1. de adq. rer. dom.* Notat tamen *Accurſ. in d. l. 5. §. 1* de conſuetudine Trebatii ſententiam obſeruari.

Quæ mari, cælo terra.] Ita & ſup. *de iur. nat. in pr.* verbo, *cæli* vſus eſt, poſt IC. *in l. 1. §. 1. eod.*

Quod

Digitized by Google

Quod nullius eſt.] De ambiguitate huius verbi *nullius*, in hac materia dixi *ad §. nullius ſup. h. t.*

Feras beſtias & volucres.] Feræ beſtiæ in pr. ſignificant in ſpecie, feras quadrupedes quæ vagantur in terra. Et Hottom. notat hic omiſſos eſſe piſces, quod in alieno piſcari non liceat. Id falſum eſſe patet ex iis, quæ diximus paulo ante & *ſup. h. t. ad §. flumina*. Neque neceſſum fuit, omnes ſpecies repetere.

Venandi aut aucupandi.] In ſpecie vtitur verbo *venandi*. nam generalius loquendo, & aucupari & piſcari, eſt venari.

Ita ſit in conſpectu tuo.] Veluti ſi lepus captus elapſus è manibus petat rurſum ſiluas; vtcunq; enim adhuc ſit in conſpectu, tamen fiet rurſus alterius capientis.

Quibuſdam placuit ſtatim eſſe tuam.] Itaque hic ſolam vulnerationem habuerunt pro occupatione, ita vt vulnerans perſequatur: quorum ſententia forte non improbabilis ſit, ſi ponamus ita vulneratam eſſe, vt euadere non poſſit; quomodo eos ſenſiſſe, argumento eſt, quod Iuſtin. ita format quæſtionem, ſi vulnerata ſit ita, *vt capi poſſit*, ſed nihilominus tamen non poteſt dici occupatio; & iſta certitudo non eſt abſoluta; quoniam vt in fi. §. dicitur, poteſt fieri, vt quis eam non capiat. Et igitur licet non difficilis futura ſit perſecutio beſtiæ vulnerata tamen non eſt vulnerantis. Cui minime obſtat, quod eſt *in §. feræ in fi. & in §. ſeq. in fi.* quia ibi agitur de feris quæ ſemel per occupationem meæ factæ ſunt, & quarum dum non difficilis eſt perſecutio, videor retinere poſſeſſionem. Theoph. notat fieri poſſe, vt impediar ab occurrente beſtia, vel vt alia beſtia vulneratam feram rapiat, vel vt incidam in loca confragoſa, quæ faciant, ne commode feram perſequi poſſim & capere.

TEXTVS.

10. Apum quoque fera natura eſt: itaque apes quæ in arbore tua conſederint, antequam à te alueo includantur, nō magis tuæ intelliguntur eſſe, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoque ſi alius eas incluſerit, is earum dominus erit. Fauos quoque ſi quos effecerint, eximere quilibet poteſt. Plane integra re, ſi præuideris ingredientem fundum tuum, poteris eum iure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alueo tuo euolauerit, eouſque intelligitur eſſe tuum, donec in conſpectu tuo eſt, nec difficilis perſecutio eius eſt: alioquin occupantis fit.

COMMENTARIVS.

PErſequitur eandem tractationem. Apes ſpecies ſunt auium. Et erat tamen hic paulo maior ratio dubitandi, non tam in iis, quæ de nouo in fundum meum aduolauerunt, & in arbore aliqua hæſerunt, quam in iis quę ex alueo meo euolauerunt, & iam meę effectæ videbantur. Sed ex hypotheſi, quod ſunt feræ beſtiæ, hoc conſequitur; Dictum enim iam eſt, feras tamdiu eſſe meas, quamdiu cuſtodia mea continentur. Sed & illud præſupponendum eſt, quod v. c. ex cerua captа natum eſt, illud eiuſdem conditionis eſſe, cuius eſt mater, & nimirum feram beſtiam; itaque & ipſum in libertatem naturalem ſe recipere poſſe, & ſi euaſerit cuſtodiam meam, rurſus eſſe occupantis. Hinc enim fit, vt ſiquidem apum reuera natura eſt fera, & examen vetus & nouum apum recenter natarum, ſi ex alueo euolauerit, ita vt perſecutio eius ſit difficilis, dicendum ſit recepiſſe naturalem libertatem, & rurſus fieri occupantis. Hæc inquam, ita procedunt ex iſtis hypotheſibus: ceterum iſta non ſatis

ſatis forte videantur certa & liquida. Nam Plinius *lib.XI.cap.5.* apes facit mixti generis, & ait eas eſſe nec manſueti nec feri generis. Et *Varro lib. 3. de re ruſt. c.16.* diſerte apes in feras & cicures diſtinguit. Sed tamen vt innuat non reuera eſſe cicures, ſed vt ſeparet ab apibus ſiluestribus, & cicures vocet, quæ habentur in locis cultis. Et licet ſecundũ quid poſſint videri mixti generis, & aliquid participare de natura manſuetorum animalium; tamen nihil prohibeat, eas in hac tractatione & quo ad ius adquirendi, cenſeri inter feras. Neque ferri poteſt, quod Hottom. *hunc §.* ad apes ſylueſtres reſtringit, contra mentem & verba Iuſtiniani & ICti *in l.5.§.2. de adq.rer.dom.* quibus non contradicit Pompon. *in l. Pomponius 8.§.1. in fin. fam. erc.* furtum committi; ſi quis apes noſtras auerterit, hoc enim dicitur de iis qui vetitis rationibus ad auertendas columbas vtuntur & apes, quæ conſuetudinem & animum reuertendi habent, & auolant & reuolant; quæ interim cicurum iure ſunt, vt docet ipſe *Iuſtin. in §. ſeq.* An hic intelliguntur apes, quæ cateruatim agmine facto ex alueis noſtris euolant, animo diſcedendi & alias ſedes quærendi; quod ſæpiſſime accidere conſtat. Et ita accipiendum eſt, quod dicitur de apibus feris *in l. ſi apes 26. de furt.* vt non propterea, ceteras omnes manſuetas eſſe inferatur.

Antequam alueo includuntur.] Hæc nimirum incluſio facit occupationem, vt iam apes in meo ſint dominio.

Volucres quæ nidum fecerint.] Si ex nido exemeris pullos auium, ii iam tui ſunt; ceteroquin quod in arbore meo nidus eſt cum pullis, non facit vt aues occupatæ cenſeantur.

Fauos quilibet eximere poteſt.] Quæ ratio apum, eadem eſt fauorum, quos apes non incluſæ forte in arbore fecerunt.

Poteris eum prohibere.] Sicut & eum qui venaturus ingreditur fundum tuum, *iuxta §. feræ 12.* eſt enim eadem ratio. Prohibere autem non manu & armis, ſed verbis & denuntiationibus. Ideo enim prodita eſt actio iniuriarum, ſi ille prohibitus intrauerit fundum.

TEXTVS.

II. Pauonum quoque & columbarum fera natura eſt: nec ad rem pertinet, quod ex conſuetudine euolare & reuolare ſolent: nam & apes idem faciunt, quarum conſtat eſſe feram naturam. Ceruos quoque quidam ita manſuetos habent, vt in ſiluam ire & redire ſoleant, quorum & ipſorum feram eſſe naturam nemo negat. In his autem animalibus, quę ex conſuetudine abire & redire ſolent: talis regula comprobata eſt, vt eo vſque tua eſſe intelligantur, donec animum habeant reuertendi: nam ſi deſierint animum habere reuertendi, etiam tua eſſe deſierunt, & fiunt occupantium. Reuertendi autem animum videntur deſinere habere tunc cum reuertendi conſuetudinem deſeruerint.

COMMENTARIVS.

RVrſus ferri non poteſt, quod Hottom. hunc textum reſtringit ad columbas ſilueſtras & feras 1. quia textus loquitur indefinite. 2. quia comparat pauones & columbas cum apibus, quas tamen ſimpliciter pro feris haberi oſtendimus ad *§. præced.* & probat euidenter hic locus, quod etiam apes illę cenſeantur feræ, quæ ex conſuetudine eunt & redeunt, euolant ex aluearibus ſuis & reuolant; quod vtique de ſilueſtribus apibus dici non poteſt. 3. & præcipue, in hoc genere animalium non agnoſcere Iuſtinianum diſtinctionem inter feras & manſuetas, euidentiſſime oſtendit §. ſeq. quo Iuſtin. anſeres & gallinas opponit apibus, pauonib⁹ & columbis, de quibus hactenus egit, & illorum ſcilicet anſerum naturam manſuetam eſſe inde probat, quod alii ſint anſeres qui dicantur feri, ad diſtinctionem manſuetorum; & igitur nullam talem diſtinctionem in priorib. agno-

ſcit

ſcit Iuſtin. quia illas beſtias ſimpliciter pronunciat eſſe feras. Regionum tamen & locorum conditio poteſt hic aliquid mutare; & ſane apud nos pauones pro manſuetis animalibus habentur;& ſi quo euolauerint, eos repetendi ius eſt; quod de gallinis & anſeribus manſuetis §. ſeq. traditur. Et colligitur tamen ex hoc ipſo §. ſingulare aliquid præ reliquis feris beſtiis. eſſe in apibus, pauonibus & columbis; quod ſcilicet eorum natura talis ſit, vt quadam conſuetudine euolent & reuolent: quod nõ eſt in ceteris, ſed illæ & quædam tantum & quadam doctrina ita aſſuefieri poſſunt, quod exemplo quorundam ceruorum hic oſtenditur; atquin hoc ipſum, ita natura ſua ire, redire, eſt quædam pars manſuetudinis;& hactenus apes, pauones, columbæ, ad manſuetorum naturam accedunt; ex quo fit, vt qui hoc agit, vt ne conſuetudinem iſtam ſuam ſeruent, teneatur furti, quod de columbis & apibus reſponſum eſt *in l.* 8. §. 1 *Fam. erciſc.* Et cum hæc ſit iſtorum natura, ſi accedat aſſuefactio inſuper, tanto magis tum manſuetorum natura cenſebuntur: Vnde explicandum eſt, quod *in l. ſi pauonem* 37. *de furt.* dicitur de pauone manſueto: Itidem huc referri poteſt quod *Varro* 3. *de re ruſt.* alios pauones vocat agreſtes, alios qui gregatim in prædiis aluntur. Et ipſe tamen Varro columbas aliquas manſuetas nõ audet appellare, ſed *d. lib.* 3. *c.* 7. vnum gen⁹ columbarum facit agreſte, quod habeatur in turribus & columinibus villæ, alterum clementius, quod cibo domeſtico contentum intra limina ianuæ ſolet paſci.

Reuertendi animum.] Abutitur verbo *animi*, qui tantum ſolet dici de hominibus. Exemplo id declarat Theoph. quod hic dicitur de animo reuertendi. Si fera in ſiluas egrediens, ſolita ſit primo, ſecundo vel tertio die ad ſummum redire, ſi quis eam intra tertium diem capiat, mihi eſſe contra eum actionem: ſed ſi quarto, non eſſe, quia iam cenſeatur non fuiſſe reditura.

TEXTVS.

12\. Gallinarum autem & anſerum non eſt fera natura: idque ex eo poſſumus intelligere, quod aliæ ſunt gallinæ quas vocamus feras: item alii ſunt anſeres, quos appellamus feros. Ideoque ſi anſeres tui, aut gallinæ aliquo modo turbati turbatæue euolauerint, licet conſpectum tuum effugerint, quocunque tamen loco ſint, tui tuæve eſſe intelliguntur: & ſi quis lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.

COMMENTARIVS.

GAllinarum & anſerum appellatione initio §. vtitur in ſpecie, pro domeſticis: ceteroqui cum ipſe mox diſtinguat duas ſpecies manſuetorum & ferorum, non poſſit ſine vitio affirmare de anſerib⁹ & gallinis, quod ſint animalia manſueta. Et feras ſcilicet gallinas, ruſticas videtur appellare *Varro lib.* 3. *cap.* 9. qui *cap. ſeq.* etiam quoddam genus anſerum ferum eſſe ſcribit. Huic, & quod iſta animalia manſueta ſunt, cõſequens eſt, quod hic ſubiicitur, vt licet è conſpectu noſtro effugerint, tamen noſtra maneant, nec ſit occupationi locus. Atque ita regula vel propoſitio, quam diximus *in §. feræ.* 12. *h. t.* Beſtiam eſſe occupantis, procedit in feris beſtiis, quæ ſunt in libertate naturali, vel poſtquam ſemel captæ rurſus in eam euaſerunt: fallit in beſtiis manſuetis, quę non poſſunt dici nullius, licet poteſtatem noſtram & poſſeſſionem effugerint. Fallit item in manſuefactis, qua talibus, quatenus adhuc animum reuertendi habent, vt dictum *§. præc.* Atque hinc etiam pendet deciſio *in l. Pomponius de adq. rer. dom.* Si lupus porcum aut ouem meam rapuerit, ea manere mea, & mihi re[illegible]tuenda, licet alius opera & canibus ſuis ex lupi quaſi faucibus eripuerit: quoniam ſcilicet iſtæ beſtiæ obiectum venationis non ſunt.

Kk Furtum

Furtum committere.] Actio furti eſt famoſa, an igitur ea dabitur pro re minima & vnica gallina? Dicemus *inf. lib. 4. tit. 1.* ibidem etiam de illo requiſito furti, vt fiat lucrandi animo.

TEXTVS.

13. Item ea quæ ex hoſtibus capimus, iure gentium ſtatim noſtra fiunt: adeo quidem vt & liberi homines in ſeruitutem noſtram deducantur: qui tamen ſi euaſerint noſtram poteſtatem, & ad ſuos fuerint reuerſi, priſtinum ſtatum recipiunt.

COMMENTARIVS.

Occupationis ſequens ita ſpecies eſt: Occupantur enim vel res quæ ſunt nullius, de quo modo adquirendi hactenus; vel quæ ſunt alicuius; cuius ſpecies eſt occupatio rerum hoſtilium, quæ ſcilicet ſemper tales fuerunt; nam quæ noſtræ ante fuerunt, & ius poſtliminii habent, non cenſentur hoſtiles hactenus, eoque priſtinis dominis ſunt reſtituendæ *iuxta l. 2. de captiu.* Inprimis autem hic diſtinguendum eſt, inter principem aut ducem belli, imo reipublicæ vel principis cuius auſpicus & auctoritate bellum geritur, & inter v.c. priuatum & ſingulos milites. Ad illos pertinet locus quem ſupra *lib. 1. tit.* 8. vbi de poteſtate dominica egimus, retulimus ex Xenophonte, ſi quis vrbes hoſtium caperet, victoris eſſe & corpora hoſtium & bona eorum; & ex hiſtoriis Romanis notiſſimum eſt, ituris ad bellum ducibus, quæſtorem adiungi ſolitum, qui prædam & ſpolia ex hoſtibus colligeret, venderet, & pecuniam poſt in ærarium referret, de quo etiam videre eſt *Gellium 7. no. l. Att. 4. & lib. 13. cap. 23.* eoque pertinet, quod eſt *in l. pen. ad L. Iul. peculat.* eum teneri peculatus, qui prædam ab hoſtibus captum (ſcilicet tamquam publicam) ſubripiat. Atquin conſtat Iuſtinianum hic tractare de modis, quibus ſinguli & priuati res adquirunt, non quibus princeps aut Reſpubl. & igitur, quod iam diximus, nihil ad explicationem huius §. Plane hac de cauſa Hottom. iſtud reſtringit ad ea, quæ milites in excurſionibus, hoſtibus eripiunt. Sed nimia reſtrictio eſt, & plures ſunt caſus, quibus milites, quæ ex hoſtibus capiunt, ſua faciunt, & quibus bona hoſtium occupare ipſis hoc effectu licet. Et ante omnia quæ in prælio proſtratis hoſtibus detraxiſſent milites, ea citra iniuriam & iuſtam indignationem vix iis eripi aut publicari potuiſſe exiſtimo, nec facile factum fuiſſe.

Deinde in poteſtate Imperatoris fuit, an vrbis obſeſſæ & expugnandæ prædam in publicum totam redigere, an partem militibus diuidere, an vero excitando militum ardori & alacritati, & in præmium fortiter nauatæ operæ, vrbem illis diripiendam promitteret; quod poſtremum conſtat, ſæpiſſime factum, & hoc caſu quemque ſibi habuiſſe, quod occupaſſet: quo referendum eſt, quod traditur *hoc §. ex l. 5. §. vlt. & l. 7. in pr. de adq. rer. dom.* Et de huiuſmodi caſu accipiẽda eſt *l. transfugam 51. de adq. rer. dom.* res hoſtiles, quæ apud nos ſunt, id eſt, quas in noſtram poteſtatem redegimus, eſſe occupantium, id eſt, noſtras, non autem fieri, vel eſſe publicas. Atque ita pertinet hic locus ad res mobiles; immobilia enim, agri & fundi hoſtiles, nõ ſunt obiectum occupationis priuatorum de qua hic agitur: ſed ius in ea eſt victoris principis aut populi, & hoſtibus victis vel vrbe eorum expugnata, & ciuibus ſub haſta venditis, aliquando totus ager publicabatur; aliquando ex pactione, agri parte multabantur hoſtes: qui fiebat publicus populi Romani, aliquando ille ciuibus Romanis in coloniam deductis aſſignabatur, aut alias Legibus agrariis in tenues ciues diuidebatur; & ſub Imperatoribus non raro recta militibus in præmium victoriæ cedebat; quo pertinet, quod eſt in *l. ſi captiuus 20. §. 1. de captiu.* agrum ex hoſtibus captum aut publicari, aut prædæ loco cedere; præda enim fit, dum aſſignatur militibus.

Illud forte hic admonendum, non recte huc

Digitized by Google

huc referri iſtum modum adquirendi, qui eſt ex iure gentium ſecundario: minime vero ex eo, quid cum ipſo genere humano cepiſſe profitetur Iuſtin. *in* §. *ſingulorum ſup. h. t.* An forte Iuſtin. Ius naturale in genere accepit, omne quod non eſt ius ciuile, vt apparet *ex d.* §. *ſingulorum*: & ob id quod cepiſſe dicit cum ipſo genere humano, non ita præciſe accipiendum eſt, ſed ſecundum ſpeciem nobiliorem: Contemno plane, quod Baro hinc confutari ait eos, qui duplicem ſpeciem faciunt iuris gentium, quaſi vero adeo accurate ſemper ICti, aut Tribonianus loquantur, aut quaſi illa quæſtio de ſpeciebus iuris gentium, ex autoritate ICtorum decidenda eſſet; ea nimirum ex principiis Ethicis & Politicis ſumenda eſt; contra quæ nihil poteſt autoritas vllius ICti, aut Imperatoris. Et tamen nihil eſt in iure noſtro, quod eam diſtinctionem directo impugnat, ſed illi inepti, qui textus iuris cauillari & captare, quam ea commode explicare malunt.

Qui ſi euaſerint.] Iuſtin. loquitur de his quos Romani ex hoſtibus ceperunt, proinde vt de iis quos hoſtes ex Romanis ceperunt. Hæc enim ſunt ex iure gentium, vt qui capti ab hoſtibus, eorum poteſtatem euaſerunt, reuerſi ad ſuos priſtinum ſtatum recipiant; quamuis propria quædam Romani iure & fictione poſtliminii (de quo dictum *ſup. lib.* 1. *tit.*) habuerint. Quod de recipiendo priſtino ſtatu dicitur, eo quoque pertinet, vt intelligamus, ex ſeruitute hoſtium reuerſos, non libertinæ, ſed ingenuæ conditionis eſſe: idque, vt maxime apud hoſtes fuerint manumiſſi; & hoc ius poſtliminii quoque facit.

TEXTVS.

14. Item lapilli & gemmæ, & cetera, quæ in litore maris inuenientur, iure naturali ſtatim inuentoris fiunt.

COMMENTARIVS.

HIc locus nouam diſtinguendi nobis materiam præbet. Diximus occupationem eſſe vel rerum quæ ſunt alicuius, vel quæ nullius. Huius occupationis ſpecies duæ ſunt, Venatio, de qua ante dictum; & inuentio; quæ rurſum vel eſt rerum, quæ numquam alicuius fuerunt, de qua h. §. vel quæ fuerunt, & habet obiectum duplex theſaurum, de quo *ſupra h. tit.* §. *theſauros* 40. & res pro derelicto habitas, de quibus *in fin.* §. *pen.* Gemmæ & lapilli, de quibus *h.* §. numquam in dominio alterius fuerunt, de iis enim intelligitur hic locus, quæ ſcilicet in mari & litore naſcuntur; nam ſi qua eiuſmodi in tempeſtate maris à periclitantibus eiecta, & à fluctibus in litus expulſa ſint, ea non fiunt inuentoris, de *quo infra* §. *vlt. h. t.* Hic autem cauillatur Hottomannus, quaſi non magis iſtud de gemmis in litore repertis huc pertineant, quam tractatio de ipſo litore, quod commune eſſe ſupra dixit Iuſtin. Omnino inepte; quoniam diuerſa plane ratio eſt litoris, vtpote rei immobilis, & gemmarum in litore repertarum. Et littus occupamus hactenus, dum illud & quod ibi ædificauimus, tenemus, numquam autem in dominium noſtrum reuera redigimus, ſed id retinet naturam ſuam; & deſtructo ædificio manet commune.

Atquin gemmas ita occupamus, vt eas perpetuo noſtras faciamus, & in patrimonium ſicut alias res redigamus; & penitus inepte quis gemmas dixerit communes non minus quam feras, ſed illæ nullius ſunt, & occupatæ fiunt omnino occupantis; & vt iam oſtendimus eſt iſta propria ſpecies occupationis, quæ inuentio appellatur.

Ex iſtis apparet errare, qui lapillos & gemmas, citra apprehenſionem poſſeſſionis, occupari exiſtimant, & fieri eras, qui eo [illegible] dit; ex quorum numero eſt Porcius; qui [illegible] putat inueniſſe dici eum, qui falſum viderit, & quid ſi enim viderit ex turri, aut ex ædibus ſuis? Et alia ratio eſt caſuum in *l.* 1. §. *ſi iuſſerim* 21 *l. quod meo* 18. §. 2. *de adquiren. poſſeſſione*, vbi &

 titulus

titulus præcedit & voluntas domini, in cuius res eſt poſſeſſione, quam dum dimittit hoc animo, vt alius eam habeat, facilis eſt eius apprehenſio; at hic quærimus de occupatione ſine titulo, & rei quæ in nullius eſt poſſeſſione.

Lapilli & gemmæ.] An igitur & quomodo iſta inter ſe diſtant? Et Vlpianus *in l. cum aurum 19. §. gemmæ 17. de aur. & arg. leg.* ex ſententia Seruii, gemmas diſtinguit à lapillis, quod illæ ſint pellucidæ, vt ita lapillus generis locum obtineat: & alius ſit pellucidus, qui in ſpecie gemma, alius non pellucidus, qui in ſpecie lapillus; neque enim ita accipienda eſt ſententia *d. l. 19.* quaſi gemma non poſſit dici lapillus, generaliori ſignificatu; qua explicatione corruunt fere quæ cõtra iſtam diſtinctionem affert *Laur. Valla 6. elegant. cap. vlt.* à cuius etiam cauillationibus iſtam diſtinctionem tuetur *Alciat. lib. 4. de Verb. ſign. f. in apolog.* qua plurima alia loca, in quæ maxima parte *d. lib. 6.* ex profeſſo diſputat Valla vindicat ab eius reprehenſionibus; & quod ad hanc rem facit, gemmæ appellationem à Plinio & alibi latius accipi fatetur, vt etiam lapillos non pellucentes comprehendat; ſed inde non impediri, quominus in ſpecie de pellucidis affirmetur & vſurpetur, argumento à notatione nominis, quod gemma dicatur, quaſi gemina.

TEXTVS.

15. Item ea quæ ex animalibus dominio tuo ſubiectis nata ſunt, eodem iure tibi adquiruntur.

COMMENTARIVS.

HIc rurſus noua diuidendi materia, vt capita diuerſa ſub certa membra referamus. Occupationem puto conſtitui poſſe aliam veram, aliam fictam, quæ ab aliis dicitur [illegible]. Illius explicauimus iam vnam ſpeciem [illegible], & ex alia inuentione, item vnam ſpeciem infimam, inuentionem lapillorum. Occupationem fictam dico, quæ fit mediante re, quæ dominio noſtro iam ſubiecta eſt, & cui aliquid accedit, ita vt hoc [illegible] accedit, quaſi mediante illa re occup[illegible] deamur. Cuius occupationis rurſus [illegible] conſtitui poteſt ſpecies. Altera quando [illegible] cedit factum hominis, de qua paulo [illegible] Altera, vbi citra factum hominis ſola [illegible] tur natura. Huius rurſus duæ hoc titulo [illegible] cies ſiue membra. Alterum in fœtura [illegible] rum animalium, de qua in hoc §. Et eſt [illegible] tioni acquirendi naturali conueniens, vt fœtus ſequatur ventrem, & ſit eius cuius eſt mater, non cuius pater; quod hic præſertim in beſtiis non poſſit dici certus, cum nulla hic ſint coniugia: & vt maxime certus eſſe poſſit, tamen & fœmina plus confert, dum fœtum in vtero gerit, quam interim dominus alere cogitur, vt propterea quoque fructum hunc percipere debeat; tum non diſſimilis hic eſt ratio, quæ ſeminum in agrum alienum ſparſorum, quæ domino ſoli adquiruntur, de quo infra. At, numquid eadem ratione huc referri poſſit, quod partus ancillæ ſequitur ventrem, & ei, cuius eſt ancilla, adquiritur? Exiſtimo ideo hoc non adiectum hoc loco, vel quia in fructu non eſt ancillæ partus, de quo infra; vel potius, quoniam hic agitur de modis adquirendi naturalibus, & ex iis rebus, quas ipſa natura ad hoc produxit; in quem vſum animalia bruta producta ſunt, at minime producti ſunt in vſum iſtum homines: ſed accidit id propter malitiam hominum aliena inuadentium: ex quo non iure naturali, ſed iure gentium ſecundario, prætextu humanitatis, vt hoſtes captiui ſeruarentur, nec occiderentur, introductum fuit, vt & ipſi capti, & porro ex captis fœminis nati ſeruituti ſubiicerentur; de quo expoſitum eſt *ſupra lib. 1. de iure perſon.*

TEXTVS.

16. Præterea, quod per alluuionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi adquiritur. Eſt autem alluuio incrementum latens. Per alluuionẽ autẽ id videtur adiici, quod ita paulatim adiicitur, vt non poſſit intelligi, quantum

quoquo

quoquo temporis momento adiiciatur. Quod ſi vis fluminis de tuo prædio partem aliquā detraxerit, & prædio vicini attulerit, palam eſt eam tuā permanere. Plane ſi longiori tempore fundo vicini tui hæſerit, arboreſq; quas ſecum traxit, in eum fundū radices egerint, ex eo tempore videtur vicini fundo adquiſita eſſe.

Commentarivs.

IN §. præced. actum eſt de vna ſpecie occupationis fictæ, ſiue acceſſionis, quæ fit citra factum hominis operatione naturæ. Altera quæ fit citra factum hominis, cauſam habet, operationem aliquam naturalem fluminis. Et huius quatuor porro hoc tit. pponuntur ſpecies. Duæ in propoſito textu; aliæ duæ in duobus §. §. proxime ſequentibus. Prima eſt Alluuio, cum flumen latenter ſenſim alluendo aliquid agro meo adiicit, quoniam, quod ita de fundo & ripa vicini detrahitur, quaſi interire, & dum meo fundo adiicitur, mihi quæri intelligitur, iuxta *hunc text. in pr. l. adeo 7. §. 1. h. t. l. 1. in f. & l. 3. Cod. de alluuion.*

Alluuio eſt incrementum latens.] Non debemus cauillari verba; Alluuio proprietate verbi non eſt incrementum: ſed ita dicitur per quandam metonymiam cauſæ; ſiquidem dū alluit vicinum fundum vel ripam, & ita alluēdo & quaſi lambendo aliquid detrahit, quod fundo meo adiicitur, cauſam huic incremento præſtat. Hæc eſt prima ſpecies iſtius acceſſionis vel adiectionis per flumen, & dicitur alluuio, & habet locum in agris non limitatis, *l. in agris 16. de adquir. rer. dom.* Alteram dico conſtitutionem, de qua in *verſ. ſiue §. quod ſi vis*: quæ tamen, vt ipſum nomen arguit, præter factum fluminis aliquid amplius deſiderat, ſed flumen prima eius cauſa eſt, quod nimirum partem integram de prædio alterius, & quidem non latenter detraxit, & alterius prædio adiecit. Hactenus nondum adquiſitio vlla. Imo ait Iuſtinianus, palam eſſe, quod ea pars maneat eius, de cuius prædio detracta fuit. Sed ea mox ſubijcitur limitatio, ex qua iſta adquiſitionis ſpecies conſtituitur, in *verſ. plane.* ſi pars illa detracta longiori tempore fundo vicini hæſerit, ita vt arbores ſimul auulſæ in fundo vicini radices egerint; ex eo enim tempore intelligi adquiſitam illam partem vicino, mutata iam proprietate, propter coalitionem cū fundo cui adiecta fuit. Quidquid enim ſentiant hic Hottomann. & alij, quidquid etiam probent lectionem in plurali numero, *videntur adquiſitæ eſſe*, rectior & omnino vera eſt lectio in numero ſingulari; *videtur adquiſita eſſe.* Et ita habet lectio Florentina in *l. 7. §. 2. de adquir. rer. dom.* cui præ ceteris fides habenda eſt, niſi rationi repugnet. At hæc lectio omnino rationi conuenit, & ei quod & hic & in *d. l.* 7. procedit, & tractatur, nimirum de parte prædij auulſa, quam initio negat ICtus & Iuſtinian. protinus adquiri fundo vicini, ſed tum demum ex quo cum fundo coaluit, & vnum facta eſt: ideoque *adquiſita eſſe videtur*, referendum eſt ad partem prædij auulſam. Inepte autem plurali numero, *adquiſitæ*, refert ad arbores, de quibus quomodo adquirantur, non tractatur hoc loco, ſed quo modo adquiratur aliquid interueniente & mediante flumine: & arborum quæ radices egerint in vicinū fundum, mentio ideo fit, quoniam ex quo hoc factum eſt, & arbores ſimul auulſæ radices egerunt, deprehendimus, & concludimus, partem illam cum fundo vicini coaluiſſe. Itaque inepta eſt obiectio Hottomanni, quod ridiculum ſit, cauſam adquiſitionis ponere in arboribus; neq; enim cauſa adquiſitionis ſunt arbores, ſed indicium coalitionis præſtant: quam coalitionem ſpeciem adquiſitionis facere omnino cōtendo, ſi alijs argumentis, omnino partem auulſam vnitam cum fundo cui adiecta fuit, probetur. Itaque rurſus falſum eſt, quod ait Hottomannus, ſi nullæ in parte auulſa arbores fuiſſent, eam vicini fundo adquiri non potuiſſe. Rurſus ineptum eſt, quod Hottom.

veteres ICtos tantum dubitaſſe de arbore quæ ſimul fuerit tranſlata, & adeo pro certo & explorato habuiſſe terram prioris domini manere. Etenim non tantum de arbore quæ cum parte terræ auulſa eſt, quæri poteſt, ſed etiam de arbore ſeorſim, quę in alieno poſita eſt, quod ſane tractat *Paulus in l. ſed ſi 26. §. pen. de adquir. rer. dom. & Vlp. in l. 5. § de arbore, de rei vind.* Et vero ſi de arbore tantum tranſlata cum terra alterius quæreretur, & terram alterius manere præſupponeretur, abſurde & falſò diceretur ſimpliciter, arborem eſſe vicini, ſed vtique eam ad minimum communem eſſe fuerit reſpondendum. Et imo vero etiam vnionem partis terræ cum fundo alterius quam coalitionem appello, facere vt dominium mutetur, & alteri quæratur, probatur ſatis ex *l. hoc amplius 9. §. Aſſerius 2. verſ. ita demum. de dam. infect.* Vbi Iuriſconſultus negat cruſtam terræ poſſe amplius vindicari, ſi coaluerit, & vnitatem cum terra alterius fecerit: vbi & expreſſe cruſta ab arbore diſtinguitur.

At dicet quis iniquum videri, vt vicinus dominium partis auulſæ amittat, & ita vicinus cum damno eius locupletetur, ſed præterquam quod negligentia quædam domini argui poteſt, qui rem ante non vindicauit, alia quoque & facilis eſt reſponſio, aliam eſſe quæſtionem, de adquiſitione dominij ex ratione iuris gentium; aliam an omne ius prioris domini, & actio omnis extincta ſit: quæ quæſtio inferius hoc tit. ſæpe occurret; & ſcilicet non ſi dominium rei alteri ex iure gentium ſine facto domini quæſitum eſt, protinus omnis actio domino priſtina negatur; & nunquid hæc inter ſe pugnant, dominium quem factum eſſe, & tamen contra eum priori domino actionem aliquam ſupereſſe. Et in his ipſis terminis fere arboris tranſlatę & cruſtæ auulſæ, & coalitio, actio in rem, directa ſcilicet negatur priori domini, vt dicat rem iure Quiritium eſſe ſuam *dict. leg. 9. §. 2. de damn. inf.* ſed vtilis tamen ei conceditur ex æquitate *d. ct. leg. 5. §. 3. de rei vind.* qua vtique id conſequetur, vt pretium nouus dominus ſoluere cogatur. Nec nouum eſt, vt ei qui iure ſummo dominus non eſt, aut eſſe deſijt, vtilis in rem actio accommodetur, cuius rei exempla ſunt, in *l. qui mortis 30. de mortis cauſ. donat. l. 1. Cod. de donat. ſub mod. l. vxor. 55. in fin. de donat. coniug. Nouell. 61. cap. 1. §. 1. l. in rebus. 30. Cod. de iur. dot.* Non placet autem, vt quod de vtili vindicatione dicitur in *dict. leg. 5. §. 3. de rei vind.* ad eum caſum reſtringatur, quo facto illius in cuius fundo radices egit, arbor tranſlata fuit; quod probat *Mynſing. hic & Weſembec.* eamque opinionem fuiſſe antiquorum refert Angelus hic. vbi tamen addit opinionem illam priorem, quam retulit & quam tenuit Azo, magis eſſe æquam.

TEXTVS.

17. Inſula quæ in mari nata eſt, (quod raro accidit) occupantis fit, nullius enim eſſe creditur. At inſula in flumine nata, (quod frequenter accidit,) ſiquidem mediam partem fluminis tenet, communis eorum eſt, qui ab vtraque parte fluminis prope ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cuiuſq; fundi, quæ prope ripam ſit. Quod ſi alteri parti proximior ſit, eorum eſt tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia poſſident. Quod ſi aliqua parte diuiſum ſit flumen, deinde infra vnitum agrum alicuius in inſulę formam redegerit, eiuſdem permanet is ager, cuius & fuerat.

COMMENTARIVS.

1 *Cauſa acquiſitionis inſulæ.*
2 *Error Hottomanni.*
3 *Explicatio* l. pen. de adq. rer. dom.
4 *Cauillatio Pauli.*
5 *Species inſularum.*
6 *Alius error Hottomanni.*

Dixi-

DIximus de duabus ſpeciebus adquiſitio-
nis, quas cauſatur flumen, Alluuione
1 & coalitione. Tertia eſt, † Inſulæ in flumi-
ne productio. In flumine, inquam; nam vt in
prin. §. docet Iuſtin. ex *l. 7. §. 3. de adquir. rer. dom.*
ſi in mari nata ſit, ad hanc ſpeciem adquiſi-
tionis non pertinet, ſed eſt nullius, & proinde
cedit occupanti. In flumine autem nata ad-
ijcitur vicinis prædijs. Ex quo confirmatur,
quod ſupra contra Hottoman. diſputaui, i-
pſum alueum quodammodo videri eſſe par-
tem vicinorum prædiorum, qui tamen inter-
im videtur eſſe publicus, quoniam à flumine
contegitur, & nullum ſui vſum præbere po-
teſt. Nam vtiq; inſula de qua hic loquimur, &
quæ immobilis eſt, eadem pars quædam al-
uei eſt; ſed quia prominet ex ſuperficie flu-
minis, & ita eius vſus priuatis eſſe poteſt,
vt vicinorum prædiorum pars, dominis eo-
rum cedit. Confirmatur amplius, quod inſu-
la non omnino æqualiter accedit vicinis
prædijs, ſed tum demum, ſi & medium
fluminis teneat, & prædia vtrimque æqualis
ſint latitudinis: Ceteroquin, aut tota acce-
dit prædijs, qui ſunt ab vna parte fluminis
ſi ei parte propior ſit, aut ſi medium te-
neat, & prædia non ſint æqualia, pro mo-
do latitudinis eorum diuiditur: hinc enim
intelligimus, non aliam eſſe rationem hu-
ius adquiſitionis, quam quod inſula pars
aluei eſt, nam & in alueo relicto ita obſerua-
tur, vt dicemus ad §. *ſeq.* & de ea re tractant
Iuriſconſulti in *l. inter 29. & l. inſula 56. de adq.
rer. dom.* Atq; hinc eſt, quod ſi qua inſula non
cohæreat alueo, ſed ex virgultis, aut alia
materia concreta in ſuperficie fluminis hæ-
reat, vt ſolum & ſcilicet alueum non tangat,
ſed moueatur in flumine, ea non ſit vicinorũ
prædiorum; vt Paulus ſcribit in *l. penultim. §.
ſi qua 2. de adquir. rer. dom.* cuiuſmodi inſulæ
meminit *Liuius libr. 2. in princ.* quæ nata fuit,
ex ſegete farris (quæ creuerat in Campo Tar-
quiniorum, conſecrato Marti) demeſſa & de-
iecta in Tiberim. Ex quibus rurſus apparet,
2 falſo ab † Hottomanno hanc rationem red-
di huius adquiſitionis, quod qui vicini ſunt,
præſumantur primi eam occupaturi. Neque
enim per occupationem fit hæc adquiſitio,
ſed per acceſſionem; & poſſet vtique alius
præuertere vicinum occupando, & ſi ita
eſſet, inſula quoque in mari nata deberet
eſſe eorum, qui prope littus poſſident præ-
dia; quia & hi poſſent dici primi occupaſſe.
Amplius ſi hæc ratio vera eſſet, procederet
etiam hæc adquiſitio & acceſſio, licet prædia
vicina eſſent limitata; quod tamen contra
eſt, *l. 1. §. ſi inſula 6. de flumin.* Vbi dicitur inſula
ea eſſe occupantis, non vicinorum; vt appa-
reat hic omnino à veritate aberraſſe Hotto-
mannum.

Huic tamen ſententiæ, quod in inſula in
flumine publico enata, ſit vicinorum, & non
publica, obiicitur *l. pen. §. 1.* † *& §. vltim. de ad-* 3
quir. rer. dom. quo vtroque loco non obſcure
affirmatur inſulam eſſe publicam, & qui-
dem in *d. §. vltim.* ex hac ratione, quoniam i-
pſum flumen ſit publicum; itaque iſta loca ad
caſum quo vicina prædia ſunt limitata, re-
ferri non poſſunt. Facilior eſt reſponſio ad §.
1. *d. l. pen.* quod inſula ibi publica dicatur ratio-
ne non proprietatis, ſed vſus & nimirum
non tota; ſed quoad partes extremas, quæ
funguntur ripæ vicem; nam inſula enata facit
vt quaſi duo ſint flumina, quo vſque ſe inſula
extendit, vtique duæ partes fluminis. Itaque
quod iuris eſt nauigantibus, aut piſcantibus
in ripis fluminis proprie dictis, iuxta dicta
ad *§. riparum 4. ſupr. h. t.* idem ius eſt, in par-
tibus extremis & oris inſulæ enatæ, vt ibi
quoque alligare arboribus funes, naues ap-
pellere, & retia liceat ſiccare. Quam ſen-
tentiam omnino efficit vulgata lectio il-
lius loci, (Florentina enim obſcura & cor-
rupta eſt,) *in eo genere inſula eſt, quo ripæ flumi-
ni, & littora mari proxima, &c.*

Ripæ nimirum vſum publicum præbent,
vt diximus; ad eundem modum & hæc
inſula. Et vt tanto minus incommoda videa-
tur hæc explicatio, obſeruandum eſt, quod
in *dict. leg. penultim.* † Paulus, qui in epitomen 4
redegit pithana id eſt, veriſimilia Labeonis,
re vera arguteur, & ſtudio quodam con-
tra-

tradicendi cauilletur Labeonem. Dixerat Labeo inſulam in flumine natam proxime meũ fundum, meam eſſe. Veriſſima hæc ſententia eſt: quam tamen Paulus in §. 2. *d. l. pen. de adq. rer. dom.* cauillatur, falſam eſſe dicens in inſula, quæ in fluminis ſuperficie coaluerit & moueatur; quaſi vero Labeo de eiuſmodi inſula ſenſerit. Eodem modo, veriſſima propoſitio eſt, Labeonis in §. 1. *eiuſdem l. pen.* In inſula quæ mea propria eſt, nihil eſſe publici. Senſerat enim Labeo de proprietate, vt anſam cauillandi haberet Paulus, ſubijcit, vſu vtique in ea eſſe aliqua publicum. Neque enim negat illud prius in ea propoſitione, (& hoc notandum eſt,) quod inſula ſit propria. Sed poſterius, quod ita ſit propria, vt nihil plane in ea ſit publici. Et ita quoque oportet accipi *l. penult. §. vlt.* vt intelligatur inſula publica ratione vſus: Ceteroquin Labeo, cui *d. §. vlt.* tribuitur, ſecum ipſe pugnaret: ſiquidem in §. 2. *eiuſdem L.* hæc eius aſſertio refertur: inſulam in flumine publico natam, eſſe vicini propriam; vt mihi compilatores videantur non ſine vitio ita abſolute retuliſſe in §. *vltim.* tamquam ex ſententia Labeonis inſula publica eſſet. Ad hunc modum etiam Accurſ. explicat *dict. §. vltim.* quamuis aliter, nec deſint etiam, qui textum emendent; vt videre eſt apud *Donell 4. commen. 29. Hotto'n. 1. obſ. 23. Cuiac. 14. obſ. 11. Robert. 1. recept. lect. 11.*

5 Hæc quæ de adquiſitione diximus, † procedunt in inſula vera & proprie dicta. Ea producitur & fit duobus modis, 1. Cum flumen partem aluei ſiccam relinquendo circumfluit. 2. Cum ſenſim colluendo partem aluei extra ſuperficiem aquæ extollit, *leg. ergo 30. §. 2. de adquirend. rerum domin.* nam qui tertius modus ibi refertur, cum partem agri vicini, qui alueus non fuit, circumfluere incipit, æquiuoce additur, non quod reuera inſula ea ſit; quoad hunc effectum adquirendi, ſed ratione formæ exterioris inſulæ, vt docet *hic §. in fin.* Vbi Iuſtinian. agrum eum, quem ita circumdedit flumen, manere domini eius cuius fuerat, reſpondet; & hoc eſt, quod ait, *ſi redegerit in formam inſulæ*: vt ſignificet formam quidem externam inſulæ adeſſe, ſed reuera & in his terminis pro inſula nõ haberi, nec adquiri vicinis prædijs, quomodo & in *dict. leg. 30. §. 2. in l. h. t.* ait ICtus, illo modo cauſam proprietatis non mutari.

Ridicule hic rurſus † Hottomannus: quamuis, inquit, talis quoque inſulæ primi occupantis, tamen credibile eſt primum fore occupantem, cuius ager erat. Ita enim ſequeretur, amiſiſſe ipſo iure eſſe dominium agri, & poſtea de nouo adquiri, quod aperte eſt contra hunc locum & *leg. 7. §. 4. eod. tit.* vt præmonuimus, totum iſtud commentitium & falſum eſt, quod inſula in flumine nata adquiratur per veram & propriè dictam occupationem. Prorſus cum ille ager nec pars alueī ſit, nec fuerit, nec à flumine productus ſit, ſed tantum circumluatur, fieri non poteſt, vt qui dominus fuit, eius proprietatem amiſerit.

Quod raro accidit.] Ait Iuſtinian. raro accidere vt in mari inſula naſcatur, frequenter, vt in flumine. rationem quidam reddunt, quod plures ſint modi, quibus inſula in flumine producatur, ſed falſa ratio eſt; & hæc vera, quod modis duobus prædictis, quibus fit inſula, frequentius locus eſt in flumine, ſed perquam raro & vix in mari, propter maris & alueī marini profunditatem, & conſtantiſſimum maris fluxum, tum etiam propter æſtus reciprocationem. Ex quo fit, vt nec alueus extra ſuperficiem maris attollatur, nec pars alueī facile ſicca relinquatur. Terræmotum inter cauſas enaſcentium inſularum refert Plinius, quem de inſulis in mari natis vide *libr. 2. nat. hiſtor. cap. 84. & ſeqq.* Et hoc de inſula in mari nata occaſione tractatus de inſula in flumine nata, adſpergit Iuſtinianus: tractatus enim de illa adquirenda pertinet ad ſuperiora.

Illud fortaſſis ſuperuacuum ſit admonere; per translationem inſulas dictas ædificia & domus, quæ non communibus

parie-

Digitized by Google

parietibus, ſed ſingulæ propriis muris ambiuntur, quomodo Nero poſt ingens illud incendium vrbem extrui voluit, vt refert *Tacit. 15. anna. v. Alcia. in l. vrbana 166. §. inſularium de V. S.*

TEXTVS.

1. Quod ſi naturali alueo in vniuerſum derelicto ad aliam partem fluere cœperit, prior quidem alueus eorum eſt, qui prope ripam eius prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cuiuſque agri, quæ prope ripam ſit: nouus autem alueus eius iuris eſſe incipit, cuius & ipſum flumen eſt, id eſt, publicus. Quod ſi poſt aliquod tempus ad priorem alueum reuerſum fuerit flumen, rurſus nouus alueus eorum eſſe incipit, qui prope ripam eius prædia poſſident. Alia ſane cauſa eſt, ſi cuius totus ager inundatus fuerit: neque enim inundatio fundi ſpeciem commutat: & ob id ſi receſſerit aqua, palam eſt fundum eius manere cuius & fuit.

COMMENTARIVS.

1 *Aluei relicti adquiſitio.*
2 *Lapſus Hottom.*
3 *Explicatio l. 30. §. 3. h. t.*
4 *De L. 23. Quib. mod. vſuſ. am.*

HÆc denique quarta ſpecies eſt adquiſitionis & acceſſionis per flumen, quam voco deſtitutionem aluei, qui deſertus à flumine, vicinis prædiis adiicitur. Ex quo rurſus
1 probatur, quod iam ſæpe dixi, alueum † fluminis videri quaſi partem quandam prædiorum vicinorum; ceteroquin nulla ratione ſolida eſſet, propter quam relictus alueus à flumine, vicinis prædiis cederet. Et hæc ſentētia diſerte probatur ex *l. ergo 30. §. 1. h. t.* vbi cum dixiſſet ICtus, ripam vſu publicam, ſed proprietate priuatam eſſe, ſubiicit: ideo alueum exſiccatum proximorum fieri, quoniam iam populus eo non vtatur: Quæ comparatio perſpicue probat, quod dixi, alueum etiam dum adhuc continetur à flumine, partem videri vicinorum prædiorum; & dici publicum vel ratione vſus: vel quia vt ante dixi, flumen cum adhuc tenens facit, ne priuatorum ius in eo ſe exſerere poſſit. Et ridiculus eſt † Hottom. qui ne- 2
gat ſe aſſentiri poſſe Celſo ICto hoc affirmanti in *d. l. 30. §. 1.* quaſi plus tribuendum eſſet Hottomanno, cuius præſertim rationes ſupra exploſæ ſunt: & ea quoque quam hic repetit, quod niſi alueus proprietate eſſet publicus, fieri non poſſet, vt qui ante agri fuit dominus, ex quo alueum fecit flumen, amitteret proprietatem, & ea non reuerteretur ad veterem dominum rurſum flumine diſcedēte. Etenim quodammodo dicimus fluminis quoque alueum eſſe publicum: ſed id non impedit, quo minus ſuo reſpectu dicatur pars vicinorum prædiorum. Deinde alueum cum facit ex agro flumen, eum ſibi proprium facit, & quidem præſumptiue perpetuo: eoq; receptum fuiſſe videtur, vt ne amplius prioris domini ratio, ſed iam alueus pro parte quadam vicinorum prædiorum habeatur. Tertio in hoc §. proponitur ſummi iuris ratio, quod alueus rurſus relictus fiat vicinorum: Caius autem in *l. 7. §. Quod ſi 5. inſ. h. t.* adiicit, vix eſſe vt id obtineat: quoniam æquitas dictat, vt priori domino reſtituendus ſit alueus ſiue ager: Quæ limitatio Caii manifeſto deſtruit opinionem Hottomanni. Et de eo forte ſtatuendum fuerit ex circumſtantiis; & inprimis an nouum alueum flumen diutius tenuerit, an paulo citius diſceſſerit. Hoc enim ſi factum ſit prope inundationem iſta occupatio eſſe videtur, & ei aliquatenus ſimilis. Etenim vt huic adquiſitioni & ſententiæ huius §. ſit locus, oportet omnino verum eſſe alueum, factum ex agro alieno. Idque apparet ex fin. huius §. vbi docetur, per inundationem non mutari ſpeciem agri, eoq; recedente flumine manere eius cuius & fuit. Nam ſicut ad §. *præc.* diximus, oportet inſulam eſſe veram, vt illi adquiſitioni ſit locus,

non

non nudam eſſe formam inſulæ : ita & hic oportet alueum eſſe verum, non tantum externam aluei formam. Equidem inundatio proprie eſt, vbi flumen v. c. imbribus auctum, & egreſſum ripas, in vicinos campos ſe effundat, ita vt ſimul alueum ſuum teneat. Et tamen licet flumen deſerto loco ſuo perrumpat per alterius agrum, & eum occupet, ſi eum non ita multo poſt deſerat, non videbitur longe hoc abeſſe ab inundatione : eoque merito hunc agrum prior dominus rurſus ſibi vindicabit. Et ad huiuſmodi caſum (non vbi flumen vere
3 alueum fecit) pertinet reſponſum in *d. l.* † 30. §. 3. *h. t.* (nam & nominatim inundationis fit mentio) vbi dicitur : quod recedente flumine ager fit eius cuius ante fuit. Non quidem loquitur de ſimplici exundatione, ſed nec tamē de vera aluei factione, quæ non niſi tum habet locum vbi flumen diuturno lapſu excauauit agrum ; oſtendit autem iam *d. l.* 30. §. 3. quam ineptum ſit argumentum Hottomani, quod paulo ante confutauimus. Ita ille colligit. Niſi alueus publicus eſſet reuera, non poſſe fieri, vt alueus relictus adquireretur vicinis prædiis. Atqui ICtus in *d.* §. 30. agrum ait eſſe factum publicum, vt tamen recedente flumine eum reſtituendum dicat priori domino : vt hinc appareat, iſta inter ſe non pugnare, alueum dici publicum, vt tamen ob id nihilominus vicini in eo ius aliquod habeāt quæſitum, quod ſeſe
4 exſerat vbi diſceſſit flumen. Porro et † quod diximus ex *l.* 9. *inf.* agrum inundatum manere domini prioris, & per inundatum non mutari ſpeciem agri, aut proprietatis cauſam, (quoniam ſcilicet non factus eſt alueus) non parum videtur obſtare *l. ſi ager* 23. *Quib. mod. vſusfruct. am.* vbi inundatione facta proprietas dicitur amiſſa. Reſpondet Accurſius, quod proprietas improprie & paulo laxius dicatur amiſſa propter omnino interuerſum vſum, in quo omne emolumentum proprietatis conſiſtit, ſed forte rectius, & his quæ hactenus tractauimus, conſequenter, dicimus, quod in *d. l.* 23. agat ICtus non de ſimplici inundatione, cum flumen alueum ſuum ſeruans effunditur extra ripas ; ſed cum flumen totum vno impetu alueo deſerto in agrum aliquem ſe effundit : ita quidem vt dubium eſſe poſſit, an flumen in eo agro ſit manſurum, & ex eo nouum alueum facturum, an in priorem ſuum alueum reuerſurum. Et in illum euentum, quo alueum ex agro flumen facturum eſt, ſane recte dicimus, amiſſam proprietatem videri, adeo vt nec deſertus ille alueus domino priſtino reſtituatur, ſed cedat prædiis vicinis. Hoc reſpectu, & in iſto dubio dicitur interim amiſſa proprietas, quæ tamen, ſi iſtud quod dixi, non accidat, ſed flumen agrum needum alueum factum deſerat, priſtino domino reſtitui debet, vt adiicitur in *d. l. ſi ager* 23. *Quib. mod. vſuf. amitt.* Porro pluſquam perſpicuum eſt quid hic alueus ſignificet ; ideoque ſuperuacuo monet Myns. alueum etiam alibi capi pro loco in quo apes mellificant §. *apium* 14. *ſup. h. t.* itemque pro tabulis quibus teſſeris luditur.

Pro modo latitudinis.] Eadem eſt hic ratio aluei adquirendi vicinis, quæ eſt inſulæ, & de eo diximus ad §. *præced.*

TEXTVS.

19. Cum ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet, quis eorum naturali ratione dominus ſit : vtrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit : vt ecce, ſi quis ex alienis vuis aut oliuis, aut ſpicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit : aut ex alieno auro vel argento vel ære, vas aliquod fecerit : vel ex alieno vino & melle mulſum miſcuerit, vel ex medicamentis alienis emplaſtrum vel collyrium compoſuerit : vel ex aliena lana veſtimentum fecerit, vel ex tabulis alienis nauem vel armarium, vel ſubſellia fabricauerit. Et poſt multam Sabinianorum & Proculianorū ambiguitatem placuit media ſententia exiſtimantium,

Digitized by

tium, ſi ea ſpecies ad priorem & rudem materiam reduci poſſit, eum videri dominum eſſe, qui materiæ dominus fuerit: ſi non poſſit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Vt ecce, vas conflatum poteſt ad rudem materiam æris vel auri, & argenti reduci: vinum autem vel oleum aut frumētum, ad vuas, vel oliuas, vel ſpicas reuerti non poteſt: at ne mulſum quidem ad vinum & mel reſolui poteſt. Quod ſi partim ex ſua materia partim ex aliena ſpeciem aliquam fecerit quis: veluti ex ſuo vino & alieno melle mulſum miſcuerit: aut ex ſuis & alienis medicamentis emplaſtrum, aut collyrium, aut ex ſua lana & aliena veſtimentum fecerit, dubitandum non eſt, hoc caſu eum eſſe dominum, qui fecerit: cum non ſolum operam ſuam dederit, ſed & partem eiuſdem materiæ præſtiterit.

COMMENTARIVS.

HIc nouus adquirendi modus tractatur, qui dicitur ſpecificatio, & qui ſub occupationem nec veram nec fictam poſſe referri videtur: vtique vbi ſpecies tota ex aliena materia eſt: niſi quis per introductionem formæ dicatur occupaſſe materiam alterius. Hinc enim, quoniam forma dare dicitur eſſe Rei, tota deciſio huius rei dependet: Et in hoc etiam fundatur diſtinctio, quam poſt relata varia ſpecificationis, ſed non eiuſdem conditionis exempla, ſubiicit Iuſtin. in *verſ. Et poſt.* Etenim vt ex hoc, quod forma dat eſſe Rei, defendatur adquiſitio dominii, & vt res ſit eius, qui formam dedit, oportet veram eſſe formam, à qua principaliter totum corpus æſtimatur, non vero accidentariam magis & nudam extrinſecam figuram: idque præcipue accidit in iis, de quibus loquitur alterum membrum diſtinctionis, quæ ad priſtinā rudem materiam citra inſigne aliquod damnū reduci poſſunt, veluti ſunt pocula ex auro vel argento alterius confecta: ad quæ pertinet, quod eleganter Paulus ſcribit in *l. quæſitum 78. §. illud 4. de legat. 3.* ea quæ talis naturæ ſunt, vt ſæpius redigi poſſint in ſua initia, ea materiæ potentia victa, numquam eius vires effugere. Ex quo in genere ſtatuere liceat, vbi potior eſt materiæ ratio, ibi rem debere manere eius cuius materia eſt: contra, vbi dignior & præſtantior eſt forma, vt tum ſit dominus, qui formam dedit, quemadmodum ſi egregius artifex ex rudi lapide ſtatuam fecerit: ſecus enim fuerit, in iſtis quoq; terminis ſtatuæ factæ, ſi citra maiorem aliquam operam ex ære meo vel auro quis conflarit ſtatuam, vt ſcilicet hic materiæ dominus, idem ſit ſtatuæ dominus, per *l. in omnibus 24. h. t.* vbi Paulus idem ſtatuit, in ſtatua facta ex ære meo, & ſcypho facto ex meo argento: quo caſu me dominum ſcyphi manere conſtat, vt patet ex *hoc §. inf.* & haud dubie in *d. l. 24.* legendum eſt affirmatiue, *reduci poſſunt*, vt vulgata habent exemplaria: & rectè in Florent. particula *non* virgulis, vt ſpuria incluſa eſt. Et igitur pro hac diuerſitate modo materia cedit formæ, modo forma cedit materiæ: quæ nec pro vera forma habenda eſt. Et hæc ſane diſtinguendi ratio rectior eſt, quam ea, quæ cōtra ICtos adhibetur à Connano, (quē recte hic confutat Hotto.) à pretio & valore rei, an materia pretioſior ſit, an forma opus & rem totam precioſiorem fecerit: Neque enim à valore rei recte ad ius dominii inferri poteſt: ſed magis ex eo an res videatur adhuc eſſe eadem quæ prius, an non: ſiquidem vbi res non poteſt reduci ad priſtinam materiam, videtur quodammodo interiiſſe, & nouum quid effectum: quo reſpicere videtur *Paulus in l. 3. §. genera 21. de adq. poſſ.* his verbis, *quæ ipſi, vt in rerum natura eſſent, fecimus.* quod non recte dicitur, vbi in eandem materiam res poteſt reduci: quo ad effectum iſtum de quo hic quærimus, adquirendi dominii: nam quo ad alium effectum, vt quis tamquam qui dolo deſiit poſſidere, teneatur

actione ad exhibendum, & ex ſcyp[illegible] maſſa facta fuerit, res quaſi [illegible] habetur *l. Iulianus 9 §. ſed ſi 3. ad exhib.* vbi tamen additur, propter mutatam formam PROPE videri extinctam ſubſtantiam rei. Et huc pertinet quod eſt in *l. mulieris 13. de V. O.* rem videri abeſſe, cuius forma mutata eſt, licet maneat idem corpus.

Porro Iuſtin. in *verſ. vt ecce vas* diſtinctionem propoſitam applicat ad exempla in *pr. §.* propoſita, vas, inquit, conflatum poteſt ad rudem materiam reduci: ex quo intelligimus, eum ex cuius ære auro vel argento ſcyphus factus eſt, eſſe dominum ſcyphi: neq; de hoc eſt controuerſia. Pergit Iuſtin. vinum, oleum aut frumentum, ad vuas, oliuas aut ſpicas reuerti non poteſt. Ergo erit dominus, qui ex vuis & oliuis vinum aut oleum fecit. Nam quod ad frumentum attinet, omnino, quod hic prætermiſit Tribonianus, addendum & ſupplendum eſt ex ICto in *l. 7. §. cum quis 7. in f. h. t.* frumentum excuſſum eſſe eius cuius fuerant ſpicę, quoniam qui excuſſit, non fecit nouam ſpeciem, ſed detegit tantum eam quæ eſt: ſiquidem frumentum iam in ſpicis perfectam ſuam habet ſubſtantiam, cui nihil addit, qui tantum frumentum excutit: quæ certiſſima ratio facit, vt hoc exemplum & hic caſus ad ſpecificationem non pertineat & planiſſime errauit Azo relatus à Gl. & probatus à *Ioh. Plat.* quod per hunc §. corrigatur *d. l. 7. §. 7. eod.* Sed & quod ad vuas vel oleas attinet, abeſt id exemplum non longe à ſpicis, & proinde non videtur rationi congruum, vt dominus ſit, qui ſcil. ex vuis alterius torculari ſubiectis expreſſit vinum: nam vix eſt vt poſſit hic dici nouam formam feciſſe, quippe quæ iam erat in vuis potentia proxima, & ad hoc vt fieret ex ipſis vinum deſtinatis, nec aliam formam recipere aptis natis. Et mihi omnino poſterius iſtud membrum quo res ad priſtinam materiam reuerti non poteſt, ſubdiſtinguendum videtur, vt tum demum dominium amittat materiæ dominus, ſi vere forma & omnino noua fuerit addita, & quæ fuerit quodammodo remota, vt ita dicam à materia, quæ pluribus formis [illegible]cipiendis apta erat. Hæc ſententia pro[illegible] argumento eius controuerſiæ, quæ tract[illegible] de naui facta ex lignis alienis: vt videlicet ſi lignum fuerit rude ex ſylua cæſum, nauis ſit eius, qui fecit: ſin vero tabulæ fuerint iam deſtinatæ naui faciendæ, ſit nauis eius cuius lignum & ſcil. tabulæ fuerunt. Ita enim ſolent componi textus in ſpeciem pugnantes (Hottom. putat eos vere pugnare) in *l. ſed ſi 26. de acquir. rer. dom. & in l. Minicius 61. de rei vindicat.* Deinde & directe probatur ea ſententia, ex *l. de eo 12. §. ſi quis 3. ad exhib.* vbi in terminis Paulus reſpondet pro domino vuarum & olearum; ſubiecta ratione, quod noſtrum debeat eſſe, quod ex noſtro fit; videlicet citra veram mutationem, & veram nouam formam; quam ſi reuera addit alius, tum rationi illi locus non eſt. Neque mouet, quod ibi ſciuit alter vuas vel oleas eſſe alienas: quoniam adquiſitio dominii ex iure gentium, de qua hic tractatur, vbi alias cauſa habilis eſt, per malam fidem non impeditur, vt mox dicemus ad *§. ſi tamen h. t.* licet gl. & communiſſime Interpp. diſſentiant, qui requirunt bonam fidem. Nec rurſus mouet, quod bonæ fidei poſſeſſor fructus perceptos ſuos facit *§. ſi quis à non infr. h. t.* non autem malæ fidei poſſeſſor *l. 4. C. de crim. expil. hered. l. 3. C. de condict. ſine cauſ.* quoniam perceptio fructuum per ſe non eſt modus adquirendi dominii, ſed quatenus quis ius in fundo habet: bonæ autem fidei poſſeſſor interim domini loco eſt, vt dicemus ad *d. §. ſi quis 36.* Atq; hoc malo, quam vt cum Weſemb. & aliis diſtinguam inter rationem naturalem & ciuilem: quaſi ex hac non fiat dominus qui eſt in mala fide: hac enim iuxta rationem iuris gentium tractant ICti. Nec quidquam facit, quod in *l. 7. §. 7. h. t.* dicitur, *ſuo nomine.* nec inde infertur, opus eſſe bona fide: nam & mala fide meo nomine facere poſſum: & prædo fundum alienum ſuo nomine poſſidet.

Supereſt hoc circa caſum, quo ex aliena planè materia quid factum eſt. Iuſtinianus in *f. §.* dum applicat diſtinctionem, & decidit, non meminit quorundam caſuum quos in pr. propoſuerat, ſcil. empiaſtri confecti ex medicamentis,

Digitized by Google

nientis, ve[illegible] ex lana, [illegible] vel armarium ex tabulis. [illegible] quid igitur de his ſtatuimus? Nimirum applicanda eſt iis eadem diſtinctio huius §. & vt ego quoq; exiſtimo, ſubdiſtinctio, quam addendam dixi. Et de tabulis paulo ante diximus: nec aliter videtur ſtatuendum de lana. Si quis ex detonſa ouibus meis lana veſtimentum fecerit, non dubitandum, quin ipſe dominus ſit: ſed ſi lana iam præparata ſit, & pannus factus, dixerim v. c. ex hoc tunicam vel pallium factum, eſſe eius cuius pannus erat. Et ita erunt conciliandi textus in *l. ſed ſi 26. in pr. de acq. rer. dom. & in l. de eo. 12. §. 3. ad exhib.* & in hac ſcilicet, quæ negat dominum eſſe qui veſtimentum fecit, lana pro panno accipienda & eſt vtraq; Lex Pauli, quē ſecum pugnaſſe probabile non eſt. Quod ad medicamenta attinet, ſiquidem ea iam parata fuerint & perfecta, non dubitarim emplaſtrum eius eſſe cuius medicamenta fuerunt, ceteroquin emplaſtrum erit facientis, *l. quidquid 27. §. 1. h. t.*

Hæc de caſu, quo quid totum ex aliena materia factum eſt. Si materia communis fuit alterius & facientis, ait Iuſtin. palam eſſe, nec dubitandum eum eſſe dominum qui fecit, quia & operam, & partem de ſuo præſtiterit. Hottomannus poſt alios id ita accipit, vt eadem adhibeatur diſtinctio, quæ in §. *praced.* & iſtud tum procedat, ſi res ad priſtinam materiam non poſſit reuerti. Quod mihi non videtur conuenire ſententiæ Iuſtiniani: quippe qui in caſu §. *praced.* proponit quæſtionem cuius ſit ſpecies, dubitat, & diſtinguit. Atquin in caſu altero negat eſſe dubitandum, & proinde nec diſtinguendum hic videtur. Neque mouet quod Hottom. obiicit, materias poſſe ſeparari & debere, & cuique ſuum reſtitui, per *§. ſi duorum inf. h. t. iunct. l. Lacus 12. §. 1. eod.* etenim id procedit, vel vbi ab alio tertio duorū materiæ confuſæ ſunt & ſpecies facta, vbi quæritur an res communis ſit nec ne: vel vbi ſimpliciter confuſæ ſunt citra conſtitutionem nouæ ſpeciei, quam non intendit ille, qui ſimul partem addidit de ſuo. De quo forte plenius cogitandum. Hæc omnia ita diſputantur, vt intelligamus, quis dominus ſit & rem vindicare poſſit, non autem propterea, cuius materia fuit eius damnum ſentit, ſed ei propriis actionibus prouiſum eſt, de quibus commodior dicendi locus erit ad §. *ſi tamen. inf. h. t.* Ait Iuſtin. in *pr.* §. quæri, quis naturali ratione dominus ſit. Vbi naturalis ratio accipitur latius, & pene abuſiue, ceteroquin naturalis ratio omnibus inſita eſt: à qua quæ fluunt, de iis vtiq; inter doctos controuerti non ſolet. Recte hic Baro, quædam, inquit, leuiter tracta ſunt à natura, quorum ratio non cuiuis perſpicua eſt.

Armarium.] Meminit *Varro 4. de Lin. Lat. 28.* & videtur ei idem eſſe, quod armamentarium. Apud Plaut. ſignificat locum in quo reponuntur cibi, in *Captiu. ſi. Dieſpiter.* cellas refregit omnes, recluſitq, armarium. Vlpianus vſurpat pro loco in quo reponuntur libri *l. librorum 52. §. libris 3. & §. ſed ſi 7. de leg. 3.*

TEXTVS.

Sequitur apud Iuſtin. §. ſi tamen. Verum ob affinitatem materiæ, cum ſpecificatione, ſubiicio *§. ſi duorum 28. cum §. ſeq. h. t.* Nam d. §. ſi tamen. commodius connectitur cum §. cum in ſuo & ſeqq.

20. Si duorum materiæ voluntate dominorum confuſæ ſint, totum id corpus quod ex confuſione fit, vtriuſque commune eſt: veluti ſi qui vina ſua confuderint, aut maſſas argenti vel auri conflauerint. Sed & ſi diuerſæ materiæ ſint, & ob id propria ſpecies facta ſit, forte ex vino & melle mulſum: aut ex auro & argento electrum, idem iuris eſt: nam & hoc caſu communem eſſe ſpeciem non dubitatur. Quod ſi fortuito & non voluntate dominorum confuſæ fuerint vel eiuſdē generis materiæ vel diuerſæ, idem iuris eſſe placuit. Quod ſi frumentum Titii, frumento tuo mixtum fuerit, ſiquidem voluntate veſtra,

dundo, vt res diſtribuatur, & ex maſſa diuiſa duo pondo mihi reſtituantur. Huic addenda eſt ſecunda propoſitio, ſi materiæ eiuſmodi confuſæ fuerint quæ ſeparari non poſſunt & deduci, itidem inducitur communio, ſiue confuſio ſit caſu facta, ſiue ab alterutro domino tantum; quoniam ipſa conditio materiarum & qualitas facit, vt corpus ſit commune, quod ſeparari non poteſt: itaque hactenus eſt eadem ratio huius caſus & prioris, vt agatur vindicatione pro rata aut communi diuidundo, vt docet *l.* 3. §. *vlt. cum l. ſeq. de rei vindicat.* in qua additur, etiam furti agi poſſe & ad exhibendum, ſi quis dolo malo confuderit materias, vt appareat idem eſſe hic vbi vnus dominus materias confudit (nam vbi vtriuſque conſenſu vel fortuito confuſio facta eſt, iſtæ actiones non habent locum) videlicet vt eſt in *l.* 3. quæ ſeparari non poſſunt. Quod ſi enim (& hæc tertia propoſitio eſt,) materiæ recipiant veram ſeparationem, & non communi conſenſu, ſed facto vnius vel caſu confuſio facta eſt, corpus non fit commune: & ideo non agitur communi diuidundo, ſed quiuis partem ſuam diſtinctim & pro diuiſo vindicabit, vt expreſſe docet *l. idem* 5. §. 1. *verſ. ſed ſi plumbum de rei vindicat.* Illa autem propoſitio, quod confuſis materiis ab vno domino quæ ſeparari non poſſunt, vindicatio competat partis pro indiuiſo, aut actio communi diuidundo procedit ſi vtraq; materia confuſa licet, eſſentiam veterem retineat: nam ſi pro extincta quodammodo habeatur, & ſcilicet noua ſpecies ex confuſione extiterit, quæ ad priſtinam ſpeciem reduci non poſſit, veluti ſi Titius vinum ſuum & meum mel confuderit, mihi in rem actio non competit, ſed Titius totius corporis dominus factus eſt per ſpecificationem, iuxta §. *cum ex aliena ſup. h. t.* idq; docet *d. l.* 5. §. 1. *in pr. & fin. de rei vindicat.* itaque hic caſus ad iſtum §. non pertinet. Et aliis actionibus hic ſuccurritur ei cuius materia fuit, de quibus mox: non pertinet, inquam ad hunc §. ſi ſuo nomine ita quis ſpeciem fecerit: ceteroquin ſi vtriuſque nomine vel ſi voluntate vtriuſque domini, aut caſu ea confuſio facta ſit, corpus erit commune: de quo caſu hoc §. loquitur Iuſtinianus. Et igitur in ſumma: aut res confuſæ ſunt voluntate dominorum, & indiſtincte fit communio: aut citra eam: & hoc caſu aut ſeparari poſſunt, & rurſus indiſtincte nulla fit communio, ſiue facto vnius ſiue caſu confuſæ materiæ ſint: aut ſeparari non poſſunt: & ſic rurſus; aut materiæ retinent ſubſtantiam ſuam & fiunt communes: aut non retinent, ſed extitit noua ſpecies: & iterum aut confuſio facta eſt caſu, & fiunt communes, aut facto vnius, & corpus totum fit ſpecificantis, & ille domino priori materiæ propriis actionibus tenetur.

Ex his apparet, recte in *fin.* §. *ſi duorum*, lege affirmatiue, *idem iuris eſſe placuit.* quomodo & in *l.* 7. §. *ſed etſi* 9. *h. t.* quæ ſententia hic magis eſſet aperta, ſi legeremus, *Quod etſi.* Etenim in toto h. §. vt exempla oſtendunt, agitur de materiis confuſis quæ deduci integræ, quales prius erant, non poſſunt: itaque de iiſdem in f. §. agere intelligendus eſt: in hoc autem caſu ipſa materiarum conditio inducit communionem, vt paulo ante diximus. Itaque aut mendum aut error eſt Theophili, qui hic legit negatiue οὐ τὸ αὐτὸ γε[illegible]. Putat autem Hottoman. hic legi poſſe & legendum eſſe τοῦτο αὐτό: licet idem 4. *obſer.* 12. magis probet lectionem negatiuam: quæ vera ſane eſt, ſi ponamus, materies ſeparabiles caſu confuſas eſſe, hic enim communio non inducitur. Intelligimus autem materias ſeparari non poſſe, quæ eius conditionis ſunt, vt non poſſint eadem numero reſtitui & prorſus eadem ſingulis dominis, quo ad ipſum corpus indiuiduum, non quo ad quantitatem aut pondus. Ita enim in *l.* 3. §. 2. argentum duorum confuſum negatur ſeparari poſſe, quoniam ſcil. fieri non poteſt, vt ſciatur quæ pars ante cuiuſque fuerit. Contra plumbum cum argento mixtum ſi fuerit, ſingula poſſunt accurate ſeparari, qualia ante fuerint *l.* 5. §. 1. *verſ. quod ſi plumbum de rei vindicat.* vbi additur, æs & aurum mixtum non poſſe deduci, cui tamen contradicit *l. Labeo* 12. §. 1.

§. 1. *de adq. rer. dom.* quæ cauſa fuit, vt quidam ex *d. verſ. Quod ſi*, negationem detraxerint: aut an ICtus in *d. l. 5.* agit de caſu quo ſeparatio in procliui eſt & expedita: non de ea quæ fit artificio aliquo accuratiori & laborioſiori: ad quem caſum referam *d. l. 12. §. 1.* aut an potius aliud in ære & argẽto, de quo in *d. l. 12.* aliud in ære & auro, de quo in *d. l. 5. de rei vind.* quod ego peritis diiudicandum relinquo. Notat plane *Alciat. 6. parerg XI.* hodie inuentam eſſe aquam quæ chryſalia dicitur, cuius vi aurum à quouis alio metallo ſeparari poſſit: eoque non amplius fore locum ſententiæ *d. l. 5. §. 1.* Fortaſſis autem an iſta detractio non fiet ſine corporum deterioratione & imminutione: quod ſi ita eſt, hodieq; defendam deciſionem *d. l. 5. §. 1.*

Hæc de confuſione. De commixtione breuiter ita ius eſt, vt ſiquidem voluntate vtriuſque domini facta ſit, aceruus frumenti ſit communis *§. Quod ſi frum. in pr. h. textu.* ceteroquin ſi hoc vel facto alterutrius vel caſu contigerit, nulla inducitur communio: quoniam natura & eſſentia ſua ſeparata & diſtincta manent, *h. textu, verſ. Quod ſi caſu.* Itaque ſummo iure quiſque dominus ſingulorum corpórum & granorum habet vindicationem: ſed quoniam granorum quæ cuiusque fuerunt accurratam ſeparationem fieri impoſſibile eſt: oportet vindicationem inſtitui pro modo frumenti, v. c. in tot modios, adiecta qualitate frumenti, ita vt iudex æſtimet quale cuiusque frumentum fuerit, *h. text. inf.* videlicet, vt ſi alterius frumentum melius fuerit, iudex ei plus ex aceruo frumenti, vel ratione bonitatis aliquam pecuniæ ſummam adiudicet: vt perinde pene effectu res ſit, ac ſi communio facta fuiſſet. Et hactenus exemplum à pecoribus commixtis *h. §.* laborat diſſimilitudine: quoniam haud dubie ipſa corpora quæ cuiuſque fuerunt, poſſunt vindicari. Sed Iuſtin. ei ſiol tantum hoc adduxit, vt oſtenderet, ſubtili iure non fieri communionem frumentorum.

Electrum.] Plin. *lib. 33. cap. 4.* Omni auro ineſt argentum: vbi quinta portio argenti eſt, electrum vocatur. Fit & cura electrum, argento addito. Aliter Suidas ἤλεκτρον, ἀλλότυπον χρυσίον μεμιγμένον ὑέλῳ καὶ λιθίᾳ. Homerus videtur illi tribuere ſecundas poſt aurum 4. *Odyſſ.* χρυσοῦ τ' ἠλέκτρου τε καὶ ἀργύρου ἠδ' ἐλέφαντος. Alio ſenſu electrum appellat *Plin. lib. 37. cap. 2. & v. Iſid. de Metall. 16. cap. 23.*

TEXTVS.

21. Hic ſubiicio §. *ſi tamen.* ex ratione quam dedi ad §. *prec.* & mox pluribus exponam.

Si tamen alienam purpuram veſtimento ſuo quis intexuerit, licet ſit pretioſior purpura, tamen acceſſionis vice cedit veſtimento; & qui dominus fuit purpuræ, aduerſus eum qui ſubripuit, habet furti actionem, & condictionem, ſiue ipſe ſit qui veſtimentum fecit, ſiue alius: nam extinctæ res, licet vindicari non poſſint, condici tamen à furibus, & quibuſdam aliis poſſeſſoribus poſſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Adquiſitio per acceſſionem.*
2 *Quæ actio detur amiſſo ita dominio.*
3 *De L. 12. §. 3. ad exhib.*
4 *De L. 9. §. 3. eod. tit.*
5 *De purpura attexta.*
6 *Et quid ſi id bona fide factum.*

Hic §. præ aliis difficilis eſt. Reuocandum in memoriam eſt, quod ſup. diximus, occupationem aliam eſſe veram, aliam fictam, vbi res noſtra rem aliam ſibi adiectam ad ſe trahit, & quaſi occupat: qui modus acceſſio vel † adiectio dici ſolet: Adiectio autem illa 1 aut fit per naturam, cuius ſpecies in præcedentibus expoſitæ ſunt: vel facto hominis, cuius ſpecies plures in ſeqq. exponuntur. Et habet hæc ſpecies adquiſitionis hoc fundamentum, & hanc rationem, quod acceſſorium cedit

cedit principali, & adiunctum ſubiecto; vtcunque forte principale ſit minoris precij, velut hic Iuſtinianus docet, purpuram attextam veſtimento, huic cedere, (ita vt veſtimenti dominus ſit dominus purpuræ) licet purpura pretioſior ſit. Et ita enim diſputat Paulus in *l. in rem 23. § 3. de rei vind.* neceſſe eſt rei cedere, quod ſine illa eſſe non poteſt, quod tamen pertinet ad poſterius illud, de adiuncto, vt cedat ſubiecto: latius autem patet hic modus, vt principali cedat acceſſorium; velut in ſpecie huius §. ſiquidem purpura poteſt eſſe abſque veſtimento, ſed quoniam coniuncta & quaſi incorporata veſtiméto partem eius facit, fit vt ſequatur conditionem ipſius veſtimenti, quoniam quod alicui rei adijcitur, cedit toto *l. ſed ſi 26. §. 1. h. t.* vt principali *l. cum aurum 19. §. peruenīamus 13. de auro & arg. leg.* & adiunctum quaſi habetur pro extincto *h. §. iunct. l. tigni 7. in pr. ad exhib.* vbi negatur adiunctum iſtud poſſideri. Duplex autem circa hunc modum adquirendi inſpectio eſt, quod quis vel rem alienam adijcit rei ſuæ, vel rem ſuam alienæ, quo caſu itidem dominium rei ſuæ amittit: & vtriuſq; exempla h. t. proponuntur. Illud autem addit Iuſtin. quod in omnibus eiuſmodi caſibus obtinet, quod licet amittam dominium purpuræ, tamen pro ea habeam alias, & proprias actiones. Etenim ratio adquirendi facit, vt dominus veſtimenti fiat dominus purpuræ: Sed & ratio facit, vt ne alter cum iniuria mea locupletetur. Et hic in genere, aut paulo latius videndum

2 eſt, quæ actiones † in huiuſmodi caſibus propoſitæ ſint ei, qui dominium rei ſuæ amiſit. Plane vbi res quæ nullius, vel hoſtilis fuit, occupata eſt, quæſtio hæc non habet locum: ſed vbi quæ fuit alterius ciuis, per acceſſioné & ſpecificationem dominium mutauit; & quidem fere vbi factum hominis interceſſit; non vbi per naturam ſolam adiectum alteri quid fecit; extra illum vnicum caſum quem tractauimus in *§. præterea ſup. h. t.* vbi per coalitionem pars agri a flumine auulſi, effecta fuit vicini, vbi vtili actioni locum eſſe diximus ex *l. 5. §. 3. de rei vindicat.* Fere hic diſtinguendum eſt, an res adiuncta, ſeparari poſſit nec ne; & an bona an mala fide adiuncta ſit nec ne, & rem an adhuc cohæreat nec ne? pleriſq; caſibus accidit, vt licet rei adiunctæ dominium adquiratur alteri, tamen quoniam adiunctio eſt adquirendi cauſa, hac ſublata etiam ceſſet effectus, & ius prioris domini redeat, ita vt rem ſeparatam vindicare poſſit, vt in *§. cum in ſuo ſolo 30. in fin. infr. h. t.* dicitur de materia alterius, ex qua ædificium extructum, & poſt diſſolutum fuit: imo tantum videtur hinc excipi vnus caſus ferruminationis: per *l. in rem 23. §. item 5. in f. de rei vind.* vbi ſi brachiú ex materia aliena per ferruminationem quis ſtatuæ ſuæ adiunxerit, etiam abruptum brachium vindicari à domino poſſe negatur. Itaque hoc caſu omnimodo agédum eſt ſubſidiaria in factum actione *d. §. 5. inf.* & omnib. caſibus, quibus aliæ actiones deficiũt, de quib. iam dicemus. Et itaq; tum quoque actio eadem neceſſaria erit, vbi quis ex materia mea vel ſola vel cum ſua ſpeciem fecerit, & ſibi dominium adquiſiuit, & nimirum talem ſpeciem, vt materia mea ſeparari non poſſit, veluti ſi ex melle meo & vino fecerit mulſum, vel melle meo & vino ſuo; nimirum ſi bona fide putans iſta ſua ſpeciem fecerit; nam ſi dolo malo & ſciens aliena hęc fecerit, tenetur actione ad exhibendum, per text. *in l. Iulianus 9. §. ſed ſi 3. in f. & l. de eo 12. §. 3. ad exhib.* perinde ac ille tenetur, qui rem quę mea fuit, dolo deſijt poſſidere *§. nunc admon. 2. verſ. ſed ſi nummi inf. quib. alien. licet.* non autem tenetur tamquam ſi res adhuc mea eſſet; quoniam, vt ſupra diximus, iſtis modis adquiritur dominium, etiamſi mala fides interuenerit; quod hic §. expreſſiſſime docet; vbi proponitur etiam fur iunxiſſe rem alienam & tamen negatur res vindicari poſſe. Duplex ſane cauſa eſt actionis ad exhibendum, & quod quis rem meam poſſidet, & quod eam dolo malo poſſidere deſijt. Et pro qualitate diuerſorum caſuum modo iſta ratio ſola eſt, modo vtraq; concurrit, quod præſertim non omnino idem in tam diuerſis caſibus, omnibus ICtis placuiſſe videatur. Et nimirum vbi quis ex vuis meis vinum fecit, Iuſtinan. in §.

[illegible] *d. ſup.* dixit eum fieri dominum: ſed [illegible] paulo pin[illegible], & cum v[illegible] ad hanc [illegible] formam deſtinatæ fuerint, & nuda tantum expreſſio acceſſerit, ratione magis facere vt qui vuarum dominus fuit, ſit etiam dominus vini: quam rationem ſecutus
3 eſt *Paulus* † *in d. l. 12. §. 3. ad exhiben.* vbi hac ratione vtitur, quod vinum ſit meum, tamquã ex re mea factum; Ceteroquin ſi rationem Iuſtiniani ſequamur, & ſpecificantem dominum factum dicamus, non tenebitur ille actione ad exhibendum, quia res mea ſit, ſed quia eam dolo poſſidere deſiit. Itaque in *dict. lg. 12. §. 3.* illa ratio Pauli potior & principalior [illegible], quod meum ſit, quod ex re mea [illegible] in illo caſu non autem illa, quod [illegible] alienas vuas fecerit vinum: nam ſi illa [illegible] debet, neceſſe eſt, [illegible] etiamſi bona fide vuas expreſſerit [illegible] poſterior ratio magis ex ſupe[illegible] eſt intelligenda. Eadem
4 obſeruatio neceſſaria eſt, *ad l. 9.* † *§. 3. ad exhiben.* [illegible] Iuriſconſultus, ſi dolo malo res mea in aliud corpus tranſlata ſit, competere mihi actionem ad exhibendum; & ſubjcit exemplum, ſi quis ex ſcypho meo maſſam fecerit; quoniam per mutationem formæ prope ſit interempta ſubſtantia rei; Quandoquidẽ vbi ex maſſa mea argenti ſcyphus factus eſt ſcyphus meus manet, vt ſupra dictum, & conuenit inter ICtos, etiam & magis maſſa mea erit & manebit, quæ ex ſcypho meo facta eſt, itaque cum illa forma ſcyphi non ſit ex eo genere, quę introducta dominium faciat eum qui ſcyphum fecit, neceſſario ſequitur, paulo pinguius loqui ICtum, dum ſcribit, videri interemptam ſubſtantiam rei, & porro actionem ad exhibendum ibi mihi competere, non tantum quia dolo ſcyphus in maſſam conflatus eſt, ſed etiam quoniam res mea eſt; eoque [illegible] omnino eſſe, etiamſi quis ſcyphum ſuum eſſe putans, redegerit in maſſam. Quæ omnia notanda ſunt. Supereſt vt dicamus de
5 [illegible] ne, quæ non facit, quo minus res [illegible] integra re ipſa & eſſentia ſua, ſed [illegible] vt ſecundum quid habeatur pro per-

[illegible] Hoc ſenſu [illegible] manet integra, & tamen [illegible] ſit domini, & [illegible] dicitur hoc §. extincta. [illegible] quis ex metallo vel mate[illegible] vel brachium ſtatuæ ſuæ [illegible] cto pedem, aut naui tabulam [illegible] *de ad quir. rer. dom.* Item, [illegible] alterius includat auro & annulo [illegible] *6. ad exhiben* vbi negatur domino [illegible] mæ vindicatio, quoniam ea annulo [illegible] domino cedit. Et reſpondetur de hoc [illegible] non quidem poſſe vindicari gemmam [illegible] poſſe ad exhibendum agi, vt excludatur, *d. l.* [illegible] & ſc. ita ſublata cauſa dominij, veteri domino reſtituatur. Nec dubito idem reſpondendum in ſpecie *d. l. 26. §. 1.* & in caſu quem in [illegible] §. *noſter*, de purpura attexta veſtimento [illegible] ſe agi ad exhibendum, vt ſeparetur a veſtimento & reſtituatur. Loca ſcil. ex locis [illegible] plenda ſunt, neque quod hanc actionem [illegible] proponit Iuſtinianus, ideo eam negat[illegible] credendum eſt, nec enim vlla apparet [illegible] quominus idem hic obtinere debeat, quod [illegible] gemma incluſa auro iuxta *d. l. 6. ad exhib.* commentitium enim eſt, quod quidam [illegible] purpuram non ſimpliciter attextam, ſed [illegible] ita intertextam & intexta veſtimento [illegible] tari nõ poſſit, interpretentur. Et ratio [illegible] tis gentium adquirendi non facit, quo minus [illegible] tatio iuri debuerit, per quam adquiſit[illegible] cauſa illa ad irritum redigeretur, & dominus rem ſuam iterum adipiſceretur. Sed quæritur an † quod diximus ad exhibendum [illegible] vt res adiuncta ſeparetur & reſtituatur, etiam locum habeat, vbi quis bona fide [illegible] cit rei ſuæ: Et magis eſt, vt id affirmandum exiſtimẽ; nec enim qui bona fide vel maxime iũxit, denegare debebit quo minus domino res reſtituatur, nec habebit, quod opponat, vt effugiat neceſſitatem ſeparationis; quamuis hoc tentari poſſit, iudicis arbitrio permittendum, an non hic bonæ fidei poſſeſſor, qui rei factus eſt dominus, audiri debeat, ſi æſtimationem rei adiunctæ offerat, & ſoluere ſit

para-

Digitized by Google

paratus;idq; omnino dixerim,ſi ex ſeparatione aliquid detrimenti & damni ſit poſſeſſor ſenſurus: & hæc ex ijs quæ paulo poſt dicem9, de pictura, confirmabuntur magis; vt autem hoc malę fidei poſſeſſori præſteţur, ratio non eſt. Hæc pro huius rei explicatione ſatis, ſuperſunt adhuc nonnulla pro huius §. enucleatione, quem nimis ſicco pede tranſeunt Interpp. noſtri.

Ait Iuſtinianus, eum qui dominus fuit purpuræ, habere furti actionem, & cõdictionem. Vbi cum condictionem furtiuam ſine dubio intelligat, (quia ait dari eam contra hunc qui ſubripuit) illud occurrit, quod condictio furtiua dicitur dari ſoli domino *l. 1. de condict. furt. l. cum qui 14. §. quâm 16. de furt.* & quiſque dicitur rem ſuam condicere furi *l. vlt. inſ. vſuſr. quemad. cau.* non videtur adeo ei hic locus eſſe, quia dominus amplius non eſt, ſed fuit. Reſpondendum eſt, quod condictio furtiua domino ſoli dicitur competere; pertinere ad excludendos eos, quibus ob id tantum actio furti datur, quoniam eorum intereſt, iuxta *§. furti 13. infra de obligat. ex del.* non autem ad excludendum eum, qui cum res ſubriperetur, dominus fuit, & qui ſine facto ſuo ex ratione iuris gentium dominium dicitur amiſiſſe; nec enim rationis eſt, vt condictio ſemel mihi quæſita, per factum alterius, maxime ſi ipſe fur fecerit veſtimentum, ſine facto meo auferatur, quę explicatio dictæ propoſitionis perſpicue ſatis probatur ex *dict. leg. 14. §. 16. de furt.* & hoc ſentit Ioh. Faber, dum ait condictionem furtiuam non adquiri niſi domino, & penes eum durare, ſi dominium ſine facto ſuo amiſerit. Ait

Aduerſus eum qui ſubripuit.] Hoc ideo, quia res mobilis facile ſubripi poteſt, & facile in furti vitium cadit, *§. vnde in rebus inſr. de vſucap.* Ceteroquin poteſt etiam res non ſubrepta eſſe, & extra vitium furti. Et qui ſciens alienum iungit, hoc ipſo videtur furtum committere *argument. d. §. 3.* vt adeo tantum exempli loco poſitum hoc appareat & qui bona fide iungit, licet non faciat furtum, tamen, ſed alia actione tenetur, vt ſupr. diximus.

Siue ipſe ſit qui veſtimentum fecit.] Hinc perſpicue probatur, quod ante diximus, malam fidem non obſtare his adquirendi modis, fur enim non poteſt non eſſe in mala fide; & tamen licet hic veſtimentum fecerit, rem pro extincta haberi, atque ita furi adquiſitam eſſe docet Iuſtin. hoc §.

Licet vindicari non poſſint.] Quia dominium amiſſum eſt; & ſcil. vindicari non poſſunt hæ res, directo, quatenus tales & ſcil. adhuc iunctæ ſunt: Ceteroquin diximus paulo ante, poſſe ad exhibendum agi vt ſeparentur, quomodo in ſimili reſponſum eſt, gemmam inclusam auro vindicari non poſſe, ſed vt excludatur, ad exhibendum agi poſſe, quo facto poterit vindicari, *l. in rem 23. §. item 5. de rei vind.* itaque, quod itidem monuimus, non eſt res reuera extincta, ſed ſecundum quid pro tali habetur. Nihil plane obſtat *l. item ſi 15. §. vlt. cum l. ſeq.* quam obijciunt Interpp. vt probent etiam rem extinctam vindicari, *de rei vind.* quia ibi perijt res poſt litem conteſtatam. Magis obſtat quod etiam re cõſumpta eſt actio ad exhibendum *§. 2 inſr. quib. alien. licet.* & vulgatum eſt, eum, qui dolo deſijt poſſidere, teneri vtili actione in rem. Equidem non dubito hoc caſu eſſe locum actioni ad exhibẽdum, non tãquam pro re conſumpta, ſed vt ſeparetur res. At cum etiã pro re conſumpta & dolo amiſſa ſit actio vtilis ad exhib. & vindicatio, non videtur recte hic ſimpliciter dici, quod res extinctæ non poſſint vindicari, de quo dicemus aliquid ad § ſeq.

Condici tamen.] Variat hic lectio. Quidam libri habent, *furibus & quibuſq;* (ſeu quibuſcunque) *poſſeſſoribus poſſiunt.* Sed rectior lectio eſt & eadem receptior, *quibuſdam*, & nimirum qui ſunt ſimiles furibus: ad quod adduci ſolent *l. rerum 25. rerum l. ſi procuratori 14. de cond. indeb. cauſ. dat. l. ſi pignore 22. §. ſi prado 12. de pignor. act.* Sed enim & vxor quæ amouet res, reuera fur eſt, *leg. 1. rerum am.* & procurator nod. *l. 14.* furtum feciſſe dicitur, & quiſquis ſciens rem alienam vendit, itidem furtu dicitur

committere in *d. §. vnde 3. inf. de vſucap.* vt proinde Iuſtinianus hic furem quem ſeparat ab alijs ſimilibus poſſeſſoribus, in ſpecie vſurpare videatur, pro eo, qui rem clanculum alteri auſert. Etenim omnino neceſſaria eſt hæc explicatio, vt hic poſſeſſores alios ſimiles furi intelligamus, quoniam Iuſtin. agit de cõdictione furtiua, quæ non niſi contra eos dari poteſt, qui furum inſtar ſunt, cuiuſmodi etiam eſt prædo, qui mala fide fundum alienum tenet, & inſtar furis habetur in fructibus, qui ob id etiam conſumpti ei condicuntur *leg. 22. §. 2. de pign. act. l. pen. Cod. de condict. ſine cauſ. l. 4. in fr. Codic. de crim. expil. hered.* quamuis enim Accurſ. *in d. l. 3. & d. l. 4.* intelligat condictionem ſine cauſa, verior tamẽ fortaſſis eſt eorum ſententia, qui de condictione furtiua illa loca interpretantur. Aut dicendum erit, licet verba præcedd. ad condictionem furtiuam pertineant, non tamen propterea, quod eſt in extremo §. neceſſario de cõdictione furtiua accipiendum: ſiquidẽ, vt vulgo dicunt Doctores, contra furem & alios id genus, omnes condictiones degenerant, ſcilicet, vt etiam dominis dentur; itaque commune hoc erit furibus & alijs, id genus poſſeſſoribus, vt res condicatur, ſed non propterea eodem genere condictionis. Vt autem intelligamus quoſuis poſſeſſores etiam bonæ fidei, vix admitti poteſt, per prædicta: nec etiam verũ videtur, quod hic W'eſemb. ait, etiam bonæ fidei poſſeſſoribus condici ęſtimationem; neque id ex *l. 23. §. Item 5. de rei vind.* Sed imo cõtrarium inde probatur; quoniam actio in factum, quæ ibi proponitur, omnino diuerſa eſt à condictione. Magis videtur pro W'eſemb. facere, quod eſt in *§. nunc admin. 2. inf. quib. alien. lic.* Si pecunia bona fide conſumpta ſit, eſſe condictionem, ſin mala fide, agi ad exhibendum: Verum 1. quod actio ad exhibendum datur, non ob id intelligendum eſt excludi condictionem, ſi mitius quis agere velit; illa autem grauior eſt tamquam contra eum, qui dolo deſijt poſſidere, in qua iuratur in litem. Deinde quod ad remouendam iſtam obiectionem pertinet, ſpecialis ibi ratio eſt condictionis, quia per conſumptionem vt Dd. loquuntur, conciliatur mutuum, quod ab initio, nummis à pupillo datis non conſiſtebat; itaq; hic inter duos aliquid actum eſt. quod locum facit condictioni; extra caſum furis & ſimilium perſonarum. Et tamen videntur condictiones latius patere, quam vt opus ſit aliqua expreſſa vel tacita cõuentione. Et explicatio W'eſemb. quæ etiam Baronis eſt, videtur inde confirmari, quod Iuſtin. proponit duplicem caſum, quo fur iunxit, & quo alius ad quem res poſtea peruenit; itaque etiam in fine ad vtrumq; caſum reſpexiſſe videtur, poſſe condici furi, & quibuſuis alijs poſſeſſoribus; Secundum quod in præcedentibus verbis, *furti actionem & condictionẽ,* condictio nõ neceſſario de condictione furtiua accipienda eſt, vt autem condictionis verbum accipiamꝰ in genere pro actione perſonali, quod Myn. cenſet, non placet, cum eius vſurpationis iure noſtro vix extet exemplum. Cogitandum autẽ, ſiquidem W'eſem. & Baronem ſequimur, cuinam condictioni poſſit eſſe locus contra eũ qui bona fide iunxit. An forte condictioni ſine cauſa? de quo tamen dubitare licet, cum ex iure gẽtium dominium conſecutus ſit iure acceſſionis. Ego hæreo. Illud non capio, quod Theoph. contra furem det actionem furti, contra alios condictionem furti; hæc enim non niſi contra furem & heredes datur; & qui ſciens alienum iunxit, furti quoque tenetur. Sed cur Iuſtinianus ait, condici POSSESSORIBVS, cum tamen condictio vtpote actio perſonalis, non requirat vt reus ſit poſſeſſor, & conſtat condictionem furtiuam etiam re perempta cõpetere. Non putandum eſt, hoc ideo dictum, quaſi neceſſaria ſit poſſeſſio, ſed quia poſſeſſores ſemel fuerunt, & quia in hoc §. de eo qui etiamnum poſſidet veſtimentum, Iuſtinianus tractare videtur; vtique in *d. l. 3. C. de condict. ſine cauſa*, pro fructibus conſumptis condictio datur.

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

22. Cum in ſuo ſolo aliquis ex aliena materia ædificauerit, ipſe ædificii dominus intelligitur: quia omne quod ſolo inædificatur, ſolo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiç dominus fuerat, deſinit dominus eius eſſe, ſed tantiſper neque vindicare eam poteſt, neque ad exhibendum ea de re agere, propter Legem duodecim tabularum, qua cauetur, ne quis tignum alienum ædibus ſuis iunctum eximere cogatur, ſed duplum pro eo præſtet per actionem, quæ vocatur de tigno iuncto. Appellatione autem tigni omnis materia ſignificatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo prouiſum eſt, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit. Quod ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus, ſi non fuerit iam conſecutus duplum, tunc eam vindicare, & de ea re, ad exhibendum agere.

COMMENTARIVS.

1 *Materiæ dominium an retineatur.*
2 *Diſtinctio domus à materia.*
3 *Tignum iunctum cur non vindicetur.*
4 *Actio tigni iuncti.*
5 *Ad* l. 98. §. vlt. de ſolut.
6 *An iſta actio detur in eum qui bona fide iunxit.*
7 De L. 2. de tign. iunct.
8 *An poſſit quis eximere tignum & reſtituere.*

ALia hæc eſt ſpecies acceſſionis, per inædificationem, & fit ille dominus ædium cuius eſt ſolum, *in pr. h. §.* ſiue quis ex aliena materia ædificauerit in ſuo ſolo, ſiue ex ſua materia in alieno; de hoc *in §. ſeq.* de illo iſto quem propoſuimus §. tractatur. Et traditur initio cauſa adquiſitionis iſtius, quod quidquid inædificatum eſt cedat ſolo, quippe ſine quo eſſe non poteſt, vt Paulus in genere ratiocinatur *in l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* & hoc naturalis iuris eſſe vt ſuperficies ſolo cedat, ait *ICtus in l. qui domum 50. ad L. Aquil. iunct. l. qui res 98. §. vlt. verſ. non eſt de ſolut.* vbi ſuperficies cedit areæ: facit *l. numquam 26. de vſucapionibus. & l. redemptores 39. de rei vindicat.* & in terminis *l. ſi is 5. C. de ædif. priuat. l. ſi ſupra 28. de adq. rer. dom.* Atque ita ſolum quaſi occupat, & ad ſe trahit, quod eſt inædificatum. Vbi ſtatim occurritur, quod † ſi quidem ille dominus 1 fiat, cuius eſt ſolum, falſum eſſe oporteat, quod ſtatim ſubiicit, vt eum qui fuit materiæ dominus, non deſinere eſſe dominum; nec enim duo eiuſdem rei in ſolidum domini eſſe poſſunt. An quia ius iſtud ſummum adquirendi, ſæpe non ſatis conueniens æquitati, non videtur extinxiſſe omnino ius prioris domini? An hoc dictum accipimus inſpecto euentu ſoluti ædificii, quo ſublata cauſa dominii, ius priſtini domini quaſi reuiuiſcit, & is etiam materiam vindicare poteſt, vt eſt *in fin. huius §.* quæ eſt explicatio Theophili ὁ δεσπότης οὐκ ἀπώλεσε τῆς δεσποτείας τῆς ὕλης, εἰς τὸ διηνεκές· ἀλλ' ἐφ' ὅσον ἕστηκε τὸ οἰκοδόμημα, an potius diſtinguimus inter ædificium & materiam: Ea † quidem qua conſideratur, 2 vt incluſa ædificio videtur adquiſita domino ſoli: ſed poteſt etiam conſiderari in ſe, & tanquam ſubſtantiam extra ædificium habens: eaque conſideratione verũ poteſt eſſe, quod hic Iuſtin. ait, non deſinere eum dominum eſſe, cuius materia erat antequam ædificio iungeretur: quo facit bonus textus *in l. habitator 59. de rei vind.* Itemque facit, quod in ceteris etiam rebus quę iunguntur vel attexuntur, non plane expirat ius prioris domini, ſed ad exhibendum actio datur, vt ſup. diximus ex *l. in rem 23. §. item 5. de rei vind. l. gemma 6. ad exhib.* & præcipue, diuerſam cenſeri materiam ab ipſo ædificio, euidenti argumento eſt, quod licet dominus ſoli tanto tempore poſſederit ædificium, quo alias res quæuis mobiles vſucapiuntur, tamen ſoluto ædificio, competit vindicatio materiæ, domino priori *d. l. 23. §. vlt. l. eum qui 23. per tot. de vſucap.* vnde qui inſulam, id eſt, ædes petiit, licet victus, poteſt poſtea

cementa petere, neque enim cuius inſula eſt, eiuſdem protinus & ceméta ſunt *l. ſi quis 7. §. ſed iſ 2. de exception. rei iudicat.* Non abs re tamen eſt, quod hic annotat. Hotrom. non idem videri, ſi forma rei quodammodo mutata ſit, veluti ſi quis arborem alienam viuam exciderit, & ex ea tigna, & tabulas fabricauerit, cum ita noua ſpecies facta ſit *arg. l. ſed ſi 26. de adq. rer. dom.* Sed & ſecus eſt, ſi quis iam materiam ceperit vſucapere, & ad implendam vſucapionem pauci forte dies ſuperſint, intra quos probabiliter dominus materiam non vindicaſſet, tum enim materia ſi iuncta ſit, poterit ita vſucapio impleri *l. rerū 30. §. 1. de vſucap.* Ceteroquin aliud erit, etiamſi bona fide ſtatuto tempore materiam iunctam ædificio poſſederit: quia negligentia non poteſt obiici omnino, qui propter L. XII. Tabb. materiam vindicare non poteſt. Sequitur in h. §. tan-

3 tiſper, & interim dum ædificium ſtat, † materiam nec poſſe vindicari, nec ad exhibendum agi: Eaque in re diuerſa ratio eſt tigni vel materiæ alienæ, ædificio iunctæ, & v. c. alienę gemmæ auro incluſę; hæc enim, vt ſeparetur & reſtituatur ad exhibendum agi poteſt *d. l. 6. ad exhib. d. l. 23. §. 5. de rei vind* at tignum vt ſeparetur, agi non poteſt, quæ differentia nominatim traditur *in d. l. 6. verſ. aliter, ad exhib. l. 23. §. pen. de rei vindic.* Ratio differentiæ hic *& in d. l. 23. item in l. 1. de tign. iunct.* traditur, Lex XII. Tabb. quæ cauet, ne quis tignum alienum ædibus iunctum eximere cogatur: & additur ratio rationis, quæ mouit Legislatorem, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit, & ne ita ruinis vrbs deformetur, quæ eadem redditur *in l. 1. in pr. de tign. iuncto* & facit *l. præſes 7. de off. præſ.* Sed an ita nullum remedium habebit dominus materiæ, ſed cogetur & re & precio carere, donec ædificium ſit diſſolutum? Mi-

4 nime vero, ſed datur † ei interim actio de tigno iuncto in duplum *h. §. d. l. 1. de tign. iunct. d. l. 23. §. pen. de rei vindic.* Sed obiicitur *l. qui res 98. §. vlt. de ſolut.* vbi ICtus. Lex inquit XII. Tabb. tignum vindicari poſſe ſcit, id eſt, ſciſſerit ſiue ſanerit; cum tamen in textibus citatis & nominatim *d. l. 6. ad exhib.* vindicatio negetur; & videtur ſibi contradicere ICtus *in d. l. 98. §. vlt.* dum ſtatim addit, prohibere L. XII Tabb. ne tignum ſoluatur, eo autem vindicatio tendit, vt res reſtituatur. quod fieri non poteſt, niſi ſoluatur; & difficultatem auget, quod dicitur *in §. ſi tamen 27. ſup. h. t.* rem quæ iuncta eſt, pro extincta haberi & ob id vindicari non poſſe. Equidem ſcrupulum quem nectit *d. l. 98. §. vlt. de ſolut.* expedimus *d. l. 23. §. pen. de rei vindic. & l. 1. §. vlt. de tign. iunct.* [illegible] *in d. l. 23.* ait ICtus non poſſe agi ad exhibendum, niſi aduerſus eum qui [illegible] tignum iunxit, & in *d. l. 1. §. vlt.* [illegible] ueniri hunc quaſi poſſidentem [illegible] dolo malo fecerit, quo minus [illegible] itaque de eo qui ſciens iunxit [illegible] eſt *d. l. 98. §. vlt. de ſolut.* nec [illegible] gnat ICtus, dum ait non ſolum [illegible] licet vendicetur, qui non [illegible] quam poſſidens, vt reſtituat, ſed etiam [illegible] qui dolo deſierit poſſidere, ad [illegible] ctum, vt contra eum in litem [illegible] qui dolo fecerit ne poſſet [illegible] dem reſpectu & effectu, contra eum [illegible] la fide nummos ſolutos conſumpſit, eſt actio ad exhib. *§. nunc admonendi inf. Quib. alien. lic.* Eadem eſt autem ratio actionis ad exhib. & vtilis rei vindicationis, vt probat *l. 23. §. pen. de rei vind.* quæ vindicationem coniungit cum actione ad exhibendum. Itaque errat Weſemb. qui hanc putat eſſe ſententiam † *d. l.* 5
98. §. vlt. quod actio quidem in rem competat, ſed quæ ſit differenda in tempus ſoluti ædificii. His conſequenter in ſimilibus terminis, vbi quis gemmam alienam incluſit auro, vel purpuram alienam aſſuit veſtimento ſuo, mala fide & ſciens rem alienam, & ad exhibendum & vtili actione in rem tenebitur, adeoq; textus qui negāt vindicare poſſe, *l. 6. ad exhib. l. 23. §. item 5. de rei vind.* aut de eo qui bonam fidem habuit, aut de actione directa erunt accipiendi; & hoc poſteriori modo, explicandus *d. §. 27. h. t.* qui non obſcure contra ipſum furem qui rem iunxit, negat rei vindicationem; quoniam non facile quis vtitur rei vindicatione, qui actionem

nem furti habet & condictionem furtiuam; cum in rei vindicatione ſit probandum dominium, quod difficile eſt. Et in hoc quoque caſu cum per vindicationem vtilem non conſequatur rei reſtitutionem, vtilior eſt actio tigni iuncti in duplum, quam introduxit L. XII. Tabb. Cogitandum tamen, an forte ſpeciale ſit in tigno iuncto, vt huius facilior ſit vtilis vindicatio, cum adhuc dicatur hoc §. prior eſſe & manere materiæ dominus, quam adeo directo vindicare poſſe, niſi obſtaret L.12.tabb. alia ceterarum rerum quarum ſpecies dicitur mutata aut ex quaſi extinctæ per acceſſionem, vt *in d. §. 27. h.t.* Nec obſtabit *§. 2. infra quib. alien. lic.* vel quia non eadem eſt omnino ratio actionis ad exhibendum & rei vindicationis: vel potius, quia ibi res eadem manens conſumpta eſt, adeo habetur pro poſſidente ob dolum; at illis caſibus res non manet eadem; ſed mutatur, & adeo propria ratione pro extincta habetur. Quod cogitandum propone, occurrit & iſtud, aliam eſſe rationem earum rerum, quæ adiectæ & iunctæ cum eo cui adiunguntur faciant quidem vnam ſpeciem, & ob id ipſo iure vindicari non poſſunt, retinent tamẽ omnino eſſentiam ſuam, & non ita difficulter ſeparari poſſunt: aliam earum, quæ ſubſtantiam priorem mutant & nouam inducunt formam. Ex illorum numero eſt gemma auro incluſa, eoque ad exhibendum recta agitur, vt ſeparetur *d. l. 6. ad exh. & iunct. l. 19. §. 5. de rei vind.* Ex horum numero eſt, nauis ex alienis tabulis ita facta, vbi quis arborem viuam exciderit, & nauem fecerit. Quod ſi ita eſt, tanto magis mancus fuerit Iuſtin. *in d. §. ſi tamen 27 ſup. h.t.* aut intelligenda erit purpura non ſimpliciter & leuiter adſuta veſtimento, ſed ita attexta & intextexta, vt omnino integra ſicut prius erat, ſeparari à veſtimento non poſſit. Et quod dixi facilius poſſe eſſe vtilem vindicationem tigni iuncti, eo argumento cõfirmatur, quod Lex XII. Tabb. non tantum de tigno ædibus, ſed etiam vineæ iuncto locuta eſt *l. 1. de tign. iunct.* cuiuſmodi iunctio ſane non mutat eſſentiam rei: ſed ſuſtulit directam vindicationem L. XII. Tabb. ne cultura vinearum turbetur. Non tamen placet, quod eo argumento Hotoman. hic cenſet, Legem XII. Tabb. tantum locutam eſſe de temporali vſu tigni in ædificio mox rurſum diſſoluendo, non eo quod extruitur, vt quam longiſſime duret. Et hæc ſententia euertitur *per l. 1. de tigno iunct. & hunc §.* vbi hæc ratio redditur L. XII. Tabb. ne ædificia diruere neceſſe ſit, & ita ne vrbs ruinis deformetur; parum autem curanda eſſet diſſolutio ædificii ad temporalem vſum extructi; cum etiam abſurdum eſt, textum, imo Legem indiſtincte & generaliter loquentem, reſtringere ad eiuſmodi ædificii genus. Nec obſtat, quod vindicari poſſe dicitur materia ſoluto ædificio. Etenim ſæpe etiam de caſibus qui non ita frequenter contingunt, reſpondent ICti; & poteſt etiam pars ædificii ſolui, vt locus fiat vindicationi: & idem plane dicitur in paulo ſuperius citata *l. 7. §. 2. de except. rei iudicatæ*, quæ alienis ædibus iuncta fuerunt, ſi ſeparata ſint vindicari poſſe: & loquitur ibi de inſula & ſimpliciter de ædibus: Sed nec omnia ita iuncta ſunt, vt citra ruinam ædificii ſolui non poſſint; adeo etiam non captanda ſunt verba, quaſi totum ædificium protinus corruere neceſſe ſit. Sed redeamus propius ad textum noſtrum. Dicitur contra eum † qui iunxit, eſſe actio de tigno iuncto in duplum. 6
Quæritur an hæc etiam competat cõtra eum, qui iunxit tignum, ignorans eſſe alienum. Affirmans ſententia ſuadetur his rationibus. 1. Quod h. §. indiſtincte ea actio proponitur contra eum qui iunxit. 2. Id vel maxime confirmatur ex *l. in rem 23. §. pen. de rei vind.* Vbi ICtus ait contra iungentem eſſe actionem de tigno iuncto in duplum, non autem vendicationem neque actionem ad exhibendum, niſi aduerſus eum qui iunxit ſciens: Vbi cum opponantur actio de tigno iuncto & rei vindicatio actioque ad exhibendum, & hic in ſpecie ſubiiciatur, quod detur aduerſus ſcienter iungentem, optima conſequentia efficitur, actionem de tigno iuncto con-

ƈto con-

ct, contra quemcunque poſſeſſorem dari.
3. Facit *l. de eo 63. de donat. int. vir. & vxor.* vbi excipitur ſolus ille caſus, quo tignum alienum volente aut ſciente domino iunctum eſt; in ceteris igitur omnibus caſibus actioni de tigno iuncto in duplum erit locus. Quarto ſolide iſta ſententia hoc argumento confirmatur. Per quam actionem de tigno iuncto inſtitutam ſtante ædificio, conſumitur rei vendicatio, vt ſcilicet ſoluto ædificio materia amplius vindicari non poſſit, illa datur contra bonæ fidei poſſeſſorem. Atqui per quandam actionem de tigno iuncto ita conſumitur materiæ vindicatio. Ergo &c. Ratio maioris eſt, quoniam actio de tigno iuncto in duplum contra furem & omnem eum qui ſciens iunxit, & qui pro fure eſt, pura eſt pœnalis, vt expreſſum eſt *in l. 2. de tigno iuncto*, itaque non poteſt conſumere rei vindicationem, ſed hæc etiam ſoluto ædificio ſupereſt; idque eſt
7 quod ait ICtus *in d.l.2.* licet ſit actio tigni iuncti in duplum, videlicet, contra eum qui ſciens iunxit, de quo *in l.1.§.vlt.eod.tit.* extrinſecus tamen eſſe rei vindicationem; prorſus vt loquitur Iuſtin. *in §.vlt. Inſt. de furt.* quod præter actionem furti dominus habeat extrinſecus rei vindicationem; & eodem ſenſu ICtus *in l. vt tantum 14.§. in hac 5. de ſeruo corr.* ait, in ea actione duplum non eſſe. Extra rem, id eſt, eam non eſſe pure pœnalem, ſed mixtam adeoque ferri non poteſt, quod VVeſenb. hic *in d.l.2.* pro *extrinſecus* vult legi *extincta*; & inepta plane eſt ratio, quod bona fides non patiatur bis idem exigi; ita enim omnino nec duplum peti poſſet actione licet mixta; & certiſſimi iuris eſt, actionem furti contra furem non manifeſtum eſſe dupli mere pœnalem; furis autem inſtar eſt, imo fur eſt, quisquis rem alienam ſciens ædificio ſuo iungit, *arg. §. vnde 3. ſup. de vſucap.* Non etiam obſtat, quod *h. §. in fi.* dicitur, non poſſe vindicari materiam, ſi quis iam ſtante ædificio egerit de tigno iuncto, & duplum ſit conſecutus: Etenim textus textibus ſunt coniungendi, & propter *d.l.2. de tigno iuncto.* hic *§. in fi.* de eo qui neſciens alienum iunxit, eſt accipiendus; cum præſertim hanc explicationem & ratio & textus expreſſus ſuadeat, improba autem eſt textuum mutatio. Atque ita & ex *hoc §. in fin.* probatur propoſiti argumenti aſſumptum, quod per quandam actionem tigni iuncti rei vindicatio conſumatur; Ex quo ſequitur concluſio, quod etiam detur actio tigni iuncti in duplum contra eum qui ignorans alienum iunxit. Cui ſententiæ non obſtant textus, quos citat VVeſemb. *in l. 98. §. vlt. de ſolut. l. 23. §. pen. de rei vind.* Quia vt oſtendimus hæc contrarium docet; ſimul & hoc, vitioſe adduci *d.l. 98. §. vlt.* vbi dicitur pretium dari debere; id enim non de ſimplo, ſed omnino duplo accipiendum, inde probatur, quod ille locus qui vindicationem concedit, ad eum qui ſciens alienum iunxit referendus eſt, contra hunc enim vtilem dari vindicationem, tanquam contra eum qui dolo deſiit poſſidere, docet *d. §. pen. iunct. l. 1. §. vlt. de tign. iunct.* Magis obſtat, quod L. XII. Tabb. videtur locuta eſſe de tigno furtiuo *arg. l. de eo 63 de donat. int. vir.* & *d.l.1. de tign. iunct.* Sed præterquam quod etiam tignum furtiuum poteſt bona fide à tertio iungi, qui ignorat furtum, vitium autem furti rem ipſam comitatur; dici poteſt, Legem 12. tabb. vſam eſſe appellatione furtiui, non quod omnino neceſſum eſſet, tignum eſſe furtiuum, ſed quod vt plurimum ita accidit, vt res alienæ mobiles cadant in vitium furti, *arg. §. vnde in rebus 3. inf. de vſucap.* Et in h. §. non tigni furtiui, ſed tantum alieni fit mentio, cum tamen id proponatur ex L. XII. Tabbl. ſicut & in *d.l. 23. §. pen. de rei vind.* obſtat etiam, quod iniquum videatur, vt qui tignum putans eſſe ſuum, iunxit ædibus teneatur in duplum. Verum & habet quod ſibi imputet; & non tantum iungentis, ſed etiam domini tigni habenda ratio eſt, qui inuitus cogitur carere ſua re, quam quaſi iniuriam; conceſſa actione tigni iuncti in duplum, compenſare L. XII. Tabb. voluiſſe videtur, & ita comm. Interpp. hic pro damno & iniuria quam patitur dominus materiæ, quod eam vindicare non poteſt, hoc ei commodum datum, vt in duplum poſſit agere, etiam contra bonæ fidei poſſeſſorem; & tamen pote-

poterat hic pro æſtimatione actio in factum concedi, quæ alias quoque datur, vbi res non recipit ſeparationem *l. in rem* 13. §. *Item* 5. *in fin. de rei vindic.* Accedit denique quod neceſſita-
8 tem † ſoluendi duplum vitare poteſt qui bona fide iunxit, ſi tignum exemptum reſtituat. Hoc autem quoniam dubium eſt, confirmare oportet pl[illegible]nius. Quæritur de ſententia L. XII. Tabb. An bonæ fidei poſſeſſor eximere tignum poſſit ſi velit, atque ita euitare & excludere actionem vel condemnationem in duplum. Plerique putant, hæc eum non poſſe. Loquor de bonæ fidei poſſeſſore; nam qui conuenitur vt fur actione mere pœnali, hanc pœnam non poteſt euitare. Sed nec illum poſſe eximere, probant aliqui ex *l.* 98. §. *vlt. de ſolut.* vbi ICtus ait, Quod L. XII. Tabb. prohibeat ſolui tignum. & *in l.* 1. *de tign. iunct.* Lex XII. Tabb. inquit ICtus, non permittit ſoluere tignum, &c & *in l.* 6. *ad exhib.* L. XII. ſolui vetat, & etiam in vltro tollente militat ratio, nec publicus adſpectus deformetur; quam fuiſſe rationem L. XII. tabb. colligere licet ex *l.* 2. *C. de ædif. priu. l.* 2. §. *ſi quæ* 17. *& l. vlt. ne quid in lo. pub. iunct. l. prætor* 10. §. *hoc Int.* 10 *de nou. op. nunt. fac. l. præſes* 7. *de offic. præt.* Contra adducitur hic §. *iunct. l.* 7. §. *cum in ſuo* 10. *h. t.* vbi cautum dicitur L. XII. Tabb. an quis tignum eximere COGATVR: & rurſus hoc §. redditur ratio L. XII. Tabb. ne ædificia reſcindi neceſſe ſit, & in *d. l.* 2. §. 17. *& l. vlt. Ne quid in loc. pub.* non cogendum eſſe demoliri. Ex quibus locis videntur priora illa loca explicanda: & nimirum Lex XII. Tabb. voluit inhibere ordinariam naturam actionis ad exhibendum & vindicationis, iuxta quam niſi actor in litem contra contumacem iurare malit, inuito etiam poſſeſſore alias res auffertur *l. qui reſtituere* 68. *de rei vindicat.* & poteſt eo reſpexiſſe L. XII. Tabb. ſiquidem verbis prohibitiuis vſam præſupponas, quod nemo facile cum periculo ruinæ tignum ſit ſoluturus. Nec valde mouet, quod vulgo traditur hæc ratio fuiſſe L. XII. Tabb. ne ruinis vrbs deformaretur. Poteſt enim dici illam non eſſe adæquatam rationem, ſed tantũ impulſiuã: ſed & ei qui ædificauit in alieno ſolo ex ſua materia, aliquando permittitur tollere ædificium *l. Iulianus* 37. *de rei vind. l. ſin autem* 27. §. *vlt. eod. l.* 9. *de impenſ. in res dot. l. domum* 5. *in fin. C. de rei vind.* nec omnia tigna eius ſunt conditionis, vt eorum exemtio ſecum trahat ruinam ędium Quin nec omnimodo ea ratio videtur, ne ruinis vrbs deformetur; quippe cũ L. XII. Tabb. etiam de tigno vineis iuncto loquatur, & proinde dubio procul ad ædificia ruri etiam poſita pertinent: quæ tamen ratio firmatur *ex l. præſes* 7. *de offic. præſ.* Cogitandum an non quæ L. XII. Tabb. eadem fuerit ſententia SCti, quod proponitur *in l. cætera* 41. *& l. Senatus* 43. *de legat.* 1. *l. Senatus* 52. *de contrah. empt. l. vlt. de damn. inf. l.* 2. *C. de ædif. priuat.* quo cautum fuit, ne quæ iuncta eſſent ædibus, legarentur, & omnino, vt ne eorum commercium & negotiatio eſſet, nulla alia de cauſa, niſi vt occurreretur ruinis ædium, quibus per ſeparationem eiuſmodi & exemtionẽ cauſa præbetur; & nimirum textus citati ſatis oſtendunt, omnino id non licere, nec domino quidẽ; & heredem enim ſponte detrahentem, quæ iuncta fuerunt, incidere in pœnas, docet *d. l. Senatus* 43. *in pr. de legat.* 1. Cum iſtud ad præcauendas ruinas cautũ fuerit *arg. d. l.* 52. *de contr. empt. l. vlt. de damn. inf.* crediderim, ceſſare pœnas, ſi quid citra vllum ruinæ periculum fuerit ſeparatum: atque ita forte etiam in tigno iuncto ſtatuendum, & facilius huius ſeparationẽ permittendam; eo quod poſſeſſor bonæ fidei id facit ad euitandam condemnationẽ dupli. Et hæc ad iſtum §. ſufficiant. Iſtud enim perſpicuum, quod appellatione tigni omnis materia ſignificari dicitur, ex qua ædificia fiunt. *l.* 7. §. *cum in ſuo* 10. *in fi. de adq. rer. dom.* quod plenius proponitur *in l.* 1. §. 1. *de tign. iunct.* vbi tamẽ parum ſubtiliter tamq̃ ad id confirmandũ adducitur notatio nominis; quod tignum dicatur à tegendo: neque enim iſtud omnib. illis conuenit ex quibus fiunt ædificia, & quæ ibi enumerantur; niſi tegere paulo latius & pene abuſiue accipias. Idem de hac generali tigni appellatione, *in l. tigni* 7. *in pr. ad exhib. l. tigni* 62. *de verb. ſign.*

Digitized by Google

TEXTVS.

23. Ex diuerſo, ſi quis in alieno ſolo ex ſua materia domum ædificauerit, illius fit domus, cuius & ſolum eſt, ſed hoc caſu materiæ dominus proprietatẽ eius amittit, quia voluntate eius alienata eſſe intelligitur, vtique ſi non ignorabat ſe in alieno ſolo ædificare: & ideo licet diruta ſit domus, materiam tamen vindicare nõ poteſt. Certe illud conſtat, ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore, ſoli dominus petat domum ſuam eſſe, nec ſoluat precium materiæ, & mercedes fabrorum, poſſe eum per doli mali exceptionem repelli: vtique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificauit: nam ſcienti alienum ſolum eſſe, poteſt obiici culpa, quod temere ædificauit in ſolo, quod intelligebat alienum eſſe.

COMMENTARIVS.

1 *Pugna huius loci cum* l. 2. C. de rei vind.
2 *Quæ ſit ratio conſeruandi impenſas.*

ALter hic caſus eſt, quo quis in alieno ponit ædificium ex ſua materia: & ex ratione eadem, quam explicauimus in §. præced. qui dominus eſt ſoli fit dominus ædificii: adeo materiæ dominus quodammodo proprio facto materiæ dominium amittit, quatenus ſcilicet vt ædificio iuncta conſideratur, & qua formam iam aliam habet; ceteroquin ſicut in caſu præc. non amittit dominus, eo ſenſu, vt ibi explicatum eſt, materiæ dominium, nec deſinet eius dominus eſſe, vt in §. præc. loquitur Iuſtinianus, ita nec hic deſinet eſſe, vtique qui poſuit ædificiũ, ignorans ſolum eſſe alienum; quippe cum nominatim Iuſtin. eum demum dicat amittere dominium materiæ, qui poſuit ædificium, cum ſciret ſolum eſſe alienũ, hic amittit, vt loquitur Iuſtin. dominium, facto ſuo, & cenſetur alienaſſe materiam, & eam donaſſe domino ſoli: ex quo fit, vt quod ſtatim ſubiicitur, licet ædificium ſolutum ſit, eam tamen vindicare non poſſit; neque enim quis poteſt vindicare, quod alienauit, & cuius ita dominiũ amiſit. Cui ſententiæ obiicitur *l. 2. C. de rei vind.*
† vbi dicitur, ſoluto ædificio redire materiam 1
ad priſtinum dominum, licet mala fide ædificium fuerit extructum. Non pauci, quod in h. §. traditur, ad merum & ſummum ius referunt; & quod in d. l. 2. contra reſcriptum eſt, ad æquitatem pertinere. Sed fortaſſis ſunt aliæ iſtius diſſidii componendi rationes. Ait ibi Imp. redire ad priſtinum dominum materiam, licet mala fide ædificauerit, ſi non donandi animo ædificium ſit impoſitum. Et igitur cenſet Imp. poſſe quem mala fide ædificare, vt tamen id non faciat donandi animo. Atquin Iuſtin. putare videtur, ſemper ædificium quod quis in alieno ſolo ſciens poſuit, intelligi poſitum donandi animo. Hoc ita accipiemus, ſi non poſſit eſſe locus alii præſumptioni, quæ excludat animum donandi; nam vt vulgo traditur, non præſumitur animus donandi. Finge ædificantem non poſſediſſe ſolum, haud dubie tum præſumimus donationem *arg. l. ſi ſeruus 27. §. ſi colitam 25. ad L. Aquil.* quæ communiſſime & recte de caſu non poſſidentis accipitur. Idem ſtatuam, ſi quis in area quam initio poſſeſſionis ſciuit alienam, impoſuerit ædificium. Quod ſi enim cum in conditione eſſet vſucapiendi (ſiquidem iure ciuili mala fides ſuperueniens non interrumpit vſucapionem) id fecerit, negabo id factum animo donandi, quippe cum ſpem haberet vſucapiendi ſolum; multo magis igitur tum dabimus vindicationem materiæ ſoluto ædificio, ſi poſt id impoſitum, mala fides ſuperuenerit. Aut an ſimpliciter dabimus vindicationem, & domino ſoli imponemus neceſſitatem, vt probet animum donandi? 2
quod tamen minus conueniet cum hoc §. ſed potius ædificanti incumbet, vt probet alio animo quam donandi ædificium impoſitum fuiſſe; quod ex Bart. notat *Mynſing. hic.* Eſt & alia reſponſio Bartoli in l. in fundo 38. de rei vind.

vind. n. 11. vt d. l. 22 intelligatur non de eo qui ædificium de nouo poſuit, ſed qui veteri aliquid addidit, cui facilius ſuccurratur. Hæc de caſu ſoluti ædificii. Sequitur in verſ. *certe*, quid iuris † ſit ſtante ædificio, an ædificans aliquod remedium habeat, quo precium materiæ & impenſas ædificii conſequatur; nam vt agat ad exhibendum & demoliendum, ratio non patitur, etiamſi bona fide id fecerit, per dicta *ad §. præc.* Diſtinctio prima eſt, an poſſideat ædes necne? Et cum hic tantum tractetur de remedio, quod competat poſſidenti, hoc ipſo tacite innuitur, ei qui non poſſidet, nullam competere actionem; quod & ſatis perſpicue traditur in *l. ſi in area* 33. *de condict. indeb.* & *in l. Paulus* 14. *de doli mali exc. iunct. l. ſumptus* 48. *de rei vindic.* vbi negantur ſumtus peti poſſe. *l. idque* 45. §. 1. *de act. empt.* vbi ideo in illo caſu actio empti datur, quia propria pro impenſis nulla eſt, ſed tantum exceptio; & errant, qui actionem neg. geſt. locum habere putant; quoniam ponimus non alieno, ſed proprio nomine impenſas factas; nec quidquam inter dominum ſoli & ædificantem actum eſt, ex quo actio naſci poſſit. Equidem *Cuiac. 10. obſ. 4. & Hottom. ibi & in l. 1. C. de condict. indeb.* ne alter cum aliena iactura fiat locupletior, condictionem incerti concedunt. Verum licet hoc videatur æquitas ſuadere, iure tamen deficimur. Neque probatur illa opinio per *l. indebiti* 15. §. 1. *& l. qui exceptionem* 40. §. 1. *de condict. indeb.* Etenim intereſt an quis in rem alienam qua talem, & quam ſcit ſibi reſtituendam, adeo animo alium ſibi obligandi, faciat impenſas, qui caſus eſt dd. textuum, an nomine ſuo tamquam in rem propriam, qui caſus hic tractatur; quæ diſtinctio innuitur *in l. dominum* 5. *C. de rei vind.* & diſerte traditur à ICto *in l. in hoc* 14. §. 1. *ver[illegible] Comm. diuid.* Ineptius à *Gædd. in l. in[illegible]* 79. *de [illegible]* [illegible] textus ex *l. 8. de [illegible] l. 7. § vlt. [illegible] l. in rebus* §. 2. *Comm.* [illegible] ibus proponuntur impenſæ factæ bona fide in rem, quam quis ex voluntate domini penes ſe habebat, & reſtituendam ſciebat, & notant comm. Dd. hic quod qui habet cauſam & aliquod ius in re, impenſas conſequi poſſit. Non obſtat etiam *l. 5. C. de rei vindicat.* in qua verbum *repetitionis* recte cum Cyno, Caſtr. & Saliceto explicatur de exceptione, quam qui opponit, cum eo reſpectu actoris partes obtineat *l. 1. de except.* recte petere dicitur; idque inde confirmatur, quod ibi agitur de impenſis, vel iis quæ inædificata fuerunt tollendis, vt proinde ædificatorem in poſſeſſione fuiſſe oporteat. Tum etiam ideo iſte textus huc non pertinet, quoniam agitur de impenſis neceſſariis, quales non ſunt, quæ fiunt in ædificium, quod imponitur in alieno ſolo. Nec admitti poteſt, quod VVeſemb. deficiente actione, officii iudicis implorationi locum facit; inepte adductis textibus in *l. qui per* 49. §. 1. *de act. empti. l. plane* 38. *d. petit. her.* vbi apertiſſimum eſt de officio iudicis, quod Dd. vocant mercenarium, agi, & quod ſubſeruit actioni ordinariæ, ita vt poſſeſſor conuentus omiſſa etiam exceptione petere poſſit, vt impenſæ ſibi præſtentur. Quod attinet ad l. 7. de ann. leg. præterquam, quod iſta clauſula in fi. L. videtur eſſe addita à Tribo. vtique intra eum caſum ei reſtringendum eſt, quod nimis abſurde ad quoſuis caſus, quibus actio negatur, porrigeretur.

Poſſit tamen ex æquitate ſententia Cuiac. & Hottom. admitti eo caſu, quo ipſe ædificans reſtituit ædificium omiſſa exceptione, quam cum opponere poſſet, ſi per errorem eam omiſerit, videri poſſit aliquid contractũ vel actũ cum domino, & plus debito reſtitutũ; quæ ratio poteſt parere condictionẽ indebiti; vtiq; ſi bona fide impoſitum ædificiũ fuerit; Ceteroquin vix poſſit condictioni eſſe locus, vtiq; ſi ſequimur ſententiam h. §. qui etiam exceptionem negat ei, qui ſciens in ſolo alieno ædificauit. Et hic nimirũ alter ſupereſt tractãdus caſus, quo qui ædificauit, eſt in poſſeſſione. Et Iuſtin. hoc loco, vt dixi, tantum ei qui bona fide ædificauit exceptionẽ doli concedit contra dominũ ſoli, vendicantẽ, quæ etiã proponitur *in l. 5. ſumpt. 48. de rei vind. l. 1[illegible]q. 45. §. 1. de act. emt. l. fin. auic. 27. §. vlt. de rei vind.* quippe

Nn 2 dolo

dolo malo facit, qui ædificium ſimul petit, & recuſat præſtare impenſas, atque ita ex alterius iactura captat & quærit lucrum. Qua exceptione ſi vtatur qui mala fide poſſidet, replicationi locus eſt, quod temere in alieno ſolo, ſciens ædificium poſuerit. Et hoc quidem ex ſententia Iuſtinian. hoc §. *& l. 7. §. ex diuerſo 12. D. eodem. iunct. l. 5. C. de ædif. priu.* vbi dicitur impenſas, quas quis improbe fecit, reſtituendas non eſſe: & *in d. l. 27. §. vlt.* requiritur, vt impenſæ ſint factæ per errorem. Quæ ſummi iuris ratio eſt, cui videtur repugnare æquitas, quæ proponitur in *l. plane 38. de petit. hered.* vbi ICtus etiam in prædonis perſona vult haberi rationem expenſarum, vtilium quoque, vt earum pretium conſequatur, ne petitor ex aliena iactura ſentiat lucrum; quamuis Dd. cõmuniter ſpeciale eſſe putent in iudicio vniuerſali petitionis hereditatis, & in hac mitius agi cum poſſeſſore, quam in ſingulari iudicio vindicationis; de quo plenius hic agendi locus non eſt. Prorſus vtcunque poſſeſſori malæ fidei dominus impenſas ſoluere non cogatur, tamen cogetur pati; vt poſſeſſor tollat quæ poſuit iuxta *l. Iulianus 37. de rei vindic.* qui tamen textus loquitur de eo, qui initio habuit bonam fidem, adeoque fuit in conditione vſucapiendi; ceteroquin nec hoc permittendum videtur, cum id ei tantum concedi videatur, qui per errorem impenſas fecit *l. non autem 27. §. vlt. de rei vind.* quod tamen ita vt ſtatim dico limitandum erit; aut ad eum caſum referẽdum, quo domino tales impenſæ vix vtiles ſunt, aut non multum. Plane quibus caſibus eo venitur, vt poſſeſſor tantum habeat ius tollendi, puto verius eſſe, vt petitor offerre poſſit, quantum ex rebus ſublatis conſequi ille poſſit; quamuis alii hac ratione non inſubtiliter contradicant, quod petitor offerendo æſtimationem hoc ipſo oſtendat & ſe eſſe ſoluendo, & quaſi ſic approbet factas impenſas. Sed contra dicam cum non ob id æſtimare eas quanti ſunt, ſed quanti pro iis alias poſſeſſor conſequi poſſit. Plane multa hac in re permittuntur officio & arbitrio iudicis, ita vt aliquando res bonæ fidei poſſeſſor conſequatur omnimodo æſtimationem expenſarum, ſi forte dominus petitor ita ſit tenuis, vt eam ſoluere non poſſit, nec tamen fundo v. c. auito carere, nec eum vendere debeat; quo caſu non niſi ius tollendi ædificii permittitur poſſeſſori, vt tractat ICtus *in l. in fundo 38. de rei vindicat.* vbi & aliæ circumſtantiæ; ſi dominus ipſe facturus fuiſſet, ſi tanto maioris ſit fundum diſtracturus *d. l. 38. & l. niſi 29. de rei vind. iunct. l. quod ſi 10. de impenſ. in res dot.* Et ita in vtilibus impenſis, quales ſunt, de quibus hoc §. agitur. Nam neceſſarias omnino cogitur præſtare dominus etiam malæ fidei poſſeſſori *d. l. 5. C. de rei vindic.* Improbe enim facit, qui rem petit, & recuſat impenſas ſoluere, quæ ſi factæ non fuiſſent, res peritura, & ita omne ius petendi ſublatum fuiſſet. Sed iſte non eſt noſter caſus. Et hæc ad explicationem huius §. Plenior enim tractatio de impenſis, huius loci non eſt. Porro cum iſta acquiſitio ædificii fundetur in iure acceſſionis, quod adiunctum cedat ſubiecto, ſine quo eſſe non poteſt, conſequens eſt, vt prędicta non procedant in ædificio mobili. *l. Titius 60. de adq. rer. dom.*

TEXTVS.

24. Si Titius alienam plantam in ſolo ſuo poſuerit, ipſius erit: & ex diuerſo ſi Titius ſuam plantam in Mæuii ſolo poſuerit, Mæuii planta erit: ſi modo vtroq; caſu egerit radices: ante enim quam radices egerit, eius permanet, cuius fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas eius commutatur, vt ſi arbor vicini ita terram Titii preſſerit, vt in fundum eius radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non permittit, vt alterius arbor eſſe intelligatur, quam in cuius fundum radices egerit. Et ideo prope confinium arbor poſita, ſi etiam in vicini fundum radices

Digitized by Google

radices egerit, communis fit. Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coaleſcunt, ſolo cedūt, eadem ratione frumenta quoque quæ ſata ſunt ſolo cedere intelliguntur. Ceterum ſicut is, qui ædificauit in alieno ſolo, ſi ab eo dominus petat ædificium, defendi poteſt, per exceptionem doli mali, ſecūdum ea quæ diximus: ita eiuſdem exceptionis auxilio tutus eſſe poteſt is, qui alienum fundum ſua impenſa bona fide conſeuit.

COMMENTARIVS.

1 *Cauſa huius adquiſitionis.*
2 *Obiectionum remotio.*

QVod imponitur ſolo, ei cedit, nimirum ſi ei ita cohæreat, vt ſine eo eſſe nō poſſit, ex quo ædificium mobile non cedit ſolo *l.60. h t.* oportet enim rem vere coniunctam eſſe
1 ſolo. Hinc etiam eſt, quod planta† in ſolo poſita ita demum cedit agro, ſi radices in agrum egerit; quo demum facto coniungitur ſolo, & ei vnitur: ante autem manet prioris domini *h.§.in princ.* Radicibus nimirum actis inducitur, conditio, iuxta *verſ. qua ratione*, vbi Iuſtin. ait plantas coaleſcentes, (per radicum actionem,) cedere ſolo: eoq; hęc adquiſitionis ratio pertinet quodammodo ad caſum quem tractauimus ad *§. præterea 20. verſ. quod ſi vis ſupr. h.t.* Præterquam quod ibi natura omnimodo & ſola operatur; hic autem præcedit factum hominis, arborem in agro ponentis: operatur tamen dominij adiectionem natura, immediate, per coalitionem plantæ cum fundo: de cuiuſmodi arboribus loquitur ICtus in *l. Quintus 40. de act. empt inf.* arbores quæ fundo continentur, non eſſe ſeparatum corpus à fundo. Hunc coalitionis effectum, & quod ea facta dominus is fiat cuius eſt ſolum, confirmat. Iuſtinian. in *verſ. adeo autem.* Quod etiam arbor quæ mea eſt, non mutato loco, tota mea eſſe deſinat, ſi in vicini fundum egerit radices: item & porro ex eadem ratione, quod pro parte mea eſſe deſinat, & fiat communis, ſi radices pro parte immiſerit in vicinum fundum; quoniam, vt inquit, ratio non patitur, vt alterius ſit arbor, quam cuius in fundum radices egerit; ſiquidem radicum immiſſio facit coalitionem arboris cum eo fundo, in quo ſunt radices; & quia per radices alitur arbor, adeoque eum fundum ſequitur arbor ex quo alimentum capit & ſuccum, citra quem viuere non poſſet, ſed exareſceret; ex quo reſpondet Iuriſconſultus in *l ſed ſi 26. §. arbor 2. h. t.* alia terræ alimento cenſeri ipſam arborem † aliam factam. Verum huic ſententiæ Iuſtinian. in *h. §. verſ. adeo* duo iuris loca obijciuntur, vnus ex *l. vltim. in princ. quod vi aut clam.* iuxta quam radices magis pro acceſſionibus haberi videntur. Alter, & qui fortius obſtat ex *leg. ſi plures 6. §. 2. arbor. furt. caſ.* & quidem dupliciter. Nam 1. ait Iuriſconſultus ſi arbor mea in vicini fundum radices egerit, eum poſſe & debere agere, hoc non eſſe eius, ſicut non licet proiectum, aut immiſſum habere, 2. in fin. §. ait, licet arbor alatur radicibus ex fundo vicini, tamen eius eſſe, in cuius fundo origo eius fuit. Equidem in *dict. leg. vltim. quod vi aut clam.* agitur de vite quæ in alienum fundum delapſa ibi coaluit; hanc eſſe eius in cuius fundo coaluit, reſpondet ibi Iuriſconſultus conuenienter ei quod hoc §. traditur, & videatur radices ibi abuſiue dici, quæ antea radices fuerunt, cum necdum vitis in alieno fundo coaluiſſet, & quæ propterea ea iam reuera amplius pro radicibus non ſint habendæ, ſed cedunt viti, quæ alibi coaluit. Prius quoque illud, quod obiicitur ex *l. 6. §. 2. Arb. furt. caſ.* non valde mouet; poteſt enim quis nolle vt radices arboris in fundum eius agantur, ex quibus plus damni ſit ſenſurus, quam vtilitatis, vtcunque arbor fieret communis: & cum alter ſe pro domino arboris geſſit, merito contra eum ita agi poteſt, quo etiam pertinet *lex 1. Cod. de interd.* Alterum difficilius eſt, & putat Hottomannus 1. *obſeru. 4. & 5. obſ. 13.* pugnan-

Digitized by Google

conſerit, confert hactenus cum eo, qui ædificium poſuit in alieno; eadem autem ratio hic eſt ſeminum ſparſorum in alienum agrum, & plantarum poſitarum in alieno fundo, quod innuit Iuſtinian. in *verſ. qua ratione.* Sed hactenus iſta comparantur, non omnimodo; nam vt eſt in §. *cum in ſuo ſolo ſupr. h. t.* materia diruto ædificio recte vindicatur à priori domino, qui nec interim omnino eius dominus eſſe deſijt, at planta poſt coalitionem fit plane alterius, nec in ea habet locum duplex conſideratio, de qua diximus in *d. §.* & nec radicitus quidem eruta à priſtino domino poteſt vindicari quoniam per nouum alimentum alia cenſetur effecta *l. ſed ſi 26. §. arbor 2. h. t.* qui ipſe locus oſtendit, quantum ICti tribuerint alimentationi arboris per radices.

Frumenta quoque quæ ſata ſunt.] Verba, *Quæ ſata ſunt*, faciunt demonſtrationem, non limitationem, quaſi quædam frumenta non ſata ad hanc tractationem pertinerent, vti hæc verba carpit Hotomannus: & proinde vult legi, *frumenta, & quæcunque ſata ſunt.* quod minime neceſſarium eſt.

TEXTVS.

25. Literæ quoque licet aureæ ſint, perinde chartis membraniſque cedunt, ac ſolo cedere ſolent ea, quæ inædificantur, aut inſeruntur: ideoque ſi in chartis membraniſue tuis, carmen vel hiſtoriam, vel orationem ſcripſerit Titius, non Titius huius corporis, ſed tu dominus eſſe videris. Sed ſi à Titio petas tuos libros, tuaſue membranas, nec impenſas ſcripturæ ſoluere paratus ſis, poterit ſe Titius defendere per exceptionem doli mali, vtique ſi earum chartarum membranarumue poſſeſſionem bona fide nactus eſt.

COMMENTARIVS.

PErſequitur eandem tractationem de adquiſitione per acceſſionem, quæ fit facto hominis. Et habet iſta ſpecies idem fundamentum, quod adiunctum cedat ſubiecto *l. 23. §. 3. de rei vindic.* vtcunq; quod adiectum eſt, ſit pretioſius; vnde purpuram etiam pretioſiorem veſtimento cedere dictum eſt, in §. *ſi tamen 27. h. t. & h. §.* ſi quid ſcriptum ſit aureis literis cedit chartæ membranæue: & vt plurimum ædificium pretioſius eſt area & ſolo cui cedit & accedit. Et hoc de chartis ita quoque ſcribit Paulus in *d. l. 23. §. 3. & in l. 3. §. pen. ad exhib.* quod in charta mea ſcriptum eſt, meum eſt.

Sed contra iſtam rationem adquirendi diſputat Hottom. hic: abſurdum eſſe dicens, vt hic modus & ſcriptura comparetur cum ædificatione, cum charta vtendo quodammodo pereat & cōſumatur: abſurdum eſſe, vt ſi quis cariſſimū forte librū ſcripſerit in aliena charta, vt ille ſit domini chartæ, ſi quis vir doctus meditationes ſuas ſcripſerit in charta aliena, quas plurimi eius interſit, ne communicētur alijs, vt dominus chartæ eas vindicare poſſit. Sed ſane verum non eſt, quod charta hoc modo pereat & conſumatur: & ſingularia exempla non poſſunt facere vt in vniuerſum aliud ius ſtatuatur; ſed in his terminis & ſimilibus adhibebit æquitatem iudex, & aliquando ſcriptorem poſſeſſorem chartæ abſoluit, ſi precium chartæ, vel aliam æque bonam præſtiterit.

Sed ſi à Titio petas.] Qui hoc modo dominus fit, iure ſuo chartam membranamue cum ſcriptura, & ſcil. chartam ſcriptam petit: ſicut fundum cum ædificio, aut ſeminibus petit, in cuius ſolo ædificatum, aut ſemen ſparſum eſt. Quod de vtroque hoc caſu dixit Iuſtinian. in §. *ex diuerſo & in §. præced.* quod poſſeſſor poſita exceptione doli conſequatur impenſas; idem in terminis iſtis, in fi. huius §. proponit. Sed quid ſi ſcriptor non poſſideat chartam? Et, ſi caſuum iſtorum

bona

Digitized by Google

bona comparatio eſt, non habebit actionem per dicta ſup. ad §. *ex diuerſo*. Et tamen fortaſſis exceptio hic admittenda erit, & in illis caſibus quos paulo ante ex Hottom. propoſuimus, argum. *l. 3. §. pen. ad exhib.* Scribit ibi Iuriſconſultus, cum ſeruus meus rationes vxoris meæ in charta aliena ſcripſiſſet, quas dominus chartæ poſſidet, non eſſe vindicationem, quia non ſum dominus: non etiam actionem ad exhibendum, quoniam ſcilicet, ſcriptura à charta ſeparari non poteſt: ſed tamen propter intereſſe meum eſſe actionem in factum. Ad hunc modum defendam, ſi quis poſſideat chartam ſuam, in qua ego cōmentarios & meditationes meas ſcripſeram, competere mihi actionem in factum: cuius actionis hic procul dubio effectus erit, vt chartæ æſtimatione à me ſoluta, ea mihi cum ſcriptura reſtituatur, quod ipſiſſima dictat æquitatis ratio.

TEXTVS.

26. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturæ cedere, alijs videtur, picturam, qualiſcunque ſit, tabulæ cedere. Sed nobis videtur melius eſſe, tabulam picturæ cedere. Ridiculum eſt enim, picturam Apellis vel Parrhaſij, in acceſſionem viliſſimæ tabulæ cedere. Vnde ſi à domino tabulæ, imaginem poſſidente, is qui pinxit eam petat, nec ſoluat pretium tabulæ, poterit per exceptionē doli mali ſubmoueri. At ſi qui pinxit, eam poſſideat, conſequens eſt, vt domino tabulę vtilis actio aduerſus eum detur: quo caſu, ſi non ſoluat impenſam picturæ, poterit per exceptionē doli mali repelli: vtiq; ſi bona fide poſſeſſor fuerit ille, qui impoſuit picturā. Illud enim palam eſt, quod ſiue is qui pinxit, tabulas ſubripuit, ſiue alius, competit domino tabularum furti actio.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio huius adquiſitionis.*
2 *Pictura & pictoria dignitas.*
3 *De actione vtili quæ competat domino tabulæ.*
4 *Quid ſi ſciens pinxerit.*

QVæritur de ratione † exceptionis, cur 1
cum cetera cedunt ſubiecto, diuerſum hic & in *l. 9. §. 2. h. t.* receptum ſit in pictura, vt huic tabula cedat. Videtur Iuſtinianus rationem ſumere à pretio picturæ, quam ridiculum ſit cedere viliſſimæ tabulæ. At enim literæ aureæ pretioſiores ſunt viliſſima charta; purpura ſæpe pretioſior eſt veſtimento, & ædificium vt plurimum longe pretioſius eſt area. An dicimus maiorem tamen eſſe diſtantiam pretij in pictura, quam in iam relatis? Idque hinc firmatur, quod Iuſtinianus meminit picturæ inſignium artificum Parrhaſij & Apellis, quorum picturæ infinitis partibus ſuperant pretium tabularum. Verū nō ſatis rationis eſt ob caſus ſingulares mutari ius regulare; Ceteroquin commentarij quoque in charta ſcripti ſæpe longiſſimo interuallo ſuperant pretium chartarum. Et quid ſi igitur ſequioris notæ pictor impoſuerit imaginem tabulæ, an tum aliud ſtatuimus? Hoc ſane non conuenit, quia exempli tantum loco iſtorum pictorum meminit Iuſtinian. itaque inepte Porc. hic requirit, vt pictura ſit nobiliſſima, tabula viliſſima. Falſo à precio rei ſumit rationem adquirendi. Et inepte reſpondet ad textum in §. *ſi tamen purpuram*: quod purpura ſit acceſſio: pictor autem imponat imaginem, non vt cedat tabulæ, ſed vt pictura habeat locum principalis: quaſi vero ab animo adiicientis, aut imponentis penderet ratio adquirendi dominij. Itaque, vt dixi, Iuſtinianus ſaltem exempli cauſa meminit horum pictorum; Ceteroquin ratio generalis ſumenda eſt, à pretio &
dignitate artis † pictoriæ in ſe conſideratæ. 2
Ea enim & Græcis & Romanis habita in hono-

Digitized by Google

honore, & in ea pueros ingenuos inſtitui vult *Ariſtot. 8. polit. 3.* Ars picturæ, inquit *Plin. lib. 35. nat. hiſt. c. 1.* quondam nobilis, tunc cum expeteretur à regibus populiſque, & nobilitante illos, quos eſſet dignata poſteris tradere; & *eodem lib. cap. 4.* docet quo in honore Romæ fuerit: & *cap. 10.* primum inter liberales artes pictoriam locum habuiſſe, eaque ſeruis interdictum.

Et huc referri poteſt, quod dicitur in *l. Labeo 14. de verb. ſign.* in iſtis non ſubſtantiam ſed artem ſpectari. Et tamen Paulus in *l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* ſecutus eſt generalem rationem acceſſionis, quod neceſſe ſit ei rei cedere id, quod ſine ea eſſe non poteſt: & ex ea defendit tabulæ cedere picturam: quam quorundam ſententiam fuiſſe hoc §. profitetur Iuſtinianus: vt nimis abutantur charta & opera, qui iſta apertiſſime & aduerſis frontibus pugnantia conciliare conantur. Doctores vulgo varia hic ſcribunt, imo nugantur. Veriſſime Ioh. Faber hic, quod ex ratione ſtricta, pictura & ſcriptura cedant ſubiecto, ſicut quæ inædificantur & ſeruntur: & quod hanc rationem conſiderauerit *Paulus in l. 23. de rei vind.* ſed aliud placuiſſe Caio. Sed idem omnino errat, dum putat deciſionem huius §. ſolum procedere in tabula: quod ſi quis pingat in membrana, tunc picturā cedere membranis. Gœddeus omnino inepte in *d. l. 14 de V. S.* Paulum in *d. l. 23.* explicat de ſcriptura in pugillaribus cereis: cum tamen Paulus rationem dubitandi ſumat à pretio picturæ, & à generali illa ratione pro domino tabulæ reſpondeat. Pacius 3. *antinom. 43.* non minus inepte putat, quod Paulus in *verſ. licet*, corrigat opinionem priorem: cum tamen per rationem ſubiectam ab acceſſione diſerte illam rationem dubitandi, à pretio picturæ, improbet & remoueat. Diſtinctio gl. inter picturam vilem & pretioſam iam exploſa eſt. Diſtinctio, an mala fide an bona quis pinxerit, itidē inepta eſt: tum quia mala fides non impedit iſtos modos adquirendi, vt probauimus ad §. *ſi tamen ſup. h. t.* tum quia in hoc modo adquirendi per acceſſionem bona fides non facit dominum, vt patet ex iis quæ in præcedd. de inædificatione, implantatione & ſcriptura dicta ſunt: & dominus enim ſubiecti fit dominus eius quod adiunctum eſt ab alio licet optima fide: & perſpicue errant, inter quos eſt Weſemb. qui hoc volunt referre ad ſpecificationem, cum tabulæ ſubſtantia in nullo mutetur: nec minus falſum eſt, quod hic Hottom. tentat, tabulam habendam eſſe pro extincta. Ridiculum autem eſt, quod Myns. hic ita accipit Pauli locum in *l. 23. ad §. 4 de rei vind.* quaſi præualentia ſignificaret pretium rei: & ob id etiam putat chartam hodie cedere ſcripturæ: qua ſententia nihil eſt abſurdius. Ita enim & ſolum ædificio, & veſtimentum ſæpe purpuræ cederet: quamuis *gl. Plat. & alii* etiam (ſed omnino male) velint attendi precium picturæ & ſcripturæ. Videamus modo cetera huius §.

Vnde ſi à domino tabula.] Conſequens hoc eſt ſententiæ Iuſtiniani, ſecundum quam tabula cedit picturæ, vt qui pinxit habeat actionem in rem contra dominum tabulæ. Iſtud rurſus ſuperioribus conſequens eſt, vt poſſeſſor tabulæ quæ ipſius fuit, habeat exceptionem doli, qua conſequatur tabulæ precium: idq; tanto æquius, quod ſine facto ſuo dominium amiſit: cum etiam illi habeant exceptionem poſſidētes, qui facto ſuo dominium amiſerunt, inædificando, implantando, ſerendo aut ſcribendo in re aliena §. *ex diuerſo* §. *Titius* §. *qua ratione* §. *Litera h. t.* Porro ſecundum ſententiam Pauli vix eſt vt pictori competat actio contra dominum tabulæ poſſidentem, & ſimul factum dominum picturæ, per ea quæ diximus ad §. *ex diuerſo ſup. h. t.*

At ſi is qui pinxit.] Ait Iuſtin. ſi pictor poſſi-
deat † tabulam, conſequens eſſe, vt domino 3
tabulæ vtilis actio aduerſus eum detur. Videbatur autem hoc conſequens non eſſe præmiſſis: ſiquidem dominus tabulæ qui fuerat, dominium eius amiſit, & tabula picturæ cedat: Putant hoc admiſſum propter illam naturalem rationem ſubiecti ad ſe trahentis adiunctum, quæ omnino non potuerit inſuper haberi. Itaque hanc mediam quodammodo eſſe ſententiam, vt licet pictor dominus fiat

Digitized by Google

tabulæ, & ita ex ſententia Caii & Iuſtiniani habeat directam actionem, tamen vtilis competat domino tabularum. Et hoc modo pugnantes locos h. §. & in *l. 23. §. 3. de rei vind.* conciliare conatus eſt *Bart. in l. quæratione 9. §. 2. h. t.* ſcilicet per diſtinctionem dominii directi & vtilis, quod ſit adhuc & maneat penes dominum tabulæ; quæ etiam ſententia eſt *Donell. 4. comm. 36.* vbi fatetur reuera diſſenſiſſe Paulum & Caium, ſed remotis ICtorum nominibus, monente alibi Iuſtin. hinc rationem conciliandi ſumi poſſe exiſtimat, quod Iuſtinianus ipſe hoc loco domino tabulæ vtilem in rem actionem concedat, cum pro eo ſit ratio naturalis adquirendi, non pro pictore. Iſtud quidem probabiliter dicitur; ſed mihi ſententiæ Iuſtiniani conuenire non videtur. Ait enim *iſtud eſſe conſequens.* Atqui nihil dixerat in præmiſſis, ex quo intelligi poſſit voluiſſe vel putaſſe tabulæ dominium aliqua manere apud dominum priorem: ſed omnino cedere tabulam picturæ reſponderat. Et igitur arbitror Iuſtinianum eo reſpexiſſe, quod dominus tabulæ citra factum ſuum dominium tabulæ amiſit, quo caſu & omnibus eiuſdem generis, abſque ſumma iniuria, aliter ſtatui non potuit, niſi vt aliqua actione priori domino ſuccurreretur. Et variis actionibus ſuccurritur pro variorum caſuum diuerſitate: vbi res quæ mea fuit, recipit ſeparationem, ad exhibendum agitur *l. gemma 6. ad exhibend. l. 23. §. Item 5. de rei vindicat.* vbi non recipit ſeparationem actio in factum datur *d. l. 23. §. 5.* Et propius ad rem noſtram, pro arbore quæ ſine facto noſtro in alienum fundum tranſlata ibi coaluit, eſt vtilis actio in rem *l. 5. §. de arbore 3. de rei vindicat.* & monuimus ſup. ad §. *præterea.* quod vtilis actio non tam vere ex dominio quam ex quadam æquitate conceditur. Et nimirum hac de cauſa hic dixit Iuſtin. conſequens eſſe vt domino tabulæ detur actio vtilis. Poteſt videri ideo tanto facilius domino tabulæ data actio vtilis, quoniam tabula omnino ſubſtantiam ſuam retinet: vt quodammodo hac conſideratione videatur dominium adhuc eſſe penes eum, vtcunque propria ratione videatur ceſſiſſe picturæ; cum & dicatur manere dominus materiæ, quæ ædificio iuncta eſt §. *cum in ſuo in pr. ſup. h. t.* Porro vbi vtili hac actione experitur dominus tabulæ, ſubiicit Iuſtinianus eum repelli per exceptionem, ſi non ſoluat impenſam picturæ. At quid ſi offerat hanc impenſam, contra pictor offerat pretium tabulæ, cuius prior erit ratio & potior? Et ſiquidem cum Iuſtiniano tabulam picturæ cedere dicimus, & pictori directam actionem in rem contra dominum tabulæ poſſeſſorem concedimus, conſequens omnino eſt, vt potiorem faciamus conditionem pictoris: cum & alias vtilis in rem actio effectum illum vix habeat, vt ab inuito extorqueat reſtitutionem, aut vt contra eum tamquam contumacem in litem iurari poſſit; cum hic etiam poſſeſſor iuxta diſputationem Iuſtin. ſit dominus directus: idque omnino ad hunc §. ſubintelligendum, aut ſupplendum eſt, quod & communiter cenſent Interpp. & iſtud quoque recte, quod contra tertium poſſeſſorem præferatur pictor, quippe dominus verus. An autem & quando directæ actioni præferatur vtilis, de quo hic late Faber, non eſt huius loci: neque huc pertinet; quoniam in terminis noſtris omnino directa potior eſt; ſed illa quæſtio de prælatione habet locum in actionibus perſonalibus; vel vbi vtile dominium quis habet ab ipſo directo domino, veluti vaſallus & emphyteuta. Pergit Iuſtin.

Vtique ſi bona fide.] Et an igitur opus eſt 4 bona fide pinxiſſe, † vt pictor fiat dominus tabulæ, & hæc cedat picturæ? probauimus ſupra ad ſæpe *d. §. ſi tamen 27.* non impedire malam fidem hanc acquiſitionem dominii, quæ fit per acceſſionem: cui ſententiæ videtur hic locus contradicere. Et an forte Iuſtin. parum memor opinionis ſuæ, quod tabula cedat picturæ, hoc ita ſcripſit. Etenim ita loquitur de pictore, qui ſciens tabulam alienam, in ea pinxit, quomodo locutus eſt de omnibus illis, qui alienæ rei quid imponunt & adiiciunt. Scilicet ei qui ſciens ex ſuo in

Digitized by

in alieno ſolo ædificauit, vel plantam impoſuit ſuam alieno agro, ſemina in alieno fundo ſparſit, in aliena charta ſcripſit, his etiam poſſidentibus negauit exceptionem, pro conſequendis impenſis aut pretio rerum ſuarum, quas ſcientes alienum ſubiectum ei adieciſſent. §. *ex diuerſo*, §. *Qua ratione*, §. *Litera ſup. h. t.* Eadem ratione, hic pingenti ſcienter in aliena tabula videtur non obſcure negare exceptionem.

Atqui non conueniebat huius caſus & illorum eandem hic ſtatuere rationem: quandoquidem illis adiunctum cedit ſubiecto: hic autem contra adiuncto ſubiectum cedit: neque quod vt in *ſ. §.* ſubiicit, ſubrepta tabula, datur actio furti, efficit, vt pictori ob id non ſit dominium quæſitum: ſiquidem in §. *ſi tamen. ſup. h. t.* vtcunq; ſubreptam purpuram ipſe fur iunxerit, & actio furti contra eum haud dubie locum habeat, tamen dominium purpuræ amiſſum eſſe, & purpuram haberi pro extincta, reſpondit Iuſtinianus: qui adeo vt dixi, parum ſuæ ſententiæ memor fuiſſe, & non ſatis ſibi conuenire videtur. Aut an dicimus hanc rationem adquirendi, vt tabula cedat picturæ, non eſſe naturalem, ſed magis ciuilem & artificialem: & proinde in ea non obtinere, quod ſupra ad §. ſi tamen, probauimus, dominium adquiri, non obſtante mala fide & ſcientia rei alienæ.

Non inepte pro tuendo Iuſtin. Weſemb. hic cenſet negari ſaltem pictori exceptionem doli, qua conſequi poſſit pretium picturæ: ceteroquin hac omiſſa poſſe eum allegare dominium, & ita vincere, oblata (quod tum omnino neceſſum eſt) tabulæ æſtimatione.

Illud enim palam eſt.] Meminit hic ſubreptarum tabularum: ſicut & ſupra in §. *ſi tamen* ſubreptæ purpuræ, quia frequenter contingit, ſubripi res mobiles: ceteroquin ſunt caſus quibus res mobilis furtiua non eſt, licet ſit aliena. Vtique ſi pictor pinxit [illegible] ſuas, licet furtiuæ ſint, quas forte à fure ignorans emit, non nocebit ei vitium [illegible] quo minus procedat quod ſupr. §. [illegible] licet enim vitium furti comitetur rem, id tamen non impediet hanc ſpecialem adquirendi rationem, quam hic defendit Iuſtinianus: & quod diximus iam *ex verſic. ſi bona.* præciſe reſtringendum erit ad caſum, quo pictor ſciuit tabulas eſſe furtiuas aut alienas. Plane vt hoc addam, oportet hunc §. intelligi de pictura in ſpecie dicta: ceteroquin ſi quis pingat carbone vel creta aliquid in tabula, quod nullius pretii ſit, & facile deleatur, procul dubio dominium tabulæ integrum manebit. De Parrhaſio cuius hic mentio vid. *Plin. 35. hiſtor. nat. 9. & 10.* (vt Græculus paraphraſtes inepit,) eodem cap. & ſeq. de Apelle, quem ſuauiter Iohan. Fab. putat fuiſſe Iudæum: an forte credidit eſſe Apellam? Horat. *credat Iudæus Apella.*

TEXTVS.

27. Si quis à non domino, quem dominum eſſe crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliaue qualibet cauſa, æque bona fide acceperit: naturali ratione placuit, fructus quos percepit, eius eſſe pro cultura & cura. Et ideo, ſi dominus poſtea ſuperuenerit, de fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt. Ei vero qui alienum fundum ſciens poſſederit, non idem conceſſum eſt: itaque cum fundo, etiam fructus, licet conſumpti ſint, cogitur reſtituere.

COMMENTARIVS.

1 *Cauſa huius adquiſitionis.*
2 *Percipere fructus quid ſit.*
3 *Effectus perceptionis.*
4 *Quid ſi ex perceptione locupletior ſit factus poſſeſſor.*

 5 *Fru-*

5 *Fructus extantes an reſtituantur.*
6 *An fructus naturales adquirat bonæ fidei poſſeſſor.*
7 *De mala fidei poſſeſſore.*
8 *Quid ſi mala fides ſuperuenerit.*

HÆc quoq; ſpecies acceſſionis eſt, quam aliqui diſcretam vocant. Fructus enim cedunt ſolo: itaque hic §. coniungendus eſt cum §. *Item ea 19. ſup. h. t.* Etenim fructus ad-
1 quirimus, tum iure † dominii veri, de quo in *d.* §. 19. tum iure quaſi dominii, quod eſſe videtur in eo qui bona fide poſſidet, & cui datur Publiciana, quæ eſt actio in rē: de quo dicimus §. *Namque 4. inſ. de act.* qui nimirum putans tradentem eſſe dominum, ab eo ex iuſta cauſa rem accipit, quæ in *pr. huius §.* ſignificantur. Hic hactenus & quo ad effectum percipiendi aliquo modo fructus & eos faciendi ſuos inſtar domini interim, dum vetus dominus non apparet, habetur, vt docent *l. bonæ fidei 48. in pr. de adq. rer. dom. l. qui ſcit 25. §. 1. de vſur.* & huc præcipue pertinet, quod dicitur, bonam fidem tantum præſtare poſſidenti, quantum veritas *l. bona 136. de R. I.* ſcilicet non omnimodo, ſed ſecundum quid. Bona fides ſcil. cum titulo, cuius expreſſiſſime etiam hic meminit Iuſtin. nec poteſt vera eſſe bona fides ſine titulo, quippe ſine quo non transfertur dominium: error autem iuris hic nocet: Itaque omnino errat poſt gl. Ang. n. 5. & alii, qui putant etiam poſſeſſorem bonæ fidei ſine titulo fructus facere ſuos: & præſupponendus eſt titulus in *l. ſi eius 78. de rei vind.* quæ male adducitur; & peius *l. qui ſcit §. 1. de vſur.* cum ibi tractetur de emptore. Poteſt tamen admitti illa Dd. opinio cum explicatione Portii, quod ſit titulus putatiuus, ex iuſta cauſa & errore cauſatus, de quo *infr. tit. 6.* Et hæc omnino principalis eſt ratio huius adquiſitionis, bona fides, vt ſcilicet putet ſe eſſe dominum; quod recte putat, dum credit eum fuiſſe dominum à quo rem accepit *h. §. in pr.* accepit videlicet iuſto titulo; hæc enim faciunt vt ius ſit vſucapiendi, de quibus plenius agemus *inſ. de vſucap.* Illa autem ratio minus eſt principalis, qua hic vtitur Iuſtin. quod fructus faciat ſuos pro cultura & cura. Quæ ſi ſola conſideraretur, & malæ fidei poſſeſſor adquireret fructus, quod falſum eſt in *f. huius §.* ſed & bonæ fidei poſſeſſor nec extantes reſtitueret, quod itidem falſum eſt, vt mox dicemus: ſed & amplius non adquireret bonæ fidei poſſeſſor fructus, ſi alius conſeuiſſet agrum ab illo bona fide poſſeſſum: quod rurſus falſum eſt, *l. 48. h. t.* de quo in §. *ſeq.* Tractatur autem hic de fructibus qui ex terra proueniunt, & à natura producuntur, non iis quæ occaſione rei per commercia & conuentiones, & quaſi artificialiter acquiruntur, & iure percipi, & ciuiles fructus dici ſolent, veluti penſiones, mercedes, vſuræ; *l. ſi nauis 62. in pr. de rei vind.* vice fructuum eſſe *l. vſura 34. de vſur.* & in fructu (verbo hoc proprie ſumto) non eſſe *l. vſura 121. de verb. ſign.* ceteroquin in fructu numerantur *l. videamus 19. in f. pr. & l. prædiorum 36. de vſucap.* loco fructuum *l. mercedes 29. de petit. hered.* Et iſtorum tamen quoque ratio in iſtis iudiciis habebitur per dd. textus. Sed de iſtis Iuſtin. hic non agit.

Ait Iuſtinianus: fructus eſſe bonæ fidei poſſeſſoris, quos percepit. Nam licet fructus pendentes ſint pars fundi, & cenſeantur eius eſſe cuius eſt fundus, adeo & interim bonæ fidei poſſeſſoris, qui loco domini interim eſt, tamen propter hoc ipſum quia pars fundi ſunt, interim fructuum rationem hic non habent, vbi fructus vt ſeparatos conſideramus, & quale habeat ius in iis poſſeſſor; præcipue quod hæc quæſtio tractatur in terminis, in quibus poſt dominus ante impletam vſucapionem vindicat & euincit fundum; quo caſu vtique vna cum fundo iſti fructus adhuc pendentes reſtituuntur. Et ita ICtus in *d. l. bona 48. in pr. h. t.* ait, bonæ fidei poſſeſſorem facere fructus ſuos percipiendo; & in *d. l. 25. §. 1. de vſur.* hoc vnicum tractatur, an bonæ fidei emptor fructus † perceptos ſuos faciat. Vbi con- 2
tradicere ſibi videtur ICtus in *d. l. 48.* qui cum in pr. dicat, percipiendo fructus ſuos facere poſſeſſorem, ſtatim ſubiicit, fructus fieri bonæ fidei emptoris antequam eos percipiat. Ad quæ cōponenda & intelligenda diſtinguenda eſt

Digitized by Google

eſt homœ[illegible] in verba *percipere*. Et nimirum dupliciter dicuntur percipi fructus 1. ſimplici ſeparatione à ſubiecto, veluti ſi ſegetes demeſſæ aut poma pirave de arboribus deiecta fuerint. 2. vlteriori aliquo facto, veluti auectione & collectione in horreum, vel expreſſione vini aut olei ex vuis vel oliuis. Ita in *l. ſi eius* 78. *de rei vind.* fructus dicuntur percepti, ſi cœpti ſint percipi: quæ rurſus verba citra iſtam explicationem implicarent contradictionem: neque enim poſſit dici perceptum, quod cœptum eſt percipi; ſed mox ibidem additur, percipi cœptos dici fructus, ſi terra ſe continere deſierint, licet nondum collecti, & necdum vinum vel oleum factum ſit: quo ſenſu aliquando percipi dicuntur fructus, in alio genere poſſeſſoris, aut qui ius adquirẽdi fructus habet, de quo aliqua dicemus §. ſeq. Et poſteriori ſenſu perceptionis, emphatice dicuntur fructus coacti, vt notat per *d. l.* 78. *Cuiac.* 11. *obſ.* 39. vbi tamen non recte negare videtur, quod ſic quoque dicuntur percepti fructus. Ita percepti fructus pro coactis ſumuntur in *l. qui ſcit* 25. §. 1. *in f. de vſuris l. ſi fructuarius* 13. *in f. Quib. mod. vſufruct. amit.*

3 Et igitur bonæ fidei † poſſeſſor fructus ſuos facit percipiendo, & hoc modo eorum dominus efficitur. Cuius in eo potiſſimum effectus eſt, vt quod cuiuis domino ius competit, idem & habeat bonæ fidei poſſeſſor; nimirum vt pro libitu ſuo fructibus vti, eos distrahere, & alias pro vtilitate & neceſſitate familię conſumere poſſit. Cuius rei hic porro effectus eſt, vt ſi poſtea dominus euincat fundum, poſſeſſor ei ob fructus conſumptos non teneatur: vt hoc §. ſcribit Iuſtinianus, & in §. *etſi* 2. *in f. inſ. de offi. iud.* fac. *tl. Neſen.* 41. §. 1. *de re iud.* Et hoc eſt, quod dicitur in *l.* 4 §. 2 *fi. reg.* bonę fidei poſſeſſorem fructus *lucrari*, quos ante litem
4 cont. percepit & † conſumpſit. Vbi tamen limitationem quidam addunt, *niſi factus ſit locupletior*, & plus lucri fecerit ex iis, quam in culturam & curam fundi impẽdit: tum *arg. huius* §. quo fructus dicuntur fieri bonæ fidei poſſeſſoris pro cultura & cura: tum per *l. ſed & ſi* 25. *§. conſuluit* 11. *de pet. hered. iunct. l.* 1. *C. eod.* Sed nec verba §. noſtri captanda ſunt, quæ cauſam iſtius adquiſitionis innuunt, minime autem efficiunt, quod tantum vſque ad quantitatem impenſarum lucretur poſſeſſor conſumptos fructus: cum textus non diſtinguant; & euidenti argumento eſt, quod fructus etiam extantes hactenus retinere poteſt poſſeſſor, vt inde impenſas conſequatur. Et ſpecialis ratio eſt iudicii vniuerſalis petitionis hereditatis, non tantum quod ille habet titulum lucratiuum, ſed & magis, quod alias mitius cum hoc poſſeſſore agitur, nec quidquam reſtituere tenetur, ſi hereditatem ſine dolo fecit minorem *d. l.* 25. §. 11. proinde rurſus vice verſa debet præſtare, quidquid ex hereditate lucri conſecutus eſt, & ſatis habere ſi nullum ſentiat damnum. Cui accedit, quod fructus hereditatem augent, eoque iure actionis vniuerſalis non minus atque ipſa corpora hereditaria veniunt *l.* 1. & 2. *C. de petit. hered.* Plane ſi forte poſſeſſor bonæ fidei, præſertim paulo ante motam controuerſiam, maiorem copiam frumenti aut vini diſtraxerit, & magnam exinde ſummam pecuniæ redegerit, conceſſerim facile, iudicem huius rei poſſe & debere habere rationem. Et igitur vt ad prius illud redeamus, quod diximus ex §. noſtro & probauimus, poſſeſſor lucratur fructus conſumptos; & ita illos plene & cum effectu, ne de iis teneatur, ſuos facit: quo ſenſu bonæ fidei poſſeſſor. dicitur fructus cõſumptos ſuos facere, *l.* 4. §. *lana* 19. *de vſucap. l. quæſitum* 40. *in f. de adq. rer. dom.* ex quibus minime colligi debet; quod ante conſumptionem non itidem proprio ſenſu ſuos eos facere dicatur. Sequitur autem ex his per argumentum, quod vocant, à contrario ſenſu, ſi adhuc extent fructus, eos eſſe † domino vna 5
cum fundo euicto reſtituendos. Id enim efficit, quod eſt in *d. l.* 4. §. 2. *fin. regund.* lucrari poſſeſſorem fructus, ſi eos conſumpſerit, quod ſcriptum etiam eſt expreſſe in *l. certi* 22. *C. de rei vind.* quod bonæ fidei poſſeſſor reſtituat fructus extantes. Et ſententia iſta omnium pene Interpp. communis eſt, à qua fere vnicus diſceſſit ſed prauo iudicio *Donell.* 4. *comm.* 25. vbi duplici vtitur argumento 1. quod iniquum

Google

ſit fructus eos reſtitui, qui opera & induſtria poſſeſſoris bonæ fidei prouenerunt. 2. quod non ſit auferendum, neque poſſit auferri quod ſemel alicuius factum eſt. Atquin fructus, poſſeſſoris, antequam eos conſumpſit, & ſola perceptione, vt paulo ante diximus, & quidem quod magis eſt, dicuntur fieri pleno iure, *l. in pecudum 28. de vſur.* ſed ad iſta non eſt reſponſio difficilis. Et videlicet dominii adquiſitio duplex eſt, alia perpetua & citra domini ipſius factum irreuocabili iure: alia non perpetua, ſed ex cauſa aliqua ſuperueniente, quo cauſam dominii tollit, reuocabilis.

Ita maritus habet dominium dotis, ſed reuocabile, ſoluto matrimonio, de quo dicemus *infra quib. alien. non licet. in princ.* In noſtris terminis cauſa dominii & adquiſitionis fructuum eſt ius bonæ fidei, quod dominio æquiparatur, quamdiu de vero domino non conſtat; & quo adeo ſuperueniente, ac rem ſuam euincente, ceſſante illa, quam dixi, cauſa, cum ipſa re fructus tamquam acceſſiones fundi quiuis poſſeſſor cogitur reſtituere: quandoquidem, ratio quæ hoc §. adducitur, culturæ & curæ, non poteſt ſublato iure, quod in ſolo habebat antea poſſeſſor, ſola defendere poſſeſſorem, vt retineat fructus: ſed ad hoc tantum proficit, vt dominus aut pretium eorum quæ impenſa ſunt, præſtare teneatur, aut pati, vt fructus cum ſumptibus proportionaliter compenſentur, & ſcilicet pro illis fructuum partem poſſeſſor bonæ fidei retinere poſſit; *l. ſi à domino 36. §. vltim. de petit. hered.* & ita tollitur iniquitas in primo argumento adducta: idque eſt quod Iuriſconſultus ſignificat in *d. l. bona 48. in pr. de rei vindicat.* bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſuos facere INTERIM, dum ſcil. res euincitur. Nec dicere quis poſſit fruſtra id conſtitutum, vt fructus percipiendo faceret ſuos bonæ fidei poſſeſſor ſiquidem eos extantes reſtituere cogatur. Etenim tum ratio bonæ fidei hoc facit, tum iſte effectus inſignis eſt, quod habet ius conſumendi & fructus conſumptos lucratur: Quod ſi eius percipiendo facti non eſſent, conſumptorum æſtimationem reſtituere & præſtare teneretur. Porro amplius ad *d. l. 28. de vſur.* quam præcipue vrget Donell. quod ibi dicuntur fructus fieri poſſeſſoris bonæ fidei pleno iure: hæc quoque reſponſio eſt quod inde non ſequitur, eos extante non reſtitui: neque enim plenitudo illa infert ius irreuocabile, ſed quod interim verus & plenus ſit dominus, proprietate & vſufructu. Tum inſuper & hoc reſpondetur, quod ibi ſit oppoſitio fructuum ad partum ancillæ: Illi ſtatim fiunt poſſeſſoris, vel quicunque tandem ius fruendi habet: ſed partus qui non eſt in fructu, vſucapione demum adquiritur, de quo in *§. in pecudum infra hoc titul.* Et omnino inepta eſt reſponſio Donell. ad *d. l. 22. de rei vindicat.* quod fructus extantes ibi ſignificent pendentes: de his enim non vt fructibus, ſed vt parte fundi tractatur: nec hoc reſtituere dicitur poſſeſſor. Vnum ſupereſt an hæc, quæ diximus hactenus de bonæ † fidei poſſeſſore, obtineant in quibuſ- 6
cunque & omnibus fructibus, qui naſcuntur in fundo. Communiſſime fructus diſtinguuntur in naturales & induſtriales, quam diſtinctionem Interpp. noſtri ſumpſerunt ex *l. fructus 45. de vſuris.* ſed ea diſtinctio non habet accurate oppoſita membra. Etenim induſtriales non dicuntur, quaſi ſola induſtria hominis ea producat, quod fieri non poteſt, ſed quod niſi factum hominis accedat, fructus iſtos natura vel omnino non, vel vix & parciſſime producere poſſit: cuiuſmodi ſunt ſegetes, vuæ &c. quin & amplius, quoad hanc tractationem pro induſtrialibus habentur, qui naſcuntur ex animalibus, in quæ cum aliqua impendenda, & quotidianus ſumptus pro alimentis eorum faciendus eſt: qualia ſunt, vaccæ, oues, capræ, itaque hactenus vituli, agni &c. inter fructus induſtriales referuntur *d. l. in pecudum 28. de vſuris.* Horum oppoſitione naturales dicuntur, in quibus natura omnino potiſſimas partes habet, ita vt vel nullo vel plane exiguo aut ſumptu aut cura opus ſit, veluti ſunt ligna, poma vel pyra, *d. l. fructus 45. de vſuris.* & obſeruandum

dum

ctum eſt, quod notant *Cyn. in l. certi 22. Cod. de rei vindicat. num. 2.* & *Bart. in l. & ex 35. D. eod.* aliquando iudicem arbitrari oportere an fructus ſint habendi naturales an induſtriales. Eodem referri ſolent prata, *argum. l. pratum 31. de verb. ſignif.* Bene autem limitat id Weſemb. vt ea poma pertineant ad fructus induſtriales, quæ ex arboribus quas ipſe poſſeſſor inſeuit & plantauit; & vtique primum nata ſunt: vbi etiam recte cum Dd. monet, hanc diſtinctionem ſumptam eſſe à potiori, vel potius (nam & imo in induſtrialibus ita dictus plus ſuo ſenſu operatur natura) comparatiue tantum ita fructus diſtinguuntur. De naturalibus quæritur, an pariter eos percipiendo ſuos faciat poſſeſſor: quod ſane diſerte negat ICtus in *d. l. 45.* & ait, fructus hos non fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia non ex facto eius naſcantur: id eſt, quia licet nec ſumptum faciat, nec quidquam ſerat, aut aliud agat, iſti tamen fructus proueniant. Et hæc eſt communiſſima omnium Dd. ſententia, quæ omnino probatur ex *d. l. 45.* quæ ſine cauillatione aliter intelligi & explicari non poteſt. Plerique recentiorum in contrariam ſententiam abierunt, quorum interpretationes & emendationes ad *d. l. 45.* referre operæ pretium non eſt, & id nimis longum foret: & ipſa ingens explicationum diuerſitas facit, vt eorum opinionem falſam exiſtimem: videat cui libet, *Weſemb. hic. Vulteium 1. de ſcept. ſchol. 20. Ant. Fab. 4. coniect. 17. Gotteſm. 2. var. lect. 15. Alber. Gent. 4. lect. 19. Pacium ad l. 2. Cod. de condict. ex leg.* Doctorum ſententia communis, & ſimplex eſt, & firmatur quoque ex hoc textu, in quo ſimul hanc rationem adquiſitionis reddit Iuſtin. *pro cultura & cura.* qua omnino negata ceſſabit etiam adquiſitio ipſa. Ex quo porro infero, cum qui dominus non eſt, ius cōſumendi rem non habeat, etiā bonæ fidei poſſeſſorem, hos fructus naturales, iure ſuo conſumere non poſſe: & proinde ſi conſumpſerit, ad eorum æſtimationem teneri: & propterea qui textus conſumptos dicunt cedere lucro poſſeſſoris bonæ fidei, ad eos fructus pertinere qui fiunt poſſeſſoris, & nempe induſtriales, cuiuſmodi habentur plerique fructus. Ex Doctoribus, etiam qui naturales negant adquiri bonæ fidei poſſeſſori, tamen pleriq; eorum cōſumptorū nomine teneri eū negant: ita enim *gl. & Dd. communiter in d. l. & ex 35. h. t. l. 22. C. eod.* & poſſet dici, licet dominus non fuerit, tamen quia opinione domini eos conſumpſit, ſaltē exceptione tuendum eſſe. Sed ſane non ſatis eſt, opinione domini conſumpſiſſe, vt propterea domino vero quis non teneatur: itaq; nec mouet ratio *Salu. in d. l. 22 n. 5.* quod poſſeſſor eos neq; culpa neq; dolo poſſidere deſierit: quoniam aliud eſt amiſiſſe poſſeſſionē hoc modo ſimpliciter, quo caſu ceſſat actio; aliud cōſumſiſſe & in vtilitatem ſuam conuertiſſe: quo caſu vtique etiam ceſſabit vindicatio, ſed condictio competet. Et præcipue me in hanc opinionem impellit, quod ſi fructus naturales cōſumptos, lucro poſſeſſoris bonæ fidei cedere dicimus, nulla erit, inter induſtriales & naturales realis differentia, quippe etiam induſtriales extantes ſunt reſtituendi: Illa enim tantū in verbis non in effectu poſita eſt, & in ſolo genere agendi, quæ affertur à *Cyn. in d. l. 22. & gl. in d. l. 35. de rei vindic.* quod pro naturalibus fructibus extantibus dominus etiam ſeorſim habeat vindicationem; ſed induſtriales reſtituantur vna cum reipſa tamquam acceſſiones, officio iudicis, aut ſi factum non ſit, ſupereſt ſaltem condictio. Nihil autem intereſt poſſeſſoris an reali an perſonali actione conueniatur: niſi quod aliquando ob contumaciam condemnatio variatur. Facit, quod nulla alia ratione receptum eſt, vt bonæ fidei poſſeſſor fructus induſtriales faceret ſuos, quam vt ne de conſumptis teneatur. Porro hic non obſtat *l. bonæ 48. in princ. h. titul.* nec enim in verbo *omnes*, protinus neceſſario includuntur naturales, ſed etiam ii qui aliena opera ſati & ſeparati fuerunt: ait enim non ſolum eos qui diligentia EIVS &c. Ergo intelligit fructus, qui operam & induſtriam requirunt. Tum etiam conſiderato paulo pinguius bonæ fidei poſſeſſoris iure, omnes fructus eius eſſe videntur; dum ipſe interim pro domino eſt: ſecus autem ſe

habet, vbi accurate totam adquirendi cauſam conſideramus, quæ ſimul eſt à cultura & cura. Denique dum conſideramus eundem ſtatum durantem, nulla apparet inter fructus differentia: ſed apparet, vbi poſt domino ſuperueniente de iure fructuum tractatur. Non obſtat etiam, quod poſſeſſor bonæ fidei plus iuris habere dicitur quam fructuarius *l.25. §.1. de vſuc.* qui etiam naturales vtique fructus ſuos facit. Etenim illa prærogatiua *d.l.25.* eſt ſecundum quid, de qua dicemus *§. ſeq.* non abſoluta: ceteroquin exſtãtes fructus (quos omnino retinet fructuarius) non reſtitueret bonæ fidei poſſeſſor; quod eſt falſum. Sequitur in textu:

Et vero qui alienum fundum.] Iam tractat,
7 quid iuris † ſit, in malæ fidei poſſeſſore. Diximus, cauſam huius adquiſitionis principaliter pendere à bona fide: Qua ceſſante efficitur, malæ fidei poſſeſſorem nullos fructus perceptos facere ſuos, & nullos conſumendi ius habere: ſed & iuxta ea quæ ſæpius præcedd. §§. tradita fuerunt, nec pro impenſis habere retentionem aut doli exceptionem. Et in *l.22. C. de rei vind.* dicitur, quod malæ fidei poſſeſſor omnes fructus præſtet; & pro extantibus eſt vindicatio, (quoniam iure ſoli domino adquiſiti ſunt, non poſſeſſori) *l. 3. C. de condict. ex Leg. l.4. C. de crim. expil. hered.* ſi conſumpti ſint, tenetur condictione ad æſtimationem *d.l.3. & d.l.4. & l. 4. §. 2. inf. fin. regund.* & monuimus ſup. ad *§. ſi tamen h. t.* quoſdam condictionem furtiuam, quoſdam condictionem ſine cauſa intelligere: quod poſterius magis eſt cum deficiant hic requiſita furti. Et ita ſimpliciter condictio fructuum ex iniuſta cauſa perceptorum, proponitur *l. 4. §.1. de reb. cred.* & alii caſus ſunt in *l. ſi ſeruum 61. §. Locau. 7. de fur. l. cum in plures 60. §. meſſem 5.* (licet ibi condictionem furtiuam intelligat) *Locati.* Illud quæri poſſit, an non præter condictionem locus ſit actioni ad exhibendum quæ alias locum habet, vbi quis dolo malo aut mala fide rem conſumpſit & poſſidere deſiit, vt ad *d. §. 27. diximus. & ad §. cum ex ſuo ſup. eod.* vbi contra eum qui tignum mala fide iunxit, actioné ad exhib. dari probauimus: & in *§. 2. inf. Quib. alien. lic.* pecunia mala fide conſumpta, eadem actio proponitur. An forte hic ſpecialis eſt ratio: tum quod interuenit actus, qui iure gentium ſolet facere dominum, *perceptio fructuum*, & quidem rei non ſimpliciter alienæ, ſed quæ per ipſius operam culturam & curam producta eſt: Et ſane condictio in dd. locis ita opponitur vindicationi, vt hæc, vel quæ in rebus mobilibus illius locum ſubit, actio ad exhib. pro fructibus conſumptis competere non videatur. Cum itaq; dd. textibus vindicatio extantium proponatur contra malæ fidei poſſeſſorem, indicio eſt, veriorem eſſe eorum opinionem, qui contra bon. fid. poſſeſſorem pro extantibus non vindicationem, ſed tantum condictionem concedunt; licet enim dominium ſit reuocabile, tamen vtique dominium eſt, facit *l. 1. §. vlt. de condict. cauſ. dat.* Et ergo malæ fidei poſſeſſor etiam de fructibus conſumptis & omnibus omnino perceptis tenetur: nec tantum iis quos vere percepit, ſed etiam qui quadam iuris fictione pro perceptis habentur: & qui percipi potuiſſent: neque enim negligentia aut dolus poſſeſſoris nocere debet domino, quominus conſequatur fructus quales ipſe percipere potuiſſet, ſi fundum poſſediſſet, quem quiſq; dominus vt diligens paterfamilias colere intelligitur: probatur hæc ſententia per *l. ſi nauis 62. §.1. de rei vindic. l. cum ſeruus 39. §.1. de legat. 1. l. ſi de 4. C. vnde vi. l. domum 5. C. de rei vindi. l. ſed & portus 12 in pr. Quod met. cauſ. l. ait 10. §. & fructus 20. quæ in fraud. cred.* vbi fit mentio fructuum qui à fraudatore percipi potuerunt, quoniam huius quaſi nomine agunt creditores: & ſi non alienaſſet ille, actionem nullam ſuper fructibus haberent creditores: *add. §. ſed etſi 2 verb. illorum inf. de offic. iud. l. fructus 33. de rei vind. cat. l. ſed etſi 25. § ſed & 4. de petit. hered. iunct. l. 1. inf. C. eod.* nam quod in omnibus poſſeſſoribus obtinet poſt lit. cont. idem in malæ fidei poſſeſſoribus ante lit. cont. iuris eſt: quia poſt illud tempus omnes poſſeſſores ſunt pares, poſtquam controuerſia mota ſuper iure ſuo incipiunt dubitare *l. illud 40. de pet. hered.* Itaq; ſi quos fructus poſt lit. cont. conſumpſit,

qui-

qui bonæ fidei poſſeſſor erat, eorum nomine condemnatur; quia quo ſtatu erat res tempore litis conteſtatę, eo præſtanda & reſtituẽda eſt *l. 2. de vſur. & l. cum fundus 31. in princ. ſi cert. pet. l. 4. §. 2. ſin. reg. l. ædiles 25. §. Item 8. de ædil. ed.* Igitur vt redeamus vnde digreſſi ſumus ob fructus etiam quos percipere potuit, tenetur malę fidei poſſeſſor, quamuis aliqui diſtinguant an malæ fidei poſſeſſor titulum habeat necne, & hunc demum etiam de fructibus percipiendis teneri putent; *gloſſ. ac alij in leg. & ex 35. de rei vind. c.* quos tamen mouere non debebat (nam textus modo citati generalius loquuntur) *l. ſi fundum 17. Cod. de rei vind.* quia peruulgatum iam eſt & ſcitum, textus Codic. fere eſſe reſponſa ad caſus ſingulares; & in facto contingentes; vt proinde ex eo quod in *d. l. 17.* dicitur, reſtituendos eſſe fructus perceptos, non recte inferatur, fructuum, qui percipi potuerunt, nomine, poſſeſſorem eum non teneri. Quando ita euagati ſumus, quæramus & hoc, quid iuris ſi ab initio quis bona fide fundum apprehenderit, ſed poſt mala fides ſuperuenerit, quid iuris ſit quo ad fructus; Et ſuperueniens quidem
8 mala fides, non interrumpit † vſucapionem ipſius fundi; quoniam huius vna vſucapio eſt, in cuius principio ſufficit adfuiſſe bonam fidem: at fructuum quot anni: quot perceptiones, tot adquiſitiones ſunt; itaque poſtquam quis intellexit fundum eſſe alienũ, licet vſucapio fundi duret, tamen fruct⁹ ſuos non faciet; quæ diſtinctio perſpicuo iure tradita eſt in *l. bona 48. §. 1. de adquirend. rer. domin.* quamuis in alia opinione videatur fuiſſe Iulianus in *l. qui ſcit. 25. §. vltim. de vſur.* niſi illum locum intelligas, quod interim dum non euincitur fundus, videatur quodãmodo fructus facere ſuos; quos tamen fundo euicto ratio ex quo fundum alienum eſſe ſciuit ſuos iam non feciſſe intelligatur, ſed proinde vt malæ fidei poſſeſſor eorum nomine teneatur; quamuis Bato hic iſta ſine manifeſta calumnia neget poſſe conciliari. Quid autem porro, ſi poſtquam percepiſſet fructus, antequam eos conſumeret intellexerit fundum eſſe alienum, an tenebitur de fructibus conſumptis? Equidem in his terminis fructuũ vſucapioni locus eſt: Cetero quin ſi ante eos conſumpſerit, cum iam ſciret rem eſſe alienam & dominus ante ſuperuenerit, quam vſucapio impleri potuerit, verius eſt, & conſequens prædictis; eum iure fructus non conſumpſiſſe. Neq; enim ſufficit, quod percipiẽdo, cum adhuc neſciret fundum eſſe alienum dominus fructuum factus eſt. Etenim vt diximus, dominiũ eſt reuocabile, quod quia per conſumptionem fit irreuocabile, oportet, in conſumptione quoq; adeſſe bonam fidem & ridiculum eſt ꝙ alibi Ant. Fab. diſputat, non poſſe fructus conſumi mala fide, qui ſemel per perceptionem alicuius facti ſunt. Illud ad extremum hic quæri poſſit, cum ſæpe diximus, malam fidem non obſtare his adquirendi modis, cur hic requiratur bona fides, ſed expedita ratio eſt, quod in illis caſibus de quibus diximus, facto alicuius, ſpecificatione, vel adiũctione acquiritur dominium, atquin fructus non ſeminis, ſed iure ſoli percipiuntur *l. qui ſcit. 25. in pr. de vſuris.* Itaque vt quis poſſit adquirere fructus, ius eum in ſolo & fundo habere oportet, quod non habet malæ fidei poſſeſſor.

Cogitur reſtituere.] Æſtimatio ſcil. fungitur vice rei; Ceteroquin ipſos fructus conſumptos non reſtituere poteſt, ſed & pleriq; fructus, frumenta, vina, recipiũt functionem in genere ſuo: & pertinebit ad officium iudicis, vt æſtimet an horum æſtimatio, an tantũdem in genere ſit reſtituendum; quo facto ipſi fructus conſumpti reſtitui videntur, de quo *infr. lib. 3 tit. 15.*

TEXTVS.

28. Is vero ad quem vſusfructus fundi pertinet, nõ aliter fructuum dominus efficitur, quam ſi ipſe eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis deceſſerit, ad hæredes eius nõ pertinent, ſed domi-

no proprietatis adquiruntur. Eadem fere & de colono dicuntur. In fructu pecudum etiam fœtus eſt, ſicuti lac, pilus & lana. Itaq; agni, vituli & hœdi & equuli & ſuculi, ſtatim naturali iure domini fructuarij ſunt. Partus vero ancillæ in fructu non eſt: itaq; ad dominum proprietatis pertinet. Abſurdũ n. videbatur, hominem in fructu eſſe, cum fructus omnes natura hominis gratia comparauerit. Sed ſi gregis vſumfructum quis habeat, in locũ demortuorum capitum ſubmittere ex fœtu fructuarius debet, vt & Iuliano eſt viſum, & in vinearum demortuarum, vel arborum locum, alias debet ſubſtituere. Recte enim colere, & quaſi bonus paterfam. vti debet.

COMMENTARIVS.

1 *Fructuarius quomodo adquirat fructus.*
2 *De ſententia* l. 13. quib. mod. vſusf. am.
3 *Fructus maturi cuius ſint.*
4 *Lapſus Cuiacij.*
5 *De iure coloni in fructibus.*
6 *Explicatio* l. 26. de furt.
7 *In fructu quæ ſint.*

FRuctus percipimus, aut ex re propria, (qui caſus non habet controuerſiam) aut ex re aliena: & hoc vel citra domini voluntatem, vel voluntate domini, ex qua ſcil. alteri ius tale acquiſitum & conſtitutum eſt. Ad priorem caſum pertinent poſſeſſores bonæ, aut malæ fidei, de quibus iam dictum eſt: Ad poſteriorem varij generis homines: quorum duo hic attinguntur, fructuarius, de quo tamen pluribus agitur, & tribus verbis colonus. Ait 1. de fructuario Iuſtinianus, non ali-
1 ter eum fructuarium † dominum fieri, quam ſi eos ipſe perceperit. Vbi verbum IPSE emphaſin habere videtur, & opponi fructuarius bonæ fidei poſſeſſori, quippe qui fructus ſuos facit, ſimul … eos perceperit, & à ſolo ſeparauerit … quod inſtar domini interim habetur, ac fructus ſequuntur ius ſoli *l. 25. §. 1. … vſur.*

Et … hactenus etiam minus iuris habere fructuarium probatur ex *l. qui ſcit. 25. § 1. in f. de vſur.* Quod ſi enim eius non fiunt niſi coacti & collecti ſint, licet ſint à ſolo ſeparati, vt eſt in *d. §. 1.* oportet vtique vt ipſius, vel qui eodem redit, alterius nomine ipſius factum interueniat, qui eos ſeparatos à fundo vel ſolo colligat & cogat. Huic autem connexa eſt illa differẽtia, quod percipere aliter dicitur fructus bonæ fidei poſſeſſor, ad effectum adquirendi fructus, aliter fructuarius. In illo ſufficit, ſeparatos eſſe à ſolo, in hoc requiritur aliquid amplius, vt ſint collecti & coacti, iuxta ea quæ ad *§. præc.* de duplici ſignificatione huius verbi, *percipere*, diximus, quod etiam probatur ex *l. ſi eius 78. de rei vind.* vbi de bonæ fidei poſſeſſore; & ex *l. ſi fructuarius 13. in f. quib. mod. vſusfr. am.* vbi fructuarius & bonæ fidei poſſeſſor ita inter ſe opponuntur, quod huius fiant fructus vbi à ſolo ſeparati ſunt: illius, vbi eos perceperit; quod rurſus explicandum eſt ex eo quod iam d. loco, de iſta ambiguitate diximus, ſed quod diximus ſola ſeparatione à fundo fructus non fieri fructuarij, ei obſtat ipſe ille textus in † *l. 13. quib mod. vſusfr.* vbi *poſt* 2
pr. ait ICtus, vſumfructum percipi ſpica, aut fœno cæſo, aut vua adempta; quod vtiq; habet nudam ſeparationem a terra.

Poſſent hæc ita explicari, vt ſiquidem alius ſeparauerit à terra fructus, non fiant fructuarij, niſi eos collegerit; ſed ſi fructuarius ipſe vel alius eius mandatu fecerit ſeparationem à terra, ſufficere id ad adquirendos fructus, etiam citra collectionem. Nam & ita conſtabit oppoſitio inter fructuarium & bonæ fidei poſſeſſorem; qui omnino facit fructus ſuos à quocunque & quomodocunque ſeparatos, veluti ſi oleæ ſponte deciderint; quod in fructuario ſecus eſſe docet *d. l. 13.* Quamuis huic explicationi non ſatis conuenire videatur, quod in *dict. leg. 13. in fin.* ex Iuliano refertur, & ita poſſeſſor bonæ fidei fructuario

ſim-

ſimpliciter opponitur; quod illius ſiant fructus, vt primum ſeparati ſunt: ſed huius demum per collectionem; quæ oppoſitio ſi recta eſt, nec ſufficiet ipſum fructuarium ſeparaſſe; quoniam ſeparare non eſt colligere. An dicimus per poſtrema verba *dict. leg.* 13. corrigi ſententiam ante relatam? Vtramque opinionem refert Accurſ. in *dict. l.* 13. & priorem, ait eſſe Ioan. & Azonis, quam & communiter Interpp. ſequuntur, ſecundũ quam dicendum erit, iterum eſſe abuſionem & ambiguitatẽ in verbo *perceperit*, & in verbis vltimis, *cum eos perceperit*, ſubintelligendum pronomen *IPSE*, & perceptio in priori ſignificatu erit accipienda, & ad hunc modum quoque explicanda erit *l. quiſ. it.* 25. §. 1. *in fin. de vſuf.* vbi itidem Iuliani ſententia qualis in *dict. l.* 13. Hinc autem, & quod vt fructus fiant fructuarij, neceſſe eſt ab ipſo ſeparari & percipi, fit, vt ſi fur deſeruerit fructus maturos, condictio (quæ domino datur contra furem) non competat fructuario, ſed proprietario *l.* 12 §. *Iulian.* 5. *de vſufr.*

Hac occaſione verbi *ipſe* dicenda fuerunt, ſimul vt intelligeretur, quomodo & quando fructuarius fructus faceret ſuos, & quid in hac re differret a bonæ fidei poſſeſſore. Et pertinet hoc quoque ad explicationem eius quod hic ſequitur, ſi fructuarius nec-
3 dum † perceptis fructibus deceſſerit, nihil tranſmitti ad hæredem: Quod ſi enim poſteriorem explicationem *dict. leg.* 13. ſequamur, & ſententiam Labeonis a Iuliano corrigi dicamus, ſi fructuarius deceſſit, poſt decerptas vuas, deſectum frumentum, aut fœnum needum conuectum in horrea, fructus illos non hæredis fructuarij, ſed proprietarij eſſe conſequetur. Quæ ſententia paulo durior & abſurdior eſt, & videtur tacite reprobari hic à Iuſtiniano, dum fructus perceptos opponit maturis; qui videlicet needum decerpti & ſeparati ſunt, ſed adhuc pendent, aut ſtant, licet ſint in eo, vt decerpantur & demetantur.

Hæc enim eſt principalis quæſtio & tractatio huius §. itaque apparet verbum *IPSE* hoc §. non poni eo fine, vt excludat alium ſeparantem fructus, dum viuit fructuarius, (quiſque enim regulariter ipſe fructus vel alius eius iuſſus ſeparare præſumitur) ſed vt excludat hæredem, cui præmortuo fructuario, ſeparandi & percipiendi fructus licet maturos ius non eſt. Vbi noua occurrit difficultas, & videtur iniquum eſſe, vt cum fructuarius impenſis ſuis fundum coluerit fructuum ipſe priuetur hæres eius. Finge eum toto anno in vineas magnos ſumptus feciſſe, & adulto autumno, cum iam iam vuæ colligendæ eſſent, ſub ipſum punctum vindemiæ, mortuum eſſe, iniquum videtur, proprietarium venire ad lucrum alterius laboribus paratum. Et vtcunque ius fructuarij morte expiret, non tamen inde ſequitur in fructibus iam maturis nullum ius eſſe hæredi; nam & ſoluto matrimonio finitur ius mariti in fundo dotali, fructus tamen pro rata vtique temporis diuiduntur, de quo in *l.* 7. §. *Papinianus ſolut. matrim.* Et tamen eadem huius §. ſententia ꝓponitur in *l. in ſingulos* 8. *de ann. leg. & in d. l.* 13 *in pr. quibus mod. vſusf. am.* ſunt qui ad tollendam hanc iniquitatem putãt ſaltem hæredi impenſas præſtandas: quæ ſentẽtia ſapit quidem æquitatẽ, ſed iure deſtituitur Cuiac. † 4. *feud.* 30. omnino putat fruct⁹ inter 4
fructuarium vel potius eius hæredem & proprietarium diuidendos eſſe pro rata anni, & hoc non tantum in pendentib. vult obtinere, ſed ẽt in ſeparatis, & perceptis, quin etiã iam à fructuario conſumptis; & audet communẽ opinionem, quod percepti fruct⁹ omnes ſint & maneant fructuarij & heredis, nec adhuc pendentes, ſint domini ꝓprietarij, iniquiſſimam & falſiſſimam dicere, ſed hoc poſterius elogium in ipſius Cuiac. ſententiam optime quadrat. nihil enim ea opinione falſius, & magis directo contra textus iuris, quos paulo ſup. citauimus ex *h.* §. *dict. l.* 8. *de ann. leg. l.* 13. *quibus mod. vſusf. am.* Accedit quod ſi die vſusfructus legati cedente fructus ſint maturi, toti pertinent ad fructuarium *l. ſi pendentes* 27. *in princip. de vſufruct.* & igitur eadem iuris ratio-

ratione finito vſufructu pertinebunt ad fructuarium. Nec enim quidquam falſius eſt, quam quod illo caſu fructu inter fructuarium & hæredem defuncti ſint diuidendi. Nec rurſus quidquam magis repugnat textibus, quã vt mortuo fructuario, perceptis iam & etiam conſumptis fructibus, pars eorum ad dominum pertinere debeat. Et omnino textus qui ſimpliciter fructus vel fructuario vel domino tribuunt, prout percepti ſunt vel non, tã inſignem cauillationem non patiũtur. Et inepta cõparatio eſt, quod fructus à bonæ fidei poſſeſſore percepti, licet eius dicantur facti, tamẽ veniant in rei vindicationem, ſi adhuc extẽt: Etenim ex ijs quę diximus ad §. *præced.* apparet quæ ſit hactenus differentia inter bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium, qui ex conſtitutione domini ius vtendi habet; & vtiq; bonæ fidei poſſeſſor non tenetur de conſumptis: at qui Cuiac. abſurdiſſime etiam conſumptos fructus vocat in diuiſionem. Neque vero in tam abſurdam opinionem debebat impelli Cuiac. per *l. ſi operas 26. de vſufr.* quoniã alia ratio eſt fructuum naturalium, quę ſingulis annis ſemel naſcuntur & percipiuntur; alia ciuilium, & v. c. de quibus agitur in *d. l. 26.* de mercedum pro operis ſerui, quæ in ſingulos dies etiam habent ſuam ſeparationem, & perfectionem; in quibus operis eſt quaſi fructus ſerui; qui ſi operas præſtitiſſet ipſi fructuario, vtiq; mortuo eo protinus operas præſtare deſijſſet; conſequenter etiam ſi locauit operas in certũ tempus, ante mortuo fructuario, non poteſt integra merces ad fructuarij hæredem pertinere: quoniam fructus iſti necdum percepti dici poſſunt, niſi temporis pręcedentis. Argumentum de marito ſup. adductum ſimile non eſt, nam & ſoluto matrimonio ipſo iure maritus manet dominus, & dominium in hæredem tranſit *l. 1. §. 1. de fund. dot.* & ſi maturis fructibus fundus in dotem datus ſit, fructus illi lucro mariti non ſunt, ſed augent dotem.

Eadem fere & de colono.] Duo ſunt quæ iſto §.
5 tractantur, † primum de modo percipiendi & acquirendi fructus; & quod fructuarius eos ſuos non faciat, niſi ipſe eos perceperit; nam eo etiam verbum ipſe referendum eſt, licet principaliter poſitum videatur propter alterum iſtud quod hic tractatur, fructus licet maturos needum perceptos eo tempore, quo finitur vſusfructus, ad proprietarium pertinere. Ait Iuſtin. Eadem de colono dici, videndum an in vtroq; an in alterutro tantum. Et poſterius hoc in colono & hærede eius ſecus eſſe & fructus maturos ad hæredem eius pertinere, probatur duplici ratione, 1. quod merces intelligitur conſtituta annua pro quantitate fructuum qui eo anno naſcituri ſunt: itaq; inſignis iniuria inferretur colono & hæredi, ſi locator mercedem acciperet, & fructus quoque ſibi aſſereret, & locatio ruſtici prędij nullo expreſſo tempore eadẽ cauſa in annum facta intelligitur *arg. l. item 13. §. vlt. locati*, 2. quoniam locatio non finitur morte; ſed in eam ſuccedit hæres § *vlt. inſ. de locat. l. viam ver. C. eod.* Et itaq; cũ in hoc non poſſit idẽ dici de colono quod de fructuario, relinquitur vt in priori illo cõueniant, vt fructus demum eos ſuos faciat colonus, quos ipſe percepit, nõ quos alius ſuo nomine ſeparauit, idq; probat *l. ſi ſeruus 61. §. locaui 8 de furt.* & aperte *l. cum in plures 60. §. meſſem. locati.* Sed contradicere videtur *l. ſi apes. 26. de furt.* † ex qua quidem notat Pa- 6
cius hic, differre hac in re fructuarium & colonum, & ait fructus fieri coloni à quocunq; percepti fuerint, tũ etiam fruct⁹ pendẽtes maturos ad coloni hæredem pertinere, ſed miror iudicium hominis; quoniam cum de his duobus tantum tractetur hoc §. ſi in vtroque differt colonus à fructuario, falſo & abſurde ſcribitur: eadẽ fere de colono eſſe dicẽda: ſed ſcribendũ fuiſſet: Idem vel eadem de colono non dicenda. Et ſane videtur rationi non cõuenire, vt colon⁹ qui nudam plane detẽtionẽ & ſane infirmius ius habet, quam fructuarius, faciat fructus ſuos, à quocunq; etiam fuerint ſeparati. hoc n. ius non poteſt eſſe niſi domini & qui vice eius eſt, bonæ fidei poſſeſſoris, qui iure ſoli percipiunt fructus: non eorum, qui ex conſenſu domini, & conuentione ius fructuum quæſitum habent. Nec difficilis eſt reſpon-

reſponſio *ad d. l. 26. in fin. de furt.* nec enim conditionem furtiuam colono dat ICtus, pro fructibus, ſed tantum actionem furti, quæ competit etiam non dominis, quorum intereſt: quemadmodum *in l. arbor. bus 12. §. Iulianus 5. de vſufr.* in iiſdē terminis datur proprietario cōdictio furtiua, ſed fructuario actio furti: itaq; *in d. l. 26.* hæc verba, *quia vt primum decerpti eſſent. eius eſſe cepiſſet*, pertinent ad rationem reddendam, quare colonus actionem furti habeat, quoniam eius intereſt ab alio fructus decerptos non fuiſſe, ſiquidem ipſe decerpendo ſuos eos feciſſet, itaque non ait, *eius eſſe cepit*, ſed *eius eſſe cepiſſet*. Quæ procul dubio vera eius loci explicatio eſt. Et ex his etiam coarguitur contrarius error Theophili hic, qui particulam *fere* ait ſuperuacuò adiectam eſſe. *τὸ δὲ* Fere, ait, *παρέλκει*. quem quidem recte hoc nomine ibidem reprehendit Goth. ſed ipſe contrario errore, quem iam in Pacio notauimus, ſe induit, dum adſcribit, aliam differentiam coloni & fructuarii eſſe in *l. 26. de furt. & in l. 12. §. 5. de vſufr.* vbi tractatur, quomodo percipiendo fructuarius fructus ſuos faciat; nos vero hactenus iſtos cōuenire probauimus; quæ monenda fuerunt, vt ab iſtis Notarum ſcriptoribus ſibi caueant ſtudioſi; Et in eodem errore hæret Mynſ. hic. Limitat iſtam ſententiam Ioh. Fab. procedere in colono ſimplici; ſecus eſſe in eo qui ad nōn modicum tempus conduxit, quoniam hic habeat vtilem actionem in rem *l. 1. § 3. de ſuperfic.* & confirmatur optime per *l. qui ſcit 25. §. 1. in fin. de vſur.* vbi hac in re confertur cum bonæ fidei poſſeſſore, qui tenet fundum vectigalem, & vtique ex conducto, *t. t. ſi ager vectigal.* ſed nimirum quia habet actionem in rem d. t. vnde quadantenus inſtar domini eſſe videtur. Et fortaſſe etiam aliud fuerit in colono partiario, qui inſtar ſocii eſt: & ſcil. quo ad partem ſuam.

In pecudum fructu.] Hæc quoque ſubiiciun-
7 tur propter fructuarium †, quæ commodius ſub proprio titulo qui ſequitur, tractata fuiſſent. Quæritur quænam in fructu eſſe dicantur, vt in fide intelligamus, quænā ad fructuarium pertineant; quāuis eadem quæſtio præſertim circa partū ancillę in bonę fidei poſſeſſore tractari poſſit. Sed Iuſtin. de fructuario agit, & ait eius fieri, quæ ſunt in fructu pecudum, quarum vſusfructus eſt conſtitutus. Idque præcipue propoſuit, vt exciperet partum ancillæ, quem negat ad fructuarium pertinere, vt & *in §. furtiua 2. verſ. vnde infra de vſucap.* quoniam non ſit in fructu partus, *h. §. & l. in pecudum 28. de vſur.* quam veterem eſſe quæſtionem ait Vlp. *in l. vetus 68. de vſufr.* vbi rationem receptæ ſententiæ hanc reddit, quod homo non poſſit eſſe in fructu hominis. Sed quid ni? vtique equus eſt in fructu equi; & vt Hottom. hic, ita nec eſſet in fructu proprietarii; aut an dicimus eſſe proprietarii non qua fructum ancillæ, ſed quod alias partus ſequatur ventrem. Sed cui bono iſta ſubtilitas? & quid tandem prodeſt parti, non eſſe in fructu? cum nihil ipſius interſit an fructuario an proprietario adquiratur. Non male Hottom. hanc rationem ita explicat, quod equas, oues, huic ſoli fere fini alamus, vt fœtus edant, & ſobolem procreent: ſed non conueniat excellentiæ hominis, vt fœturæ cauſa ancillæ habeantur, quod etiam turpiculum fuerit; eoque referenda eſt ratio huius §. ex *l. 28. de vſur.* quod natura omnia hominum gratia produxerit. Attamen cum Romani ſeruos pene in pecudum numero habuerint *l. 2. ad L. Aquil.* nihil abſurdum fuiſſet, ſi & partum hactenus in fructu eſſe ſtatuiſſent: & nullam ſolidam rationem hic militare illud argumento eſt, quod vt eſt *d. l. 68 & Cicero refert 1. de finib.* inter principes ciuitatis, Brutum, Scæuolam & Manilium ea de re controuerſia fuit. Tum etiam, hæc ratio, quod non conueniat ancillam quaſi fœturæ gratia haberi, hoc fere tantum effecit, vt ne partus ancillæ fructuario, & qui ſunt eiuſdem generis quæreretur; ceteroquin in aliis pleriſque partibus iuris, partus quoque inter fructus recenſetur; ita vt ad quem fructus ancillæ pertinere debet, eidem cedat & partus, vt patet ex textibus *in l. reſpondit 14. de vſur. l. Fulcidius*

24. §. 1. *ad L. Falc. l. deducta 58. hereditatem 4. ad SC. Trebell.* vbi partus ancillæ cum fœtu pecorum comparatur *l. quæſitum 91. §. vlt. de leg at. 1.* Eſt autem ex ea opinione illud, quod cum fructus pecudum ſtatim fiant bonæ fidei poſſeſſoris, non ita tamen fiat partus ancillæ, ſed vſucapione opus ſit *l. 4. §. Luna 19. de vſucap. l. 28. §. 1. de vſur.*

Sed & ſi gregis.] Hoc quoque rectius ſub tit. 4. propoſitum fuiſſet: vſufructuarius tenetur colere & omnia agere vt bonus paterfam. & ſuper hoc etiam ſatisdare. *t. [illegible] vſufr. quemad. caue. ti.* & in *l. 1. §. eo tit.* vti debere ita, vt faceret in re propria. Huc autem pertinent, quæ hic proponuntur, vt vineas & hortos integros ſeruet, & in locum vitium & arborum demortuarum (nam & plantæ viuunt & habent animam vegetantem) alias ſubſtituat; & in locum demortuorum capitum ex grege alia ſubmittat; ſcilicet ſi gregis tanquam vniuerſitatis relictus fuit vſusfructus; *h. §. & l. verus 68. vlt. cum 2 ll. ſeqq. de vſufr.* ſecus ſi capitum ſingulorum *l. quid ergo 70. §. ſed quod 3. eod. tit.* Sed & ſupplebit non aliunde, verum ex agnatis *d. l. 68. §. vlt.*

TEXTVS.

29. Theſauros quos quis in loco ſuo inuenerit, Diuus Adrianus naturalem æquitatem ſequutus ei conceſſit, qui eos inuenerit. Idemque ſtatuit ſi quis in ſacro aut religioſo loco fortuito caſu inuenerit. At ſi quis in alieno loco non data ad hoc opera, ſed fortuito inuenerit, dimidium domino ſoli conceſſit, dimidium inuentori. Et conuenienter, ſi quis in Cæſaris loco inuenerit, dimidium inuentoris, & dimidium eſſe Cæſaris ſtatuit. Cui conueniens eſt, vt ſi quis in fiſcali loco vel publico, vel ciuitatis inuenerit, dimidium ipſius eſſe debeat, & dimidium fiſci vel ciuitatis.

COMMENTARIVS.

1 *Theſaurus quid.*
2 *Adquirendi theſauri ratio.*
3 *Ad l. 3. de iure fiſci.*
4 *Theſaurus ad regalia.*
5 *De inuento in fundo emphyteutico.*

MEmbra huius materiæ varie diſiecta ſunt. Diximus ſupra *ad §. item lapilli*, generalem modum adquirendi eſſe occupationem; & hanc ab obiecto diſtingui, quod occupamus res, quæ ſunt alicuius, vel quæ nullius, & huius ſpecies eſſe dicas, venationem & inuentionem. Huius obiecta eſſe feras, lapillos & gemmas natas in mari & in litore repertas, res pro derelicto habitas, de quibus [illegible] *pen. infra h. t.* & theſauros de quibus *hoc §.* & nullo iudicio VVeſemb. hic theſaurum refert inter ea quæ ſunt alicuius, vtique enim ſub hac qualitate non ſiunt inuentoris, ſed tamquam qui ſiat nullius. Vbi imprimis notandum † theſaurum improprie & pro- 1
prie, & ambigue dici. Laxius ſumitur pro quauis alicubi repoſita pecunia, etiam de cuius domino conſtat *l. theſauros 15. ad exhib. l. ſi ex egit 44. in princ. de adq. vel amitt. poſſ. l. Item 22. in pr. fam. erc.* ſed iſte, non eſt obiectum occupationis, & inuentionis, verum quo ſenſu hic ſumitur pro veteri depoſitione pecuniæ, cuius dominus ignoratur, vt *in l. vn. C. de theſauris l. a tutore 67. de rei vind. & in l. nunquam 31. §. 1. h. t.* vbi iſta quoque deſcriptio proponitur, & *in d. l. vn. C. de theſaur.* theſauri appellatione dicuntur contineri condita ab ignotis dominis tempore vetuſtiori mobilia; nec video cur Cuiac ibi malit legere, *monilia.* Eodem ſenſu ſumitur *in l. 3. §. Neratius 3. de adq. poſſ.* contra quam male ibi putat Gothof. & quod dicitur ſcire poſſeſſorem fundi, quod theſaurus ſit alienus, nihil aliud ſignificat, quam quod ſciat non eſſe ſuum, non autem, quod alterius eum eſſe ſciat. Sicuti autem aliæ ſpecies † adquiſitionis, ita & iſta vtcumque ex iure 2
gentium deſcendat, tamen recipit modera-

tionem

tionem à iure ciuili, vt apparet ex *C. Theod. tit. de theſauris & l. vn. C. Iuſtin. eodem.* eoque pertinet conſtitutio Hadrian. h. §. relata: & apud *Spartianum in Adriani vita ſect.* 10. De theſauris ita cauit, vt ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur; ſi quis in alieno, dimidium domino daret; ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter partiretur; prorſus vt hic Iuſtinian. præterquam quod de ſacro & religioſo loco adſpergit; de quo mox. Et ante omnia autem vt procedat iſta adquiſitio, oportet theſaurum inuentum eſſe citra vetitas & illicitas artes, ceteroquin etiamſi in proprio repertus ſit, aufertur inuentori, *d. l. vn. C. de theſaur lib.* 10. Quæ artes ſi abſint: 1. Si inuentus ſit in loco proprio, totus eſt inuentoris *h. §. & d. l. vn.* quod naturalis ratio ſuadet; nec intereſt, an in loco proprio, caſu fortuito, an data opera & quæſitus, inuentus ſit theſaurus. 2. Si in loco alieno inuentus ſit theſaurus, inuentio non eſt ſimpliciter modus adquirendi. Quia ſi data opera inuenerit, nihil ex eo habet, ſed totum eſt domini loci, vt arguit hic locus *in verſ. at ſi quis.* & expreſſum eſt *in d. l. vn.* vbi additur ratio, quod nemini fas ſit in alieno ſcrutari ſepoſitas opes; adeo factum illicitum, non debet præbere lucrum. Sed & ſi fortuito caſu inuenerit, non totum, ſed ſaltem dimidium habet, *h. §. d. l. vn. in fin.* Nec intereſt locus alicuius priuatus ſit an publicus, Cæſaris, fiſci vel alicuius ciuitatis, *h. §. verſ. & conuenienter.*
3 Scrupulus eſt *in verſ. idemque, h. §.* † ſi quis theſaurum in loco ſacro, vel religioſo inuenerit; Iuſtinianus enim totum tribuit inuentori, ex illa procul dubio ratione, quod locus eſt nullius. Sed contrarium placuiſſe Diuis fratribus, qui non multo poſt Hadrianum ſecuti ſunt, ſcribit ICtus *in l. 3. §. ſi in locis 10. de iure fiſci.* videlicet dimidium ad fiſcum pertinere, ſi theſaurus in religioſis locis & monumentis fuerit repertus. VVeſembecius tamen hæc ita conciliat, vt inter loca religioſa, quæ nullius, & quæ publica ſunt, diſtinguat.

At quum religioſi loca omnia ſunt nullius, vt ſupra tradidit Iuſtin. *in § nullius autem ſit.* Et vt non ægrè tum monumenta familiarum poſſint propria ratione, & propter vſum priuata dici, ita non ſatis intelligo, quæ ſit ratio ſeparandi loca religioſa, quæ opponuntur priuatis, vt alia ſint nullius, alia publica; non enim video, quæ alia poſſint dici nullius, quam quæ ſepulturæ publicæ quorumuis ſunt deſtinatæ, quæ profecto eadem publica erunt, potius dixerit quis hunc text. de loco religioſo priuato accipiendum; quamuis id non ſatis videatur conuenire menti Iuſtin. qui coniungit locum religioſum & ſacrum; qui vix vllo modo priuatus dici poteſt: nam licet ſacra eſſent priuata familiarum; non tamen fuerunt ædes ſacræ priuatæ illæ.

Et ego puto ſimplicius eſſe, vt cum *Cuiacio 9. obſ. 37.* (vbi hoc bene comprobat) admittamus varias de iure inuentorum theſauri fuiſſe Impp. conſtitutiones, quod ex textibus apparet ſub tit. C. Theod. de theſauris; & *d. l. vn. Cod. Iuſtin. eod.* quæ oſtendit, ante opus fuiſſe impetrare reſcriptum Imperatoris; & quod in hoc §. proponitur, poſt non obſeruatum, ſed fiſcum ſibi ius in theſauris vbi vbi repertis vindicaſſe, apparet ex *Nou. Leonis* 51. vbi hoc ius reducit; & ex conſtitutione Friderici 2. *feud.* 56. itidem vt ex *l. 3. §. 10. de iur. fiſci.* theſaurus inuentus in loco religioſo, fortuito, cedit pro parte dimidia fiſco. Et Acc. in effectu pugnare iſta loca *huius §. & dict. leg. 3. de iure fiſc.* cenſet: dum inter rationem naturalem & ciuilem diſtinguit; quam diſtinctionem communiter interpp. *Ang. Porc. Fab.* ſequuntur.

Quod ſi quis quærat, qui fiat, quod Impp. multi ius † in Theſauris ſibi arrogauerint; & hoc quaſi inter regalia & iura principis vel fiſci fuerit relatum; hæc non abſurda ratio forte reddi poteſt, quia qui ſepelit & abſcondit pecuniam, peccat contra conſtitutiones, *l. 4. §. 6. ad L. Iuliam peculat.* 4

quam-

quamuis ille locus proprie eo pertinere videtur, vt ne cum corporibus mortuis aut reliquiis, pecuniæ in monumentis condantur. Deinde, cum tributa ſoluantur pro patrimoniorum quantitate: interim fiſcus tributis fraudatus pecuniæ reconditæ, & ob hoc non iniuria aliquid ſibi vindicare videtur. Et cum res ſit nullius, non videtur iniuria fieri priuatis; cum theſaurus non ſit pars fundi; & ius ſupremum & vniuerſale territorii ad principes pertinet. Dicimus inuentione adquiri theſaurum, & diximus ſupra, inuentionem non eſſe in viſu, ſed in apprehenſione. An idem in theſauro? Id primum diuerſum eſt, quod illic *in §. item lapillo* tractetur de re inuenta in loco, in quo omnibus idem ius eſt: hic non ita, tum theſauri inuentionem præcedit alicuis actus, v.c. foſſionis: tum theſaurus conſiſtit fere in multis corporibus. Itaque ſi quis effuderit theſaurum, vix putarim alium ſuperuenientem irruere, & apprehendendo alterum præuertere poſſe. Ioh. Plat. notat, debere ita viſum eſſe, vt ſit ſub cuſtodia noſtra.

5 Obiter adiicere libet, ſi quis † in loco qui vtili dominio ipſius eſt, inuenerit theſaurum, velut in fundo emphyteutico; an totus ſit emphyteutæ, an diuidendus cum domino directo. Pro emphyteuta reſpondet Weſemb. hic, locum haberi hactenus pro proprio, eamque teſtatur communem eſſe Dd. ſententiam. Et habet ille ſane & pleniſſimam vtilitatem, & vindicationem vtilem contra ipſum directum dominum, ſed tamen ſi ex iuris ratione agamus, conductoris vicem quodammodo habet emphyteuta, & plane, alter verus dominus fundi eſt vtrique iſta ſententia ad emphyteuſin perpetuam, qualis etiam natura ſua eſſe ſolet, reſtringenda eſt: ceteroquin non dubitem iſtam ſententiam eſſe falſam. Illud autem omnino ferri non poteſt, quod Weſemb. etiam in fundo fructuario inuentum totum eſſe ait fructuarii; cum hic reuera nec poſſeſſionem habeat; & omnino morte eius ſæpe etiam tempore, finiatur & expiret vſusfructus; & communiter Interpp. hic recte id negant, apud quos etiam vide: quid iuris in vaſallo, marito, &c.

Fiſcali vel publico vel Ciuitatis.] Hæc verba, *vel ciuitatis* ſuperuacua eſſe videntur, nec ea agnoſcit Theoph. ſed ſane conſtat publica in ſpecie dici, quæ ſunt populi Romani *l. eum 16. de verb. ſign.* vt merito quæ ciuitatum ſunt, hoc ſenſu à Publicis ſeparentur. Sed quid diſtat locus fiſcalis à publico? Puto etiam tum quædam loca ſub Impp. dicta fuiſſe quaſi populi Romani; cum fiſcus magis ad Imp. pertinere videretur. Sed ſi hæc ita recte ſeparantur, fiſcalis locus, publicus & ciuitatis: debebant etiam poſtea tria membra proponi; atquin tantum ponuntur duo, *dimidium fiſci vel ciuitatis.* Si hoc vrgemus, potius verba præcedd. *vel publico* abundare dicenda eſſent; & ſane ſub Iuſtin. publica pop. Rom. & fiſcalia erant eadem; nec omnino vitioſe, quæ initio ratione veteris iuris per duo membra propoſita erant, poſtea quaſi communi vno nomine referuntur. plane eiuſmodi accuratio à Triboniano exigenda non eſt.

TEXTVS.

30. Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conueniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi: & ideo cuiuſcunque generis ſit corporalis res, tradi poteſt, & à domino tradita alienatur. Itaque ſtipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem ſtipendiaria & tributaria prædia, quæ in prouinciis ſunt: inter quæ nec non & Italica prædia ex noſtra conſtitutione nulla eſt differentia: ſed ſiquidem ex cauſa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex cauſa tradantur, ſine dubio transferuntur. Venditæ vero res & traditæ non aliter emptori

Digitized by Google

emptori adquiruntur, quam ſi is venditori precium ſoluerit, vel modo alio ei ſatisfecerit, veluti pignore aut expromiſſore dato: quod quanquam cauetur ex Lege XII. Tabularum, tamen recte dicitur & iure gentium, id eſt, iure naturali, id effici. Sed ſi is qui vendidit, fidem emptoris ſecutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem fieri emptoris.

COMMENTARIVS.

1 *Cauſa & titulus.*
2 *Traditio incorporalium.*
3 *Prædia ſtipendiaria.*
4 *Traditio ſola ex cauſa venditionis an transferat dominium.*

DIximus ſup. ad §. *Feræ* 12. *h. t.* occupationem quoq; diſtingui, q̃ occupemus res quæ ſunt nulliꝰ, vel quæ alicuius; & has vel inuitis dominis, quos in poteſtatem redegimus, & ſuperauimus, quomodò adquirimus res hoſtium, vel volentibus dominis, nimirum res quas ipſi nobis ſponte tradunt, de qua re hoc §. agitur Itaque hic modus adquirēdi eſt, acceptio rei traditæ; & inſubtiliter loquuntur, qui dicunt traditionem eſſe modum adquirendi dominii; cum ea ſit modus transferendi, vbi illud inprimis obſeruandum, in ceteris fere adquirendi iuris gentium modis, venatione, inuentione, ſpecificatione, acceſſione, titulum ſiue cauſam, & modum adquirendi concurrere in idem, v.c. venatio & occupatio beſtiæ feræ, eadem eſt adquirendi modus & titulus. Atquin in hac ſpecie adquiſitionis iſta dico perpetuo ſunt diſtincta; traditio eſt modus transferendi, emptio,
1 donatio † &c. ſunt tituli & cauſæ ex quibus transfertur dominium, vel ius vſucapiendi; & ſunt adeò tituli poſſeſſionis, quam ſequitur dominium, vel non, prout tradens dominus eſt vel non. Tituli inquam & cauſæ dicuntur *l. nullo* 24. *& l. vlt. C. de rei vind. l.* 3. *§. generali de adq. poſſ. l. numquam* 31. *§.* 1. *de adq. rer. dom. l. cogi* 11. *C. de petit. hered.* & paſſim in materia præſcript. & vſucap. licet aliquando latius & abuſiue verbum *Tituli* ſumatur, pro contractu, ex quo vſucapio nulla nec dominium tranſit, velut *in l. ſi quis* 11. *in pr. C. depoſ.* ibi, *depoſitionis titulum*: Apparet autem hic intelligi titulum & cauſam talem, ex qua tranſeat dominium ex ratione iuris gentium, iuxta voluntatem tradentis, & naturam conuentionis & tractatus præcedentis. Cauſa dicitur, quoniam ex hac orta eſt occaſio traditionis, titulus autem, quoniam tuetur poſſidentem, & iuſtitiam poſſeſſionis oſtendit. Et hoc nimirum primum eſt, quod requiritur, † vt traditio transferat dominium, vel ius 2
vſucapiendi, vt traditio fiat ex iuſta cauſa *d. L. numquam* 31. *in princ. h. t. h. text. verſ. ſed ſiquidem.* alias non iuſta cenſetur poſſeſſio, quoniam nemo ſine cauſa rem ſuam in alium transferre intelligitur. Hæc autem duo ſemper coniungenda ſunt, dominium aut ius vſucapiendi; quoniam poteſt fieri, vt res ſit aliena, cuius adeo qui eam accipit, dominus effici non poteſt, ſed fit bonæ fidei poſſeſſor, qui vſucapiendi ius habet, de quo paulo inferius. Nihil hic ſupereſt, niſi vt textum perluſtremus, ſi breuiter prius dixerimus, quid hic ſit tradere: nimirum rem in alium transferre, vt ipſi rem habere & tenere liceat: ex quo conſequitur, vbi alius rem detinet & poſſidet, non poſſe eam mihi tradi; & conſequenter nec eius dominium in me transferri; neque enim duo eandem rem tenere & habere poſſunt; & hic agimus de adquirendi modis ex iure gentium, quo dominia initium capiunt à poſſeſſione *l.* 1. *in pr. de adq. poſſ.* quod in ciuilibus aliquibus modis ſecus eſt, veluti hereditatibus legatis, de quibus infra. & dixi de hac re plene ad *Trentl. de adq. rer. dom. th.* 4. *in fin.* Et opinio communis Dd. qui negant opus eſſe vacua poſſeſſione in transferendo dominio, inde confutatur, quod fatentur (vt hic refert Porcius) aliud eſſe in venditione: Etenim inepta plane eſt ratio ſpecialitatis, quod emptio ſit titulus

oneroſi: etenim talis eſt & permutatio ... inde ſumere rationem differentiæ, ratio ... non eſt.

Iure naturali.] Quoniam dominia ex iure gentium ſunt, conſequens eſt, vt quiſque habeat ius rem ſuam in alium transferendi eodem iure. Non abs re tamen eſt, quod notat Hottom. traditionem hic dum refertur ad ius naturale, quaſi opponi aliis modis adquirendi in Republ. Romana quorum meminit Vlpian. *tit.* 19. *de dominiis*: & qui ſunt iuris ciuilis: veluti ſunt reliqui quinque apud *Vlp. d. loco mancipatio*, vſucapio, in iure ceſſio, adiudicatio Lex: quæ d. loco explicat Vlpianus, quamuis non ſit ſatis accurata eorum membrorum oppoſitio: nam & in iure ceſſione, & in mancipatione, interueniebat haud dubie traditio & translatio rei: alia inſuper ſolennia interueniebant; traditio autem in ſpecie ſignificat, ſimplicem ex cauſa iuſta præcedenti translationem.

Voluntatem domini.] Qui modo plenus & abſolutus dominus eſt, & adminiſtrationem rerum ſuarum habet, de quo dicemus *infra h. lib. tit.* 8. Ceterum nihil intereſt an ipſe dominus tradat, an alius eius mandato, de *quo in §. ſeq.*

Corporalis res.] Hæ res incurrunt in ſenſum, eoque in iis apparet, quomodo ab vno in alium transferantur. Incorporalia intellectu tantum percipiuntur nec vere traduntur & poſſidentur *l.* 4. *§. ſi riam* 27. *de vſucap.* & eſt tamen eorum ficta & quaſi traditio, ſicut etiam apprehenſio eiuſdem generis, per vſum, in quo cōſiſtit rerum incorporalium quaſi poſſeſſio; quam tradere intelligitur, qui patitur alterum aliquo iure vti, arg. *§. vlt infr. tit.* 3. *l.* 3. *§. ſi iter de act. empt.* text. eleg. *in l. vlt. de ſeruit. l.* 6. *§.* 1. *ſi ſeru. vindic. iunct. l. ait* 23. *§.* 2. *Ex quib. cauſ. maior. l.* 3. *ſi vſuſfr. pet.* & ita dicitur dari vſusfructus *l.* 3. *in pr. de vſuſr.* & *ius poſſideri l.* 2. *§. vlt. de prec.* Itaque, aut quia in his res apertior eſt, aut verior traditio earum eſt, Iuſtin. rerum corporalium fecit mentionem; non vti plane excluderet res incorporales, quæ & in ... actum veniunt, & quarum etiam ſua ... traditio eſt per dd. textus.

Itaque & ſtipendiaria &c.] Hottom. putat hic Tribonianum non intellexiſſe quid ſcripſerit; & eum contrario modo ſcribere debuiſſe, Italica quoque † prædia, poſſe iſto 3 modo alienari. Sed fortaſſis Hottomannus ignorauit hic quid ſcriberet; & eſt commoda huius rei explicatio. Hottomannus vtitur hac ratione, quod cum apud Romanos res quædam eſſent nec mancipi, quædam mancipi, *vt d. loco ſcribit Vlp.* & pluribus explicat *Rauard. Marſil. & alii ad LL. XII. Tabb.* illarum dominium verum & perfectum, ſimplici traditione: harum vero dominium Quiritarium, non niſi legitimis modis adquirebatur, & v. c. per ceſſionem in iure per mancipationem & nexum: citra quas ſolemnitates, ſi ſimplex traditio, quamquam ex iuſta cauſa interemiſſet, non Quiritarium ſed tantum bonitarium dominium in accipientem transferebatur. Ex numero porro rerum mancipi, haud dubie fuerunt Italica prædia, quæ adeo olim per traditionem ſimplicem ita vt dixi non transferebantur. Et hinc igitur eſt, quod Hottom. putat, Tribonianum ſcribere debuiſſe, quod Italica prædia hodie etiam tranſeant per traditionem, ſublatis quippe ſolemnibus veteribus, & ſublata quoque dominii diſtinctione, itemque rerum mancipi & nec mancipi. Verū nō huc, ſed alio omnino ſpectauit Tribonianus. Et nimirum prouinciæ & ciuitates ſingulæ, niſi quæ ſpeciali beneficio ius Latii vel Italiæ adeptæ eſſent, vt apparet ex *l. l. de cenſib. & docet Cuiac.* 10. *obſ.* 35.) ita erant in ſubiectione Romanorum, vt quia bello ſubactæ in ditionem veniſſent, earum agri & prædia quaſi in dominio viderentur eſſe populi Romani, in cuius ſubiectionis ſignum vectigal aut tributum annuum pendere tenebantur. Et tributum vel ſtipendium notant fuiſſe certā ſummam pecuniam aut frumenti, ſed vectigal aliquid incerti, veluti decimas fructuum & frumenti. Ita hic quidem Hortoman. ſed verius eſt vectigalium nomen la-

tius

rius patuiſſe, & ſub iis comprehenſa portoria decimas, ſcripturam & viceſimas &c. de quibus *Sigo. 1. de iur. ciu. Rom.* 16. vbi ſcribit decimas fuiſſe frument. ex agro publico, ſcripturã autem vectigal ſolutũ ab iis qui ſiluis & paſcuis publicis fruebantur; de quibus hic non agitur, ſed de prædiis quæ priuatis cum onere tributi, vel ſtipendii relicta erant, ex quibus ſcilicet contributionibus ſtipendia militibus numerari ſolebant, in quam rem elegans locus apud *Tacit. 4. hiſtor.* vbi Petilius Cerealis; neque quies gentium, inquit, ſine armis, nec arma ſine ſtipendiis, nec ſtipendia ſine tributis haberi queunt. Igitur vt ad rem redeamus, prædia prouincialia, quæ tributum pendebant, poſſeſſorum pleno iure dominii non intelligebantur, eſſe vel hoc indicio, quod conſtat prædiorum iſtorum nullam fuiſſe vſucapionem, ſed tantum longi temporis poſſeſſione hactenus ea fuiſſe adquiſita, vt exinde poſſeſſori exceptio, & poſſeſſione amiſſa, vtilis ſaltem in rem actio accommodaretur, vt dicemus pluribus *infra tit. 7.* Igitur ſublata per Iuſtinianum, nec immerito, poſt plane mutatam veterem formam Reipubl. hac differentia prædiorum, & dominii, & poſtquam pariter eodem dominii iure, quæcunque prædia vbique locorum eodem dominii iure adquiſita fuerunt; recte ait Tribon. quod prædia ſtipendiaria & tributaria prouincialia, perinde vt alia prædia per traditionem adquirantur, non quod antea non fuerint ea quoque adquiſita per traditionem, ſed quod non vero & pleno perfectoq; dominii iure; idque apparet ex eo quod mox ſequitur, inter prædia iſta prouincialia & Italica ſupereſſe nullam differentiam, ex ipſius conſtitutione, quæ eſt *in l. vn. C. de vſucapion. transform. iunct. l. pr. infr. de vſucapion.* Quæ veriſſima huius loci explicatio eſt. Theoph. hic ſtipendium ait dictum eſſe quod ſolueretur ex prouinciis quæ eſſent populi Rom. tributum ſolutum à prouinciis Cæſaris. Sed commentitium, id eſt, & quod ibi de grauitate tributi, & lenitate ſtipendii nugatur, & diſtinctio illa prouinciarum iam longe ante Iuſtin. imo mox poſt Auguſtum ſublata fuit. Porro quod Anton. omnibus etiam prouincialibus dedit ius ciuitatis *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* inde non ſequitur, prædia quoque omnia prouincialia ius prædiorum Italicorum conſecuta eſſe, vt proinde recte ſibi iſtam exæquationem tribuat Iuſtinianus. Ait

Vendita vero res & tradita.] Recte ait, *& tradita*, nam antequam res tradita eſt, certo iure venditoris manet, ſiquidem conuentio ſola dominium transferre regulariter non poteſt † ſed licet res & vendita, (quod dicitur fieri ſolo conſenſu de quo infra libr. 3.) & tradita ſit, tamen negat Iuſtinian. tranſire dominium in accipientem, niſi pretium ſolutum, vel eo nomine cautum & ſatisfactum ſit ab emptore venditori; vel vt eſt in fi. §. venditor emptoris fidem ſecutus ſit, & ei fidem de pretio habuerit. At quæ tandem † ratio eſt, quominus traditio facta à domino ex iuſta cauſa, non transferat dominium, Hottomannus reddit hanc, 4
quod naturæ & ſocietatis humanæ ratio poſtulet, vt ne quid alterius in alterum ſine compenſatione transferatur. At imo hæc ratio nulla eſt. Neque enim bona conſequentia hæc eſt, Res vendita citra pretium ſolutum, vel habitam de eo fidem tranſit in emptorem, ergo tranſit ſine compenſatione iuſta, nec hoc etiam modo. Res debet ita tranſire, vt alter compenſationem iuſtam conſequatur; ergo non tranſit dominium, niſi pretium fuerit ſolutum &c. nec enim neceſſum eam compenſationem ſtatim repræſentari, & protinus pretiũ numerari, ſed ſatis eſt ſi poſtea ſoluatur; in quam rem ex vendito actio parata eſt contra emptorem, vt pretium ſoluat, atquin effectus iſtius ſententiæ h. §. eſt, vt ſi fides de pretio habita non ſit, venditori integrum ſit rem vendicare, vtpote qui adhuc rei ſit dominus. Ego hanc arbitror iſtius rei eſſe rationem, quod venditor hac lege & conditione cenſeatur tradere, ſi ſoluta ſibi ſit pecunia, quam ſpe-

ctat omnimodo habere velle videtur protinus, qui rem vendit; atqui ſub conditione ſi res tradita ſit, dominii translatio impeditur. *l. proinde 8. de reb. cred.*

Quam ſi is emptori primum.] Traditum hoc etiam eſt *in l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt. l. procuratoris. 5. §. ſed ſi 18. de tribut. act.* Tractant Dd. ſi res ſimpliciter ſit tradita, an fides habita cenſeatur de pretio; quod communius affirmatur: ſed merito à VVeſemb. in dubium vocatur: ſiquidem hanc rem & deciſionem huius §. à tacita conditione & quaſi conuentione arceſſimus: quæ non videtur excludi per ſimplicem traditionem: & cenſetur tradidiſſe rem, vt impleret contractum, non autem quod haberet fidem de precio, vt Fab. hic: ſed tamen ſi non habet fidem, & retinet dominium, non impleuit contractum: omnino fidem habere, videtur hic accipiendum poſitiue: & verba *non aliter* ſunt repetenda in fin. Non aliter tranſit dominium, quam ſi pretium ſolutum vel ſatisfactum, vel fides habita ſit; citra hæc traditio facta non transfert dominium. Et ſimplex traditio non inducit, vt fides ſit habita de pretio.

Vel alio modo ſatiſfecerit.] Satisfacere latius patet, quam ſoluere. Quicunque ſoluit quod debet, ſatisfacit, ſed quidam ſatisfacit, qui non ſoluit; ſcil. ita acquieſcente creditore, (neque enim cogitur) & accipiente pignora, vel fideiuſſores. *fac. bene l. item 6. in pr. & §. 1. Quib. mod. pign. ſolu.* Sicut etiam volenti creditori aliud pro alio ſolui poteſt *l. eum 16. cum l. ſeq. C. de ſolut. l. 9. C. de reſ. vend.*

Expromiſſore.] Expromiſſor proprie & in ſpecie dicitur, qui non alienæ obligationi accedit, ſed per nouationem liberato debitore principali, in eius locum ſuccedit, & quod ille debebat ſe ſoluturum promittit, vt in *l. qui libertinus 37. §. nihil 3. de oper. lib. l. & eleganter 7. §. ſeruus 8. de dolo malo l. aliquando 13. ad Velleian.* qui in ſpecie dicitur reus *d. §. 8. & l. ſi vero 64. §. ſed & ſol. mat.* Hic autem videtur ſignificari fideiuſſor, *arg. d. l. 53. de cont. empt. d. l. 5. §. 18. de tribut. act.* vbi ſit mentio fideiuſſoris, & in *l. ſi ſe 4. §. ait 3. de re iudic.* (qui alias adpromiſſor dicitur *d. l. 64. §. 4. ſol. mat.* quia accedit obligationi alienæ integræ manenti *l. 5. § ſatis 2. de Verb. obl.*) & quia hic coniungitur cum pignore, quod etiam acceſſio eſt obligationis: quamuis dubium non ſit dominiũ tranſire in emptorem, ſi expromiſſorem in ſpecie acceptum dederit. Notat autem *Iob. de Plat.* poſt alios, quod hic de emptione traditur, etiam habere locum in aliis contractibus, veluti locatione, permutatione; & tamen allegat gl. diſp. quam ego pene magis probo; & vtique in locatione diuerſa ratio eſt, quoniam merces non ſtatim initio contractus eſt ſoluenda. Nec talia ſunt temere ſine textu ad conſequentias trahenda.

Quod quamquam cauetur L. XII. Tabb.] Hottomannus ait ridiculum eſſe hanc clauſulam; quoniam perſpicuum ſit, non quidquid eſt ex L. XII. Tabular. continuo non eſſe iuris gentium, ſed iſta cauillatio & calumniandi libido eſt. Et ſi quis perluſtret LL. XII. Tabularum, deprehendet pene omnia poſitiui iuris eſſe, aut ad formulas & ſolemnia pertinere; vt non fruſtranea ſit iſta admonitio. Et ſane iuri gentium conuenire videbatur, vt traditio ex iuſta cauſa protinus transferret dominium; niſi cum colorem quem dixi ſumamus, quod ſub conditione res tradita videatur.

Iure gentium, id eſt, iure naturali.] Ita quoque explicauit ius gentium *ſup. h. t. §. ſingulorum,* vbi diximus.

TEXTVS.

31. Nihil autem intereſt, vtrum ipſe dominus tradat alicui rem ſuam, an voluntate eius alius, cui eius rei poſſeſſio permiſſa eſt. Qua ratione ſi cui libera vniuerſorum negotiorum adminiſtratio fuerit permiſſa à domino, iſque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, facit eam accipientis.

Com-

Digitized by Google

COMMENTARIVS.

TRia requiſita colliguntur ex text. præc. vt dominium transferatur per traditionem, 1. vt res ſit habilis, 2. vt tradatur ex iuſta cauſa præcedenti, 3. vt tradatur à domino; Ceteroquin ſi adſit bona fides in accipiente, conditio vſucapiendi tranſit. Hoc requiſitum hic declaratur, vt ſufficiat alium tradere, modo domini voluntate; & rurſus ſiue ſit voluntas, aut mandatum ſpeciale, ſiue generale, *verſ. qua ratione ex l. 9. §. nihil 4. h. t.* vbi obijci ſolet *l. procurator 63. de procuratorib.* vbi negatur procuratori totorum bonorum, ius alienandi res ſiue mobiles ſiue immobiles. Doctores vulgo mandatum generale procuratorium de adminiſtrando diſtinguunt; quod aliud ſit ſimplex aliud, vt loquuntur, *cum libera*, ſi videlicet libera adminiſtratio bonorum permiſſa ſit. Et ſane quidquid etiam multi contradicant, ius procuratoris, & quantum poſſit, ex formula mandati rectè ſumi, euidenter probant *l. creditor 60. §. Lucius 4. Mand.* vbi libera huiuſmodi adminiſtratio permittitur, *permitto tibi quodcunque operari vt domino bonorum meorum*, & adiicit Iuriſconſultus, plane ita mãdatum eſſe, ſed tamen vt res ex fide agatur, quomodo & quacunq; læſione conceſſa adminiſtrandi facultate, ius vtique donandi conceſſum non intelligitur, *argument. l. non omni 16. Codic. de adminiſtr. tut. l. 12. l. vltim. de cur. fur.* quibus locis docetur, extra terminos adminiſtrationis eſſe donationem. Itaque hæc diſtinctio contemnenda non eſt; proponit autem ICtus in *l. 9. §. 4.* & ex eo Iuſtinian. in *h. §.* liberam adminiſtrationem bonorũ permiſſam eſſe. Et tamen forte hæc diſtinctio nõ ſufficit. Etenim in *l. reſcriptum 10. §. vlt. cum ll. ſeqq. de pact.* procuratori qui ſimpliciter dicitur totorum bonorum, datur ius paciſcendi, vt etiam domino noceat; & eidem ius deferendi iuramentum *l. iuſiurandum 17. §. vltim. de iureiuran.* in quo eſt remiſſio quædam & alienatio. Adeo ſi procurator etiam totorum bonorum poteſt paciſci de non petendo, deferre iuramentum, ita vt exceptio domino noceat, quid ni poterit & alienare? paulo durius eſt, vt cum Dd. iſta quoq; loca de procuratore cum libera accipiamus, cum tantum ſimplicis procuratoris totorum bonorũ mentio fiat. Itaque ego ad explicanda dd. loca hoc addere ſoleo; illis hoc non effici, quod procurator libere vt ipſe dominus, paciſci de non petendo, aut deferre iuramentum poſſit, quod ſane abſurdum eſſet; ſed ſaltem hoc, quod poſſit aliquando, ex cauſis, & veluti vt deferat iuramentum, vbi aliæ probationes deficiunt; quod etiam tutorem poſſe reſponſum eſt, in *leg. tutor. 35. de iureiur.* vt paciſcatur non donandi cauſa, ſed dum negotium domini ita gerit, vt viciſſim dominus aliquid conſequatur. Eoque pertinet, quod quidam explicationem huius rei petunt ex verbis huius § *ex his negotiis.* vt tum demum alienatio valeat, ſi conditio & ratio adminiſtrationis eam exegerit. facit *lex ab agnat. 12. D. de curat. fur.* ibi, *quatenus negotiorum exegit adminiſtratio.* iunct. L. vltim. cod.

Cui eius rei poſſeſſio permiſſa ſit.] Hottomann. fatetur ita in omnibus veteribus Codicibus legi; ſed ipſe pro *poſſeſſio* vult legi *poteſtas*. Fateor ita commodius dici; ſed non iſtud ſufficit, vt textus emendemus; vbi modo lectio vulgata commodum ſenſum habet, vtique cum hic de traditione agatur, non poterit procurator alienare & tradere rem, niſi prius poſſeſſionem eius indeptus ſit. Hæc tamen verba penitus abſunt à *l. 9. §. 4. h. t.* & à Theophilo; vt ſuſpicari liceat ex gl. interpretis forte in textum irrepſiſſe. Tanto ſane facilius tolerantur quod in pr. §. proponuntur, vbi agit de mandato ſpeciali; quo caſu oportet poſſeſſionem rei permiſſam eſſe procuratori, ſi eam tradere debeat.

TEXTVS.

32. Interdum etiam ſine traditione nuda voluntas domini ſufficit ad rem

transferendam: veluti ſi rem quam aliquis tibi commodauerit, aut locauerit, aut apud te depoſuerit, poſtea aut vẽdiderit tibi, aut donauerit, aut dotis nomine dederit. Quãuis enim ex ea cauſa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipſo quod patitur tuam eſſe, ſtatim tibi adquiritur proprietas, perinde ac ſi eo nomine tibi tradita fuiſſet. Item ſi quis merces depoſitas in horreo vendiderit, ſimul atq; claues horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

Commentarivs.

1 *Traditio ficta.*
2 *Horrei varia ſignificatio.*

AMbiguum eſt, quod Iuſtin. hic ait, ſine traditione, nuda voluntate transferri dominium. Dicitur enim ita dum confertur hæc res cum vera traditione, vbi res quæ naturaliter penes aliquem erat, in alium transfertur; Ceteroquin non abeſt in hoc caſu, qui & proponitur in *leg. 3. §. ſed ſi is 20. de adquirend. poſſeſſ. l. ſi ſeruus 21. §. 1. de adquir. rerum dom'n.* omnis traditio, & nuda voluntas non poteſt transferre dominium. Et nimirum traditio, alia eſt vera, alia ficta, ſub quam ſpeciem
2 iſta quoq; pertinet, quæ † dicitur fieri per fictionem breuis manus; quæ fictio vel in tribus perſonis contingit, vt ſi eum qui mihi dare volebat vel debebat iuſſero tertio dare, perinde enim eſt ac ſi res primo mihi data, & à me ad tertium profecta eſſet, vt in ſpecie *l. 3. §. pen. & vlt. de donat. int. vir. & vx.* vel in duabus, vt in hoc §. Etenim creditur res apud me depoſita vel mihi commodata, reſtituta domino, & mox mihi ex cauſa donationis vel venditionis tradita; quod ita finxerunt ICti ne ambagibus & pluribus actibus eſſet opus. Quam fictionem interuenire illud argumento eſt, quod res iam ex alia cauſa penes me eſſe incipit, & ego iam veram habeo poſſeſſionẽ, quæ antea magis apud cõmodantem & deponentem erat, ſiquidem vera poſſeſſio ex his cauſis non transfertur *l. licet 17. §. 1 depoſiti ſuncti. d. l. 3. §. 20. de adq. poſſ.* & probatur per *l. ſi rem 62 in pr. de euict.* vbi in his iiſdem terminis dicitur res pro tradita haberi; & quatenus non interuenit realis translatio, dicitur hoc §. nuda voluntate transferri dominium. Citra hanc fictionem breuis manus, aliæ non paucæ ſunt ſpecies vel modi fictæ traditionis; quin imo ſi præciſe verbum traditionis ſumimus, ei in ſolis mobilibus proprie locus eſt, ſed & immobilia ſane non improprie omnino tradi dicũtur, cum prior dominus alium in fundum vel ædes inducit, & tradere profitetur. Sed alijs modis & immobiles & mobiles res per fictam traditionem transferuntur, quæ veræ traditionis effectum habet, vt tanto expeditior eſſet commerciorum ratio. Et ſingularem ſpeciem refert Iuſtin. hoc loco, traditionis fictæ mercium venditarum, & nec viſarum quidẽ tempore traditionis, ſed in horreo depoſitarum, ſi claues horrei traditæ fuerint; vel cellæ vinariæ *l. 1. §. ſi iuſſerim. 21. de adqu. poſſ.* & quidem, quod huic loco addẽdum eſt, apud horreum, *l. clauib. 74. de contr. empt.* quod recte expreſſit Theoph. ἐπὶ παρουσία τοῦ ὀρρίου. Interpres ſtolide vertit, cum ab eo non longe abeſſem. Ita inſtrumenti traditione ipſa res tradita cẽſetur *l. 1. Cod. de donat.* obſignatione in ſpecie *l. quod ſi 14. de peric. & commod. rei vend.* item appoſitione cuſtodis *l. quarundam 51. de adq poſſ.* vbi eo ſenſu quo hoc textu nuda voluntate, res transferri, dicitur poſſeſſio adprehendi animo, ſc. oppoſitiue ad actualem ac naturalem apprehenſionem; Ceteroquin & ibi eſt miniſteriũ aliquod corporis, ſine quo nulla poſſeſſio adquiri poteſt, vt apparet ex alijs varijs ſpecieb. & modis fictæ traditionis & apprehenſionis, qui proponũtur in *l. 1. §. ſi iuſſerim 21 l. quod meo 18. §. 2. de adq. poſſeſſ. l. quadam 77. de rei vind.* Et iſtud de clauibus traditis, ita procedit, ſi præceſſerit habilis cauſa transferendi dominij; Ceteroquin clauium traditio tantum cuſtodiam commiſſam arguit, *arg. l. cum pater 77. §. pater 21. de leg. 2.*

In horreo.] Horreum † dictum videtur ab 2 hor-

hordeo, ſicut farreum à farre; vt eſt apud Feſtum; alij quaſi horridum ariſtis. Latius tamé illa vox vſurpata fuit, etiam pro cella vinaria Hor.3.od.28. Parcis diripere horreo.

Ceſſantem bibuli conſulis amphoram. Seneca Epiſt.115. plena multorum ſeculorũ vindemijs horrea, hoc ſenſu in *l. tabernam 7. de inſtruct. leg. l. 2. C. de peric. rei vend.* Notius eſt, quã vt pluribus moneri debeas, ICtis noſtris vſurpari pro locis quibus in vrbe res precioſæ aſſeruari ſolebant. Nec tamen ICtis tantum. Apud *Apul. 3. metam.* horreum gazis Milonis refertum; & lib. 4. horreum, vbi argentum copioſum recondi viderat, & *libr. 5.* ædium horrea magnis congeſta gazis. In libris noſtris loca ſunt obuia *h. §. & l. clauibus 74. & l. dolia 76. de contrah. empt. l. dominus. 55. locati l. 1. Cod. eod. l. 3. §. 2. de offic. præfect. vig. l. Seia 20. §. pen. de inſtr. leg. l. ſi quis 6. de ed. ad. l. pediculis 33. §. Idem 4. de aur. & arg. l. in ratione 30. §. ceri is ad l. Falcid. l. pignus 9. C. de pignor. act.* Vnde horrearius *l. ſi vero 5. §. 3 de his qui deiec. l. Celſius 5. in pr. ad exhib.*

TEXTVS.

Hoc amplius, interdum & in incertam perſonam collata voluntas domini, transfert rei proprietaté: vt ecce prætores & conſules, cum miſſilia iactant in vulgus, ignorant quid eorum quiſque ſit excepturus: & tamen quia volunt, quod quiſque acceperit, eius eſſe, ſtatim eum dominum efficiunt.

COMMENTARIVS.

CAius in *l. 9. §. pen. h. t.* tantum facit mentionem miſſilium iactatorum in vulgus, & in *l. 5. §. 1. pro derel.* cum quis æs ſparſerit. Iuſtinianus hic facit mentionem conſulum & prætorum qui miſſilia ſpargant. Impp. aliquando miſſilia ſparſiſſe legimus, vt Caligulã *Sueton. cap. 18.* Sparſit miſſilia variarum, & Neronem *Suet. cap. 11.* Sparſa populo miſſilia omnium rerum; nec diſſimile quid in Auguſto ſcribit *cap. 98.* Magiſtrat⁹ autem Romani prætores & conſules, ludos ſub initium magiſtratus edidiſſe legimus; ſparſiſſe & iactaſſe pecuniam in vulgus vix legimus: & videtur id factitatum demum à Græculis, Imperio Conſtantinopolin translato; & quia illi ſe aut nimis abuſi ea re ad aucupandam populi gratiã; aut quia res in neceſſitatem tranſierat, & omnes forte illis ſumptibus pares non eſſent, vetitum id conſtitutione *l. 2. C. de conſul.* Sed rurſus, cum temperamento permiſſum à Iuſtin. N. 105. *cap. 2. §. 1.* poteſt autem iſta ſparſio ſiue iactatio dici traditio indefinita, in eum qui ſparſum ſit apprehenſurus: poteſt etiam quod ita ſparſum eſt, videri pro derelicto habitum, vt conſequenter meritó eius eſſe debeat, quiſquis id apprehenderit & occupauerit, iuxta ea quæ mox dicemus ad *§. ſeq.* Eſt autem iſtud diſcrimen, quod qui ſpargit pecuniam, ei ſuni habet pro derelicto, vt alterius fiat, quod etiam ſcit futurum; ideo qui occupat, habet voluntatem domini: quod ſecus eſt in §. ſeq. vbi hoc ſaltem agitur, vt pro derelicto res ſit.

TEXTVS.

Qua ratione verius eſſe videtur: ſi rem pro derelicto à domino habitam quis occupauerit, ſtatim eum dominũ effici. Pro derelicto autẽ habetur, quod dominus ea mente abiecerit, vt id in numero rerũ ſuarũ eſſe nolit: ideoque ſtatim dominus eius deſinit eſſe. Alia ſane cauſa eſt earum rerum, quæ in tempeſtate leuandæ nauis cauſa eiiciũtur: hæ enim dominorum permanent: quia palam eſt, eas non eo animo eijci, quod quis eas habere nolit, ſed quo magis cum ipſa naui maris periculum effugiat. Qua de cauſa, ſi quis eas fluctibus expulſas, vel etiam nactus in ipſo mari, lucrandi animo abſtu-

abſtulerit, furtum committit. Nec lõge videntur diſcedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.

COMMENTARIVS.

HOc eſt tertium obiectum inuentionis, res pro derelicto habita: fit enim occupantis, quod nullius eſt, *l. quod ſeruus 36. de ſtipul. ſeru.* & quod ſcilic. vt hic tradit Iuſtin. domini prioris eſſe deſijt. Ait Iuſtin *abiecerit*. quod ſignificat poſſeſſionem omiſſam: Ait, *ea mente*, &c. quod ſignificant amiſſum eſſe dominium; quo pertinet quod ait ICtus in *l. 1. pro derel.* ijs modis nos amittere dominia, quibus adquirimus, & recte in *l. 2. pro derel* improbatur Proculi ſententia, qui putabat non amiſſum dominium niſi alius rem apprehendiſſet. Ait Iuſtin. *Abiecerit*. An igitur res immobilis non poteſt haberi pro derelicto? In rebus mobilibus res iſta eſt apertior; vtique autem poteſt quis animo & poſſeſſionem & dominiũ rei immobilis amittere: Et igitur fiet talis res occupantis: aut ſi quis ex iuſta cauſa crediderit pro derelicto habitam occupet, adquiret per vſucapionem, *tit. pro derelicto*. Ex hac deſcriptione rerum pro derelicto habitarum apparet, non eſſe obiectum inuentionis, nec pro derelicto habitum, 1. quod fortuito amiſſum eſt, veluti quod de rheda currẽte lapſum eſt, quo exemplo vtitur Iuſtin. in extremo tit. 2. quod neceſſitate vrgente proiectum eſt, veluti (quo exemplo itidem vtitur Iuſtin. hic) nauis leuandæ & euitandi naufragij cauſa; neque enim ſponte id factum, nec eo animo, quod quis id in numero rerum ſuarum habere nollet, *h. §.* Ita Paulus *l. 2. in f. de L. Rhod.* res iacta, inquit, domini manet, nec fit apprehendentis, quia pro derelicto non habetur; quod ratione & exemplo confirmat Iulianus in *l. qui leuandæ 8. eod. tit.* facit *l. quæcunque 58. de adq. rer. dom. l. Interdum 21 §. 1. de adq. poſſeſ.* obiicitur tamen reſponſum Vlpiani in *l. falſus 43. §. ſi iactum 11. de furt.* vbi ait, plerumque credendum eſſe derelinquẽtis animo iactatum, quia ſciat quis (vtique putat) periturum eſſe quod iactatur. Hottomannus omnino Vlpian. cum ceteris pugnare putat; ſed non exiſtimandũ eſt, cum tam obeſæ naris fuiſſe, vt ſtatueret, re uera animo derelinquendi res iactari in mare. Ego ita hæc componere ſoleo. Ariſtot. 3. *Ethic.* 1. actiones quaſdam ſtatuit mixtas eſſe ex inuito & voluntario, inter quas hanc ipſam actionem, de qua tractamus, refert. Eſt enim minime voluntaria, ratione principij externi cogentis, & facientis, vt quis malit amittere bona, quam vitam, & extra periculum conſtitutus, nemo merces iactaret, & tamen eſt voluntaria actio ratione principij proximi interni, quo quiſq; vult perire merces, vt vita maneat ſalua, quod ſe conſecuturum ſperat leuata naue; Etenim vt Ethici tractant, omne malum minus, reſpectu maioris (vbi alterutrum eligendum eſt) habet rationem boni; & ita fit obiectum voluntatis; qua de cauſa Ariſtot. d. loco. iſtas actiones quas initio mixtas appellat, poſt eodem capite aliquot rationibus magis voluntarias eſſe comprobat. Quatenus autẽ actio iſta habetur pro voluntaria, poſſunt quadantenus res iactatæ videri pro derelictis habitæ. Sed quia accedit illud principium externum, non poteſt hactenus cenſeri habita pro derelicto vt poſſit adquiri inuentori. Etenim 2. procul dubio hæc fuit mens proijcientis, vt in euentum, quo ſaluæ manerent, ſibi integra rerum perſecutio, imo integrũ dominium maneret; quis ſane turſus, ſi opinionem proiicientis eo ipſo tempore quo proiecit eas in profundum mare conſideremus, vix de eo cogitaſſe videri poſſit, aut ſperaſſe eas ſibi ſaluas futuras; quã opinionem conſideraſſe Vlpianum in *d. l. 43. §. 11. de furt.* patet ex verbis, *cum ſciat periturum*. Accedit ad conciliationem & explicationem huius rei, 3. argumentum à rubrica *de furtis*, quod res proiectas pro derelictis habet ad hunc effectum, vt qui eas inuenit & aſportat, non incidat in crimen furti, modo non ſciens proiectas non derelinquendi animo, & ſciens cuius eæ ſint lucrandi animo, eas retineat & occultet; tunc enim furtum

cum

eum committere reſpondet Iuſtinianus *h.* §. *verſ. qua de cauſa.* ceteroquin opinio non omnino inepta putantis pro de relicto habitas, à crimine furti excuſat. Atque ita iſta inter ſe componi non incommode videntur. Doctores etiam rationem petunt à qualitate rei proiectæ: veluti ſi quis librum apertum proiiciat: ſed reſponſum Vlpiani inepte ad huiuſmodi caſus ſingulares reſtringeretur: Qui Vlp. in *l.* 43. explicant de rebus ſponte, nulla vrgente neceſſitate in mare proiectis, (vt Weſemb.) nimis ineptum eum faciunt; cum nulla niſi ſtolida hic poſſit eſſe ratio dubitandi: & inepta huiuſmodi caſus tractatio. Et tantum ad iſtum titulum *de adq. rer. dom.* prolixitatem qua vſi ſumus, difficultas & dignitas materiæ excuſabit.

AD TITVLVM II.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE REBVS CORPORALIbus & incorporalibus.

TEXTVS.

Quædam præterea res corporales ſunt, quædam incorporales. Corporales hæ ſunt, quæ ſui natura poſſunt tangi: veluti fundus, homo, veſtis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem ſunt, quæ tangi non poſſunt: qualia ſunt ea quæ in iure conſiſtunt: ſicut hæreditas, vſusfructus, vſus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales ſunt, & id quod nobis debetur aliqua obligatione, plerunq; corporale eſt, veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipſum ius hæreditatis, & ipſum vtendi fruendi ius, & ipſum ius obligationis incorporale eſt. Eodem numero ſunt, iura prædiorum vrbanorum & ruſticorum, quæ etiam ſeruitutes vocantur.

COMMENTARIVS.

1 *Pecunia an res incorporalis.*

2 *Conſiſtere in iure, quid ſit.*

NOtat Faber in quibuſdam exemplaribus hunc tit. inſcriptum eſſe tantum *de rebus incorporalibus.* quod & Pacius adſcripſit: ſed & Theoph. habet vtrumque, & vtique corporalium quoq; rerum deſcriptio hic proponitur. Porro quod ipſam rem attinet, non animaduerto, quare Hottom. reprehendat quaſi diuiſionem iſtam. Licet enim non habeat illum vſum, quem ipſe attingit, circa modos veteres adquirendi: de quibus *Vlp. tit.* 19. vtiq; tamen vſum ſuum habet: & notauimus ad §. *per traditionem tit. præced.* alio & aliquo tamen modo res incorporales apprehendi & adquiri: & omnino falſum eſt, quod Hottom. a incorporalium rerum nec vſucapionem nec traditionem eſſe.

Quæ tangi poſſunt.] Quæ ſunt tangibiles, vt loquuntur, multa enim corporalia, actu non poſſunt tangi, quarum tamen natura talis eſt, vt ſi præſentia nobis eſſe poſſint, tangi quoq; poſſint.

Fundus homo.] Apparet intelligi ſubſtantias primas, & indiuidua, ſubſtantiæ enim ſecundæ & ſcilicet vniuerſalia, vt homo, equus, tangi non poſſunt. An autem vniuerſalia tantum ſint in intellectu, an etiam extra eum Philoſophis diſputandum relinquimus.

Aurum argentum.] Vulgatum eſt pecuniam magis † æſtimari ex quantitate quam ex ſubſtantia *l.* 1. *de contrab. empt.* ſcil. quatenus valorem publicum conſideramus: ceteroquin fundamentum ipſum valoris eſt in ſubſtantia 1

& materia: itaq; inepte Hottomannus, hinc excipit argentum ſignatum. Ridicule; cum ſit contradictio in adiecto, argentum eſſe rem incorporalem: & aliud eſt valor argenti, aliud ipſum argentum. Et nimis putidum eſt captare *l. qui heredis 46. de condict. ind.* in qua ſane reſpectu valoris ita nummos ICtus ſeparare videtur à rebus corporalibus: & ſcil. illis, in quibus nihil niſi corpus conſideratur. Valorem in nummis eſſe rem incorporalem dicimus; ſed nimis nugantur, qui dicunt, nummos eſſe nihil niſi valorem. Ecce in *l. ſi tutu 94. §. 1. de ſolut. ſi in pecunia non corpora cogites, ſed quantitatem.* Ergo etiam, corpus ibi eſt: quamuis & aliud poſſit dici eſſe pecunia, aliud nummus, vel aurum & argentum & tamen hoc ipſo tit. pecunia inter res corporales refertur. Et vitioſe adducitur *l. ſi pœna 19. §. 2. de cond. ind.* vbi nummos ſolui meos & alienos; & ait ICtus non me còdicere dimidiam corporum, ſed dimidium ſummæ: ſcilicet quia confuſim corpora mea & aliena ſolui, & non tamquam ſpecies, ſed quod debitorem certæ ſummæ me eſſe putabam. Ita ſi frumenta duorum mixta fuerint, in rem actio non datur ſingulorum corporum, ſed pro modo frumenti §. *quod ſi 29. tit. prae.* nec tamen propterea frumentū erit res incorporalis, & dum ICtus negat ſingula ad dimidiam partem corporum condici, vtiq; corpora eſſe affirmat. Ineptius adducitur *l. Lucius Titius 24.* depoſiti: hoc enim confeſſiſſimum eſt, nummos eſſe rem fungibilem, quæ in mutuum ita deducatur, vt nō eadem corpora, ſed alia eiuſdem valoris reddantur, & hoc ſenſu in *l. 5. de impenſ. in res dot.* corpora opponuntur pecuniæ: quoniam illa in ſpecie reſtituenda, non vero hæc: & alias etiam corpora æſtimata non futura eſſent corpora, nam de iis idem quod de pecunia ibi affirmatur: Eadem reſponſio eſt ad *l. vlt. de* [illegible] *legat.* & ibi corporales res ſunt [illegible] quæ ipſa ſpecie & indiuiduo præſtandæ ſunt, quod ſecus eſt in pecuniæ numeratæ legato: idq; apparet ex *l. ſi heres 68. in pr. ad Trebell.* in *ſumma, aut* CERTVM *corpus.* Sicut & in *l. ſed & ſi 10. de acceptilat.* Ex quo eſt, quod eadem quantitas, verbi cauſa, centum floreni ſæpius legati, ſæpius debentur, ſed non, certum corpus: quoniam ſumma ſolet conſiderari quodammodo vt genus, de quo tractat *Cuiac. 14. obſ. 19.* & dicemus *inf. tit. 20.* Hæc dicenda fuerunt, cōtra Hottom. qui etiam ſerio & pluribus *15. illuſt. quæſt.* nummos refert inter res incorporales.

Quæ in iure conſiſtunt.] Hoc loco exempli dicitur, & ad ſubiectam materiam iuridicam: ceteroquin quæcunq; ſunt extra prædicamentum ſubſtantiæ, & quædam etiam in ea, vt ſpiritus, ſunt incorporalia, ſed quid eſt, conſiſtere in † iure? Weſemb. ait, Ius, eſt intellectus, ratio, ratiocinatio: quæ in iure conſiſtunt, vt alia omnia, quæ ſunt rationis, intelliguntur tātum non ſunt. Hęc ille. vbi non capio, quomodo ius dicatur intellectus & ratiocinatio: nec verum eſſe puto, quod omnia quæ in iure conſiſtere dicantur, ſint tantū rationis, & intelligantur tantum, non ſint, vtiq; enim non ſunt pura entia rationis, & notiones ſecundæ, vt loquuntur: ſed ſunt entia vera & exſiſtunt; ſicut & alia accidentia. Quamuis fortaſſis ita hic intelligat Iuſtin. ea in iure conſiſtere, quæ à iure quodammodo ſuam exſiſtentiā habeāt: non tamen propterea ita, vt ipſa per ſe nihil ſint, & intelligantur tantum: & ita Ang. & Ioh. Fab. hic, iſta dici in iure conſiſtere, quæ à iure ſubſtantiantur, creatur & nominantur. Et tamen vtiq; habent etiam verā eſſentiam ſuam. Plane in iure conſiſtentia & iura corporibus opponi ſolent *l. 2. §. vlt. l. & habet 15. §. 2. de precar. l. vlt. in f. C. de long. temp. præſcr. l. Manius 66. §. pen. de legat. 2.* 2.

Hereditas, vſusfructus, obligationes.] Non videntur mihi recte hæc cōiungi: vtiq; longe diſpar eorum ratio eſt; dum hereditas rebus hereditariis, vſusfructus fructibus, & obligatio rei debitę opponitur. Obligatio ambigue dicitur: & proprie nihil aliud eſt, quam adſtrictio debitoris ad aliquid præſtandum, vnde *infr.* definitur *vinculum,* & hactenus ius nō eſt; ſed quatenus creditor ex contractu adquirit ſibi obligationem, ius dici poteſt: ſed tale quod nimis perſpicuum eſt, differre à rebus quæ ſunt deductæ in conuentionē; vt hoc ſatis craſſe moneatur.

-mbatur, quis enim ita imperitus ſit, vt rem v. c. venditam, putet eſſe obligationem: & ex obligatione actio demum naſcitur, qua rem petimus, plus eſt in vſufructu, dum vt conſtitutus conſideratur; quem etiam ab ipſis fructibus differre nimium quam perſpicuum eſt. Quo ſenſu Iuſtinianus dicat Ius hereditatis, non ſatis intelligo. An ſignificat Ius ſuccedendi? Id quidem ex lege vel inſtitutione quæritur, & non niſi penitus abſurde dicitur hereditas: ſed tribuit inſtitutio ius ad hereditatem. ICti hereditatē definiunt ſucceſſionem; atquin ſucceſſio non poteſt eſſe ius, nec hereditas reuera ſucceſſio dici poteſt. Improprii iſti ſunt modi loquendi: & mihi nihil aliud videtur hereditas, quam collectio vniuerſorum eorum, quæ defuncti fuerunt; in quæ ſuccedit heres, ita vt propter repræſentatum defunctū onera quoque agnoſcere cogatur. Et hoc ſenſu hereditas ius quodammodo dici poterit, quatenus conſideratur vt abſtractum quoddam, quod appellatione ſua omnia bona, & iura, actiue & paſſiue comprehendit. Et ridicula eſt argumentatio, qua poſt alios mouetur Mynſ. vt res ipſas ſeparet ab hereditate, quod qui hereditatem vendidit, rebus quibuſdam euictis nihil præſtet, *arg. l. 2. in pr. de hered. vend.* hoc enim non ideo fit, quod non vendiderit res ipſas, quod ridiculiſſime negaretur, & repugnat ipſi rationi & *d. titulo*, ſed quia non vendidit certas res, nec vt ſe dominum profiteretur, ſed vendidit eo iure quo penes defunctum fuerunt, & ad ipſum peruenerunt. Et recte ſane *Cic. in Top.* hereditatem definit pecuniam, quæ alterius morte ad aliquem peruenit. Neq; intelligo, quomodo hereditas ſit ius, q aliquem alterius patrimonii faciat dominū, vt Theoph. hic definit: neq; quomodo ſit ius ſucceſſionis vt Cuiac. hic. Nam ius ſucceſſionis competit ex teſtamento aut lege, & qui hoc ius habet, necdum heres eſt; & quomodo igitur hereditas ius ſucceſſionis eſt.

Eodem numero ſunt.] De his iam dicemus: & videtur Iuſtinianus, vt occaſionem haberet tractandi de ſeruitutibus, iſtam diuiſionem rerum corporalium & incorporalium propoſuiſſe ſimul & ea gratia, vt oſtenderet, non tantum adquiri res corporales, de quibus *tit. prec.* ſed etiam incorporales.

AD TITVLVM III. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE SERVITVTIBVS RVSTIcorum & vrbanorum prædiorum.

1 *Diuiſio ſeruitutum.*
2 *Prædium vnde dictum.*

GLoſſ. & Interpretes vulgo diſtinguunt ſeruitutem in genere, quod alia debeatur † à perſona perſonæ, de quo lib. 1. alia à re 1
rei, de qua *h. t.* alia à re perſonæ, de qua *tit. ſeq.* Sed iſta diuiſio vitioſa eſt, quoniam oportet genus accipi non ambigue. Illa vero ſeruitus de qua lib. 1. ab hac omnino diuerſa eſt. Perſonæ liberæ ſunt quæ nulli ſeruiunt: atquin alia ratione prædia libera ſunt, in quibus alius ius non habet: & prædium negatur ſeruire domino *l. vti 5. in pr. ſi vſusfr. pet. l. in re 26. de ſeru. vrb. præd.* quæ autem perſona in dominio cuiuſcunque eſt, libera eſſe non poteſt. Homines natura omnes liberi ſunt, res autem reliquæ ei fini productæ ſunt, vt ſint in hominum dominio. Itaque ſeruitus prædiorum plane aliter dicitur quam ſeruitus perſonarum. Prædia ſeruire dicuntur vel prædiis vel perſonis: (de quarum natura ſeorſim exponitur) *l. 1. de ſeruit.* adeo hæc diſtinctio ſumitur à dominante: & ſeruitutes iſtæ in eo conſiſtunt, vt alteri in prædio alterius ſit ius conſtitutum: ita vt hoc ius quidem vtilitatem perſonæ finaliter reſpiciat; ſed illud faciat ſeruitutem realem ſiue prædialem, quod mediante prædio domino vtilitatem tribuit, & primo vtilitatem prædii reſpicit, & prædium dominans vtilius & ſimul pretioſius facit.

Prædiorum.] *Iſidor. lib. 15. cap. 13.* prædium inquit, vel quaſi † præuidium, vel quod antiqui 2
agros bello captos, prędæ nomine habebant. Puto magis inde eſſe, q qui ſpondebant pro

Reo in cauſis ciuilibus, dicebantur prædes. *Aſcen.in 3.orat.cont.Verr.* Auſon.

Quis, cum lis fuerit nummaria, quis dabitur? præs.

Poſt cum qui fideiuſſores non reperirent, agr`s & fundis cauerent, receptum puto, vt prædia dicerentur: quia loco prædum erant: apud Aſcen. *d. loco cum ſim obnoxius, prædibus & prædiis &c. fac l. ſciendum is qui ſatud.cog.* De prædis ſignificatione adde *l. quæſtio 115. inf. de verb. ſignif.*

TEXTVS.

Ruſticorum prædiorum iura ſunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter eſt ius eundi ambulandi hominis: non etiam agendi iumentum vel vehiculum. Actus eſt ius agendi iumentum vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: ſed qui actum habet, & iter habet, eoque vti poteſt etiam ſine iumento. Via eſt ius eundi & agendi & ambulandi hominis: nam iter & actum via in ſe continet. Aquæductus eſt ius aquæ ducendæ per fundum alienum.

COMMENTARIVS.

1 *Itineris definitio defenſa.*
2 *Item definitio actus.*
3 *Defenſus textus contra Fabrum.*

SEruitutes iſtæ inhærent prædiis; & debentur prædiis. Ex quo etiam dicuntur prædiales. Itaque hoc primum eſt requiſitum, vt duo ſint prædia, alterum ſeruiens, alterum dominans, §. *pen. h. tit.* vbi dicemus. Prædia ſunt vel vrbana, vel ruſtica: vnde diſtinctio ſeruitutum in vrbanas & ruſticas, vel, quod aliæ ſint prædiorum ruſticorum, vel vrbanorum *tt. de ſeru. ruſt. præd. & de ſeru. vrban. præd.* Quænam autem hic dicantur prædia vrbana, quæ ruſtica, dicemus ad §. *ſeq.* Ruſticarum ſeruitutum ſpecies quatuor hic recenſet Iuſtin. quarum tres priores habent ſcrupulos. Iter dicitur eſſe ius † eundi ambulandi hominis, 1
non etiam iumentum agendi. Obiicit Hottoman. cum vtique iumenti appellatione veniat equus, & qui iter habet, etiam poſſit equo vehi *l. inter 12. de ſeru ruſt. præd.* abſurdum & imo ſtultum ſit, negare quod poſſit equum manu ducere, vel præ ſe agere: itaque ipſe cenſet legendum, *armentum.* Sed enim ita quoque mutanda erit lectio *l. 1. in pr. l. qui ſella 7. in pr. de ſeru. ruſt. præd.* quibus locis itidem negatur ei ius iumentum agendi vel ducendi iumenti. Quo quid impudentius? Et nimirum non intelligendum hic eſt ius agendi præ ſe equum, quo quis etiam vehitur: ſed ius agendi iumentum quod oneribus portandis deſeruit: ita enim eſſet ſeruitus grauior: præſertim quod qui ius iſtud habet, non tantum vnicum, ſed & plura agere iumenta poterit. Sed cur ait, eundi & *ambulandi.* An quia forte etiam ius habet deambulandi, animi & ſanitatis cauſa? Gloſſ. explicat *ambulandi* ſcilicet cum alio: quod recte videtur improbare Porcius hic, conceſſum enim vni non porrigitur ad plures, ne ſeruitus fiat grauior; fac. quod ſi ſeruus ſtipulatus ſit ire agere, nec dominus quidem ire poſſit §. 2. *infr. de ſtipul. ſeru.* Actus † dicitur ius agendi iumen- 2
tum vel vehiculum. Hic rurſus contradicit Hottom. & ait hoc falſum eſſe, nec protinus ei qui ius habet agendi iumentum, etiam ius eſſe agere vehiculum; per *l. ſi tam 13. de ſeruit.* ex qua probari ait, quod actus non habeat ſpacium vehiculi ducendi, idque etiam contendit 2. *obſ. 21.* (de qua re & quæ latitudo viæ eſſe debuerit *v. l. via 8. l. certi 13. §. latitudo de ſeru. ruſt. præd.*) & facit etiam hæc ratio, quod alias nulla videatur eſſe differentia inter actum & viam: vt ex huius mox ſeq. deſcriptione apparet. Sed enim cum Iuſtin. hoc loco conſentiunt ICti in *d. l. 1. & d. l. 7. de ſeruit. ruſt. præd. & in l. inter 12. eod tit. l. is cui 11. quemad. ſeru. am. l. & per 13. §. 1. de accept.* vbi ICtus ait, tolli viam ſi iter & actus fuerint accepto lati; quod vtique abſurdum eſſet, ſi via hoc proprium haberet & præter actum, vt vehiculum ducere liceret. Iterum dico, quid impudentius, quam tot textibus obloqui? Et puerile argumentum eſt

quod

Digitized by Google

quod petitur ex *l.13. de ſeruit.* Et enim licet actus natura ſua contineat ius agendi vehiculum, poteſt tamen aliquando non continere: quid enim ſi conuentum ſit, vt tantum iumentum agere liceat? Idem reipſa & tacite actum intelligitur, ex anguſtia loci, qui demonſtratus & definitus eſt, ſi iumentum tantum agi, non etiam vehiculum duci poſſit. Eademq; reſponſio eſt ad *l. via 23 in pr. de ſeruit. ruſtic. præd.* etiamſi ibi legas cum Hottom. *alioquin iter erit aut actus, non via.* ceteroquin receptiſſima lectio; *alioquin iter erit non via.* Confirmatur, quod in actu regulariter inſit ius ducẽdi plauſtrũ aut vehiculũ. Atq; ita actus alius plenus, alius minus plenus erit. Et hoc ipſo diſtat via ab actu, quod hic, vt diximus, poteſt eſſe, ſine iure agendi vehiculum, illa autem id neceſſario ſemper continet *d. l. 23. in pr.* & inſuper alia quædam habet via, vt docet *l. qui ſella in f. pr. de ſeru. ruſtic. præd.* & ſeruitutes iſtæ tres non ſpecie ſed gradu, & ſecundum plus minusq; differunt. Et hęc eſt ſententia Iuſtiniani, dum viam hic definit, ius eundi agendi; quoniam in agendo, etiam ius vehiculum agendi continetur. Itaque rurſus improbe Hottom. carpit, quod vehiculi mentio omiſſa ſit, & pro *ambulandi* putat legendum *auehendi.* Egregium ſcilicet Interpretem. Et ob id nec pro *eundi* legendum eſt *vehendi,* quod vult Weſemb. Hoc non eſt tractare, ſed reuocare iura: vide quæ de hac re tract. *Cuiac. 22. obſ. 35. Donell. 11. comm. 6. Duar. 1. diſp. 31.*

Sequitur porro in textu, eum qui actum habet, iter quoq; habere, eoq; vti poſſe etiam ſine iumento. Hic contradicit *Ant. Faber 1. con*
3 *inſt. 20.* contendens † actum non continere in ſe ius eundi ſeorſim ſine iumento; per *l. 1. de adim. legat.* vbi ait ICtus, ſi teſtator qui legauit actum, adimat iter, nihil ademptum videri: quod vtique fuerit (vt Faber putat) falſum, ſi actus in ſe haberet ius ſeorſim eundi; id enim ſeparari poteſt ab actu per conuentionem *l. 4. §. 1. ſi ſeru. vind.* ſed cum Iuſtin. hic quoq; conſentiunt ICti in *l. 1. de ſeru. ruſtic. præd. l. 2. quemad. ſeru. am.* & probat idem *l. qui vſumfr. 58. de verb. oblig.* vbi ait ICtus, eum qui actum ſtipulatus eſt, ſi poſtea iter ſtipuletur, nihil agere: quod vtiq; falſum eſſet, ſi actus non contineret ius eundi ſeorſim & ipſam itineris ſeruitutem. Idem traditur *in l. ſi pupillus 9. §. 2. de nouat.* Inſignis impudentia eſt tot textibus contradicere: impudentius adhuc, quod & hoc loco & *d. l. 1. de ſeru. ruſt. præd.* verba, *eoque vti poteſt etiam ſine iumento,* ab imperito interprete eſſe contendit; & in *d. l. 2 quemadm. ſeru. amitt.* expreſſe conuentum fuiſſe vt ſine iumento agere liceret, comminiſcitur. Sed ſententia contraria adſtruitur & ex iſtis verbis *l. 1. de ſeru. præd. ruſtic.* & huius textus: *Qui actum habet, iter habet*: ſiquidem iter ſignificat ſeruitutem, non ſimplicem itionem cum iumento. Ad *l. 1. de adim. leg.* reſponderi poteſt, cum verbo *itineris* ius eundi ſeparatum & ſeruitus, tum etiam ius eundi cum iumento intelligi poſſit, ICtum ademtũ iter in poſteriori ſignificatu intellexiſſe, atque ob id nulliter ademtum reſpondiſſe, vti legatum plenius eſſet, & actus talis, qualis natura ſua eſt. Obiter hic addendum, quid ſit iumentum, cuius ſæpe hoc §. fit mentio. Et non contineri iumenti appellatione boues, ſcribit *l. ædiles 38. §. 4. 5. 6. de ædil. ed.* Paul. *3. ſent. 6.* iumentis legatis boues non continentur. Et igitur tantum equi: quod & ſcriptum eſt *in l. legatis. 61. §. iumentis 5. de legat. 3.* Contra Nonius *cap. 1.* iumentum deducit à iungendo vtiq; autem iunguntur & boues: Et Iſidorus *lib. 17. cap. 17.* deducit à iuuando; & *lib. 12. cap. 1.* diſerte equos & boues refert inter iumenta: & iſtam ſignificationem latiorem magis huic loco conuenire crediderim: vt etiam boues agere poſſit, qui habet actum. Huic loco adiungendus eſt §. *Inter 2.* in quo referuntur aliæ ſpecies ruſticarum ſeruitutum.

TEXTVS.

2\. Inter ruſticorum prædiorum ſeruitutes, quidam computari recte putant, aquæhauſtũ, pecoris ad aquam appulſum, ius paſcendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.

COMMENTARIVS.

1 *Seruitutum tranſmutatio.*
2 *Ad* l. tit. de alim. legat.

DEbebat, vt dixi, hic §. cõiungi cum *pr. tit.* quo agitur de ſeruitutibus ruſticis: ſed ordinem hactenus ſæpe inſuper habuit Tribon. Nimis proterue Hottom. ſcriptorem Triboniani temulentum hunc §. incongruo loco poſuiſſe: Ait,

Aquæhauſtum.] Hæc igitur ſeruitus ruſtica, & conſequenter realis eſt, fac. *l. 2. §. vlt. l. 3. §. 3. de ſeru. ruſtic. præd.* Obiici ſolet *l. Mela 14. de alim. leg.* vbi dicitur hoc eſſe ius perſonę. In genere hic
1 monendum eſt, ex ſeruitute quæ ſui † natura eſt realis, eſt, poſſe quodammodo fieri perſonalem, aut mixtam, per conuentionem, aut diſpoſitionẽ teſtatoris. Perſonalem dico fieri, ſi tantum ad vtilitatem perſonæ aliquid conſtituatur citra conſiderationẽ prædii: vt ſi cui vſus & ius vtendi & hauriendi aquam ad potum familiæ concedatur: mixtam dico, vbi ita diſpoſitum eſt, vt perſona certa tantum vtatur, ſed ad vtilitatem prædii; quo tamen caſu defendi poſſit, ſeruitutem ipſo iure eſſe perpetuam, ſed actionem ab herede motam repelli per exceptionem, quomodo de ſeruitute ad tempus conſtituta reſponſum eſt in *l. ſeruitutes 4. de ſeruitut.* Probatur id ex *l. pe. ons 4. de ſeruitut. ruſtic. præd.* vbi ſi in conſtituenda ſeruitute perſona demonſtrata ſit, negatur idem præſtandum ſucceſſori ſiue vniuerſali, vt heredi, ſiue ſingulari, vt emptori, cum alias hæ ſeruitutes prædium comitẽtur, ad quemcunque etiã dominum peruenerit. Idq; maxime obtinet in his iuribus, quæ & ad vtilitatẽ prædii, ſed & ei conſtitui poſſunt, qui prædiũ non habet; & tum ſapiunt naturam vſus & ſeruitutis perſonalis, cuiuſmodi ſunt iura *h. §. & in l. 4. de ſeru. ruſt. præd.* relata & dicemus aliqua ad
2 *§. Ideo h. t.* Et igitur vt redeamus iam † ad *d. l. 14. de alim. legat.* poteſt ibi intelligi aquæhauſtus conſtitutus perſonæ, & ob id appellari ſeruitus perſonalis, quo etiam referri poteſt, quod eſt in *l. vſus 21. de vſu & habit.* vſum aquæ eſſe perſonalem, nec tranſire in heredem. In dubio autem, vbi inter duos qui prædia habent, res acta eſt, & ius conſtitutum ad vtilitatem prædii ſpectat, intelligemus conſtitutam ſeruitutem realem, quæ ſequitur prædium, & ſingularẽ quoq; ſucceſſorem; & optime probat *l. cum fundo 36. de ſeru. ruſt. præd.* vbi hoc ita ſtatuitur, licet ſtipulatio pœnalis ad perſonam emptoris relata fuerit: Itaque fruſtra diſputant Dd. inprimis *Ang. ad §. vlt. h. t.* an damnato herede, ne v. c. altius tollat, ſeruitus realis prædio impoſita cenſeatur: quod omnino affirmandum eſt: ceteroquin etiam dubitandum eſſet, (& id omnino abſurde) vbi per pactiones eſt ius impoſitum & conſtitutum. Et inepte obiicitur *l. vlt. §. vlt. de cont. empt.* vbi non eſt actum de iure reali. Inepte ẽt & male diſtinguitur, an perſonaliter an imperſonaliter ſeruitus fuerit conſtituta. Obiter addo lectionem in omnibus codicibus in *d. l. 14.* eſſe corruptam. Ita habet. *nam & hauſtus aquæ eſt ſeruitus perſonæ, tamen ei qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* Primum laborat locus à diſtinctione, & commate ſaltem mutato, obiectio ſuperior tollitur: & ſcilicet comma, non eſt ponendum, poſt *perſona*, ſed poſt, *ſeruitus, Aquæhauſtus eſt ſeruitus, perſona tamen ei &c.* Deinde manifeſto falſum & directo contra mentem eſt ICti, quod inutiliter relinquitur aquæhauſtus ei qui vicinus non eſt. Id ex principali quæſtione ibi tractata apparet. Proponit ICtus, in ea regione vbi aqua venalis eſt, aquam libertis relictam. Mouet obiectionem quod videatur inutile legatum, quaſi ſeruitute prædii nõ poſſeſſioni vicinæ poſſeſſoris relicta. Iura enim prædiorum & ſeruitutes non poſſunt relinqui & conſtitui niſi iis qui vicinum prędium habent. Atqui iſte libertus non habuit vicinum prædium. Ergo illi aqua relinqui iure non potuit. Iuris conſultus vero negat ob id inutile eſſe legatum, & reſpondet per inſtantiam, etiam hauſtum aquæ eſſe ſeruitutem (ſcilicet prædii) regulariter & ſua natura. Quod ſi hæc reſponſio vllius eſſe momenti debet, oportet ſtatui à ICto, quod tamen

men poſſit conſtitui ei qui vicinum prædium non habet: iuxta ſuperius explicata, itaque omnino ibi legendum eſt, addita negatione, vel detracta particula priuatiua IN, *perſonæ eius qui vicinus non eſt NON inutiliter*, vel, *vtiliter*. Iam regrediamur ad §. 1.

TEXTVS.

3. Prædiorum vrbanorum ſeruitutes ſunt hæ quæ ædificiis inhærent: ideo vrbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia, vrbana prædia appellamus, etſi in villa ædificata ſint. Item vrbanorum prædiorum ſeruitutes ſunt hæ: vt vicinus onera vicini ſuſtineat: vt in parietem eius liceat vicino immittere tignum: vt ſtillicidium vel flumē recipiat quis in ædes ſuas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat: & ne altius quis tollat ædes ſuas, ne luminib. vicini officiat.

COMMENTARIVS.

1 *Prædia vrbana quæ ſint.*
2 *Ad* l. 2. de ſeru. ruſt. præd.
3 *De ſententia* l. 58. de verb. ſignif.
4 *Diſtinctio ſeruitutum.*
5 *Seruitus altius tollendi.*
6 *Non recipiendi ſtillicidium.*

SEquitur altera ſpecies, ſeruitutum vrbanarum, quæ ædificiis inhærent: & ne cui hoc incongruum videatur quoniam etiam in villa & ruri ſunt ædificia, ſubiicit, omnia ædificia dici vrbana † prædia, licet extra vrbem in villa ædificata ſint cum Vlp. in *l. 1. comm. præd.* Idque eſt quod communiſſime traditur, diſtinctionem hanc prædiorum, non eſſe ſumtam à loco, ſed à materia, vt ait Vlpian. in *l. vrbana* 198 *de verb. ſignif.* vel à genere vt *Pomp. in l. vrbana 166. eod. tit. facit l. ſeruum 99. de legat. 3.* aliqui à fine ſumtam dicunt, & prædia vrbana dici, quæ habitandi cauſa extructa ſunt. Sed enim ego plus dico, omnia ædificia hic haberi pro vrbanis prædiis, etiam horrea, quæ ruri pro reponendis fructibus ædificata ſunt, quo ad hanc quæſtionem de ſeruitutum denominatione. Finge duorum dominorum horrea prope ſe poſita, & conſtitutum eſſe ne vicinus altius tollat horreum ſuum, ne impediatur ventus horreo vicino vtilis, *argum. l. vlt. §. 1. C. de ſeruitut.* aut conſtitutum, vt horreum vnum alterius onus ſuſtineat, vtique ſeruitus hæc dicenda erit vrbana: ceteroquin fieret vt vna eademq; ſpecie ſeruitus & eiuſdem plane eſſentiæ, modo eſſet ruſtica, modo vrbana: quod ratio non patitur: Eſt autem eadē plane eſſentia ſeruitutis altius nō tollendi, ſiue quis ædes, ſiue horreum non poſſit altius extollere: & ſiue de conſtitutione ſiue adquiſitione aut amiſſione quæratur, eadē obtinent in ſeruitutibus his, quæ ædificiis inhærent quibuſcunq; tandē. Illuſtratur hoc ſimili. In materia pignoris ſiue hypothecæ, vulgatū eſt, quæ inferuntur in prædia vrbana locata, tacite domino prædii locatori pro mercede aut damno dato hypothecę teneri: in ruſticis vero prędiis obligatos eſſe tacite fructus *l. ſi ſeruum 61. §. locaui 8. de furt. l. 4. & 7. In quib. cauſ. pig. tac.* Itaque quo ad hanc quæſtionē, omnia prædia & ſcil. ædificia quæ fructus non ferunt, pro vrbanis prædiis habentur, licet alia conſideratione ruſtica dici poſſint. Idq; eſt quod in *d. l. 4. §. 1.* reſpōſum eſt, ſtabula quidē nō eſſe vrbana prædia, verū quo ad cauſā taciti pignoris nō multum differre ab vrbanis prædiis. Atq; hinc facile reſpondetur ad † *l. 2. de ſeru. ruſt. præd.* quod 2
ibi Neratius prædia conſiderauit extra iſtam tractationem, & ruſtica prædia appellauerit à loco. Et igitur errat Weſemb. qui ruſtica prædia definit, ædificia non habitandi, ſed fructuum cauſa extructa: quem errorem errat etiam Mynſing. ad *rubr. in f.* Sed quo ſenſu Vlpianus in *d. l. vrbana* 98. hortos in vrbe refert inter prædia vrbana? cum vtique nec ædificia ſint, nec ad habitandum deſtinata. Sentio cum illis, qui iſtū locum † omnino remouen- 3
dum putant ab hac tractatione, & pertinere ad quæſtionem de alienatione prædiorum pupillar-

rium. Conſtat (de quo alibi tractatur) orationem Seueri & SCtum quæ proponuntur ſub *tit. de Reb. eorum &c.* pertinere ad prędia ruſtica, non vrbana, & hęc poſſe alienari ſine decreto: quo ad hanc rem hortus in vrbe, qui voluptatis magis quam vtilitatis gratia ſolet inſtitui, habetur pro prædio vrbano, itaque mox in *d. l.* 98. excipit Vlpia. hortos vinearios & olitorios, quos inter ruſtica prædia recenſet. Cum igitur omnes ſeruitutes dicamus vrbanas, quæ ædificiis debentur & inhærent, quia vbique eadem earum ſit eſſentia: quid è contrario ſi v. c. iter debeatur, per ædes, an nihilominus erit iſta ſeruitus ruſtica? Itineris per ædes conſtituti mentio eſt in *l. in trad.* 7. §. 1. *comm. præd. l. ſeruitutes* 20. §. 1. *de ſeruit. vrb. præd.* & dicitur id deberi per prædium vrbanum in *l. iter* 24. *comm. præd.* & vt ædes prædium ruſticum dicamus, fieri non poteſt: Sed nimirum ſeruitutes quædam & quæ in ſolo ſunt, eius ſunt naturæ, vt per fundos, & per ædes, & plerumque aream deberi poſſint. Itaque v. c. iter non poteſt facere, vt ab eo ædes denominentur prædium ruſticum: ſed tamen hoc admittam, vt iter etiam quod per ædes debetur, dicatur ſeruitus ruſtica: nam & vt dixi debetur fere per aream, quæ hactenus quaſi fundi inſtar habet; nec ad iter etiam qua debetur per ædes, quidquam ipſa ſtructura ædificii facit, imo magis itineri eſt impedimento. Sequuntur in textu exempla ſer
4 uiturum vrbanarum. Seruitutes † reales ſolent à quibuſdam diſtingui, à forma verborum in affirmatiuas & negatiuas. Illæ diſtingui rurſus poſſunt, quod vel dicantur ab eo tantum qui habet prædium dominans, qua cõſideratione dicuntur iura; veluti ius eundi, agendi, vel, vt liceat ire, agere, vel dicuntur ab vtroq; veluti ius tigni immittendi, oneris imponendi, ſtillicidii habendi, & eodẽ ſenſu, vt quis cogatur ferre vicini onera, recipere ſtillicidium; & conſiſtunt in eo vt vicinus patiatur vicinum aliquid facere, & vno verbo hæ ſunt in patiendo; extra vnam ſpeciem oneris ferendi, quam qui debet, etiam parietem reficere cogitur: ceteroquin ſeruitutum natura in eo non eſt, vt quis aliquid faciat *l. quotiens* 15 §. 1. *de ſeru. l. etſi* 6. *ſi ſeru. vindic. l. cum* 33. *de ſeru. vrb. præd.* Negatiuæ quæ dicuntur nõ ſunt in patiendo, vt vicinus aliquid faciat, iure ſeruitutis, ſed in non faciendo, *d. l.* 15. §. 1. veluti ne quis altius tollat, ne luminibus vicini officiat. Vbi ille non leuis occurrit ſcrupulus, quod aliquando vna ſpecies ſeruitutis affirmatiuis & negatiuis verbis proponitur veluti in *l. 2. de ſeru. vrb. præd.* altius tollendi, & non extollendi, ſtillicidium auertendi & non auertendi; & in *l. 2. de ſeruit. ruſt. præd.* inter ſeruitutes refertur, licere altius tollere, & officere prætorio vicini, & in *h. §.* vt flumen recipiat, vel non recipiat: quod & ad cetera exempla repetendum cenſet Accurſ. Et conſtat quod hæc ſit ſeruitus, † vt non 5
poſſim altius tollere ædes meas nec officere luminibus vicini; at qualis ſit ſeruitus altius tollendi ambigitur. Contra ius auertendi ſtillicidii, & vt quis hoc cogatur recipere in ædes & aream ſuam: vtiq, ſeruitus eſt; ſed non videtur eſſe ſeruitutis, vt quis non auertat, & alter non recipiat: hoc enim modo liberum eſt prædium; ſicut & liberæ ſunt ædes, quas quis iure ſuo extollere poteſt *l. altius Cod. de ſeruitut.* Interpretes communiter ponunt ius altius tollendi, ſtatuto vel pacto ademtum aut limitatum, poſt iterum pacto permiſſum; & tum enim tolli ædes altius non libertatis iure, ſed ſeruituti. Ego vero hoc perſpicue falſum eſſe dico. Scilicet ſi pacto conuentũ fuerit, ne ego ædes meas altius tollerem, iam ædes meæ debent ſeruitutem; quod ſi contrario pacto mihi permittatur ius tollendi, iam pacto iſto ſublata ſeruitus, & libertas priſtina ædibus meis reſtituta eſt. Itaq; euidenter falſum eſt, ꝙ tollam tum ędes iure ſeruitutis. Nec aliud eſt ẽtſi ponas ſtatuto, limitatam altitudinẽ ædificiorũ, quam excedere vicino inuito non liceat. Tale enim pactũ quodammodo omnibus ædificiis imponit ſeruitutẽ, qua tamẽ volẽte & permittente vicino poſſint liberari; at perridiculum eſt exiſtimare, ꝙ ICti in citatis textibus, de ſtatuto eiuſmodi cogitauerint. Fingunt quidam & ponunt, interueniſſe ceſſionem inſuper, vt tanto magis efficiãt iure ſeruitutis altius tolli: ſed

Digitized by Google

ſed fruſtra: quoniam illa ceſſio iuris, quã ante vicinus habebat & nunc remittit, vt mihi liceat altius tollere, reſtituit prædio meo libertatẽ: & ridiculum eſt putare, quod tali ceſſione & conuentione poſſit induci ſeruitus. Amplius omnis ſeruitus eſt onus alterius prædij, & facit prædium ſeruum: atqui ius altius tollendi non eſt onus. Denique omnium ſeruitutũ hæc natura eſt, vt vel quis in ſuo aliquid non faciat, vel alium facere patiatur: vel vtique (quod accidit in ſeruitute oneris ferendi) pro vtilitate alterius aliquid faciat; ex quibus nihil huc accommodari poteſt. Itaq; falſum eſt, quod ait *Weſemb. in §. æque 2. inſ. de action.* tolli altius ædes iure ſeruitutis, cum antea cõceſſa vel præſcripta ſeruitute altius non tollendi, rurſum poteſtas tollendi conceditur. Et falſum quod iſto caſu pro hoc & vt liceat altius tollere competat actio confeſſoria, qua intẽdatur, id cõpetere iure ſeruitutis, de quo plenius agemus ad *d. §. æque de act.* Quidam hic fingunt caſus ſingulares, quib. vtile ſit vicino vt ædes altius vicinus tollat: veluti ſi illius interſit ædes habere opacas, & vmbroſas, vt notat ex Fulgoſ. *Goth. ad l. 2. de ſeru. vrb præd. in dict. §. æque*: Sed improbat, per illum ipſum §. vbi ponitur hæc formula agendi, Ius eſſe ædes *SVAS* altius tollendi: Ceteroqui intendẽdum eſſet, ius hoc ſibi competere, vt vicinus altius ædes tollat, & vt hoc iure impoſitæ ſeruitutis facere cogatur: quod amplius confutatur tum ex *l. 2. de ſeru. ruſt. præd.* ibi *LICERE altius tollere*: tum quod diximus, excepta vna ſeruitute oneris ferendi, eum qui ſeruitutem debet, nihil cogi facere, ſed non facere, aut pati. Ineptior explicatio eſt, quam poſt Dynum magis probat *Iaſ. in §. æque inſr. de action. num.* 43. de ſpeciali iure, cum vicinus tenetur ferre onera mea, ita tamen vt ego cogar reficere illius ædes; quod putidum eſt commentum: & turpis ita ſolœciſmus, vt *ædes ſuas* explicemus *ædes eius* ſcil. vicini. Simpliciter quis dixerit Iuriſconſultos aliquando minus accurate & in deſignandis iiſdem ſeruitutibus, affirmatiue & negatiue locutos eſſe. Et nimirum ſeruitutes conſiderantur, aut ratione dominantis prædij, aut ratione ſeruientis. Illo reſpectu ſeruitus eſt ius, hoc reſpectu eſt priuatio. Dum dico ſeruitutem altius non tollendi, deſigno ius quod alius in meis ædibus habet: dum altius tollendi, deſignatur priuatio iuris illius. Et ego tamen iſtud ita quoque explicare ſolitus ſum: Altius tollere & officere luminibus vicini ædificando vel alias cuiq; licet; ſed licet rurſus vicino eodem iure libertatis contra ędificare, & ita quod ego molior, quodammodo inutile reddere, vbi autẽ hoc conſecutus ſum, vt vicinus contra nihil moliri poſſit, & ne ipſi liceat altius ædes tollere, tum demum ita impoſita ſeruitute vicino, videor pleno iure & effectu ius altius tollendi eſſe cõſecutus. Et ita altius tollere improprie referetur inter ſeruitutes, quatenus ad vicinũ fit relatio, qui propter ſeruitutem conſtitutam contra altius tollere non poteſt, qua ſeruitute conſtituta in ædibus vicini, ego demũ plene & perfecte ius altius tollendi videor conſecutus. Atque ita de iure altius tollendi & non tollendi. Videndum eſt, an & quænam
ſeruitus ſit, † vt quis *NON* recipiat flumen, vel 6
ſtillicidium in aream ſuam: vt hic refert Iuſtinian. Nam ad iſtam, ſiquidem prædicta accõmodari non poſſe videntur. Weſemb. & Cuiac. id ita explicant, ſicut illud prius de iure altius tollendi, vbi videl. iam ante ceſſeram vicino ius ſtillicidij immittendi vel deriuandi in ædes mea, à quo iure & ſeruitute liberatus ſim, iam cenſent illi, non recipere me flumen vel ſtillicidium iure ſeruitutis; quomodo iure ſeruitutis in eiuſmodi terminis ædes altius tolli ſcribit Cuiac. hoc loco: Sed iſtã ſententiã perſpicue falſam & abſurdam eſſe paulo ante demonſtrauimus. Pacius hic in notis fingit caſum, quo ego non poſſim, vt maxime velim, ſtillicidium in me[illegible] ædes recipere, ſed cogar illud permittere [illegible] in ciſternam vicini, cui expediat habere pluuiam aquam, ſed mihi probabile non ſit, ad hunc caſum ſingularem reſpexiſſe Iuſtinian. & iure noſtro paſſim pro onere habetur nõ pro commodo, vt quis recipiat ſtillicidium vicini; tum etiam obſtat, quod ita qui ſeruitutem debet, tenebitur ali-

quid facere, quo aqua in vicini aream deriuetur; quod eſt præter naturam ſeruitutum. Accurſius ad hunc locum in princ. annotat, Non recipere, eſſe non ſeruitutis, & duo libertatis. Nimirum libertas & ſeruitus relata ſunt, & vnius cognitio ducit ad cognitionem alterius: itaque citra abſurditatem, vbi de ſeruitutibus agitur, iura ſimul libertatis coniunguntur, ſed de his plus ſatis: & forte poteſt videri ſuperſtitioſum, tam accurate ſingula velle explicare.

Vbi vicinus onera, &c.] Proponuntur vt diuerſæ ſeruitutes, vt vicinus onera ſuſtineat, & vt liceat vicino tignum immittere. Et fere ſeruitutes quæ vt diuerſæ referuntur, differunt ſecundum plus & minus. Tignum plerumq; ita immittitur, vt vicinus paries eum ferre cogatur: ſed poteſt etiam ita immitti tignum in vicini prædium, vt non requieſcat in pariete, vel vtiq; vt non teneatur vicinus reficere parietem, ſed tantum vt tigna ſuſcipiat: quæ differentia traditur in *l. ſicut* 8. § 1. *ſi ſeruit. vind.* at qui debet ſeruitutem oneris ferendi: is impenſis proprijs parietem reficere tenetur *l. cum* 33. *de ſeru. vrb. præd.* & *l.* & *ſi ſerui.* 6. §. 1. *ſi ſeru. vind.*

Stillicidium vel flumen.] Stillicidium dicitur, quod guttatim labitur ex tecto: Flumen, cum aqua pluuia canalibus collecta, aut alias cum quodam impetu, & copioſe defertur in areã vicini. Hinc in *l. ſeruitutes* 20 §. *Stillic. de ſeru. vrb. præd.* negatur poſſe produci ſtillicidium, ne fiat pro ſtillicidio flumen; ex quo loco explicandum eſt ſtillicidium & flumen, cuius mẽtio *h.* §. & *in l. cum in* 32. *de contr. empt.* Varro 4. *de ling. Lat.* Stillicidia, fluminaque vt ita fluant cadantq;: inter quæ hoc intereſt, quod ſtillicidium ſtillatim cadit, flumen continue fluit. non ſcil. perpetuo; ſed vbi cepit, non per guttas, ſed continenter labitur.

Ne altius quis tollat ædes.] Vitioſe *Donell. commen.* 5. contendit non differre has ſeruitutes, Ne altius tollat quis ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat. Etenim non tantum tollendo ædes, ſed & alia ratione offici luminibus poteſt, etiam poſitione arboris, vt docet *l. ædificia* 12. & *l. inter* 15. *l. ſi arborem* 17. *in pr. de ſeru. vrb. præd.* vbi in §. 2. docet ICtus, aliquando fieri poſſe vt deprimendo ædes quis luminib. vicini officiat. Et *l.* 4. *eod. tit.* qua vtitur Donellus, hoc tantum probat, quod præcipue ſublatis altius ædibus, officiatur luminib. non autem, quod tantum.

TEXTVS.

§. Inter. 2. explicauimus cum pr. tit. ſequitur §. pen.

4. Ideo autem hæ ſeruitutes prædiorum appellantur, quoniã ſine prædijs conſtitui non poſſunt: nemo enim poteſt ſeruitutem adquirere vrbani vel ruſtici prædij, niſi qui habet prædium: nec quiſquam debere, niſi qui prædium habet.

COMMENTARIVS.

1. 3. *Seruitus requirit vtrimq; prædium.*
2. *Debet eſſe vtilis prædio.*

VEl præcipuum iſtud requiſitum † eſt, vt 1 vtrimque ſint prædia; quod docet hic §. nõ poteſt deberi hæc ſeruitus, niſi ei qui prædium habet: nec poteſt eam debere niſi qui prædium habet. Ipſa quidem prædia debere & prædijs debere dicitur ſeruitus: ſed quia commodum & damnum eſt dominorũ, mentionem quoq; eorum, qui prædium habent, facere voluit Iuſtin. & demiror, qui libuerit Pacio, verba poſtrema huius § *nec quiſquam debere niſi qui prædium habet*, quæ etiam agnoſcit Theoph. tamquam ſuſpecta virgulis includere: cum ea etiam ſi deeſſent omnino fuerint ſubintelligenda & præſupponenda. Hic n. agitur de ſeruitutib. quos debẽt prædia, & quidem vel prædio vel perſonæ. Et fieri poteſt, vt ſeruitus realis fiat perſonalis, id eſt, vt prædiũ ſeruiat non prædio, ſed perſonæ: vt explicauimus ad §. *inter h. t.* atquin fieri non poteſt vt deſit prædium ſeruiens, quod etiã dicitur debere ſeruitutem *l. vnus* 34. *de ſeru. ruſt. præd.* Et inepta ratio eſt, quod in *l.* 1. §. 1. *comm. præd.* ea verba

ba non habeantur; quaſi vero, aut conſtet ex eo loco eſſe hoc deſcriptum, aut vt maxime ita ſit, quaſi non licuerit Iuſtinian. hoc addere, quod omnino ad explicandam naturam horum
2 ſeruitutum neceſſarium erat. † Intelligimus autem hinc, ius quod in prædio alius habet, (ſiquidem ſeruitus talis eſſe debet de qua hoc tit. tractatur) directum eſſe debere ad vtilitatem prædij. Idq; docetur diſerte ex *l. pecoris 4. & ll. ſeq. 5. & 6. de ſeru. ruſt. præd.* Et in *d. l. 4.* pecoris paſcendi (ſcil. in alieno) & appellendi ad aquam ſeruitutes, tum demum eſſe ſeruitutes reales, ſi prædij fructus, in quo prædio ſunt pecora, maxime in pecorib. conſiſtat; vt ita tendant iſta iura ad vtilitatem prędij. Et ita in *ll. ſeqq. 5. & 6.* de alijs iuribus reſpondetur ea non poſſe conſtitui ei (ſcil. vt ſint reales ſeruitutes) niſi qui vicinum prædium habent; & mox; non poſſe iſta iura, v. c. calcis coquendę, arenę fodiendę, vltra conſtitui, quam ad fundum & prædium opus ſit; Ceteroquin (quod ſubintelligendum eſt) erunt ſeruitutes non reales, ſed perſonales. Et hoc eſt quod alibi ſcribitur, oportere vt ſeruitus ſit vtilis prędio dominanti *l. quoties 15. in pr. de ſeruitut.* Cui non obſtat *l. pen. eod. tit.* Loquitur enim de aquęductu, qui vtiq; natura ſua vtilis eſt prædio, licet forte hoc tempore non ſit futurus vtilis. Atquin in *l. 15.* agitur de iure, quod natura ſua nullam vtilitatem affert prædio, vt exempla ibi propoſita oſtendunt. Tum etiam poteſt promitti, & quaſi ſub conditione conſtitui ſeruitus, quæ tum actu imponatur, vbi hoc vtilitas prædij expoſcit, quomodo in ſimili ſeruitus conſtitui poteſt, vt aqua quæratur & inuenta ducatur *l. Labeo 10. de ſeru. ruſtic. præd.* cui rurſus non obſtat *l. vlt. ſi ſeru. vind.* quæ loquitur de itinere; per quod aqua ducatur, quod aqua nondum inuenta non recte conſtituitur & deſignatur; quoniam per quam partem fundi aqua ducenda ſit, needum inuenta aqua, conſtare non poteſt; de qua tractant *Hottom. 8. obſ. 11. Gouean. 1. var. 15. & 18.* Vtilitas autem prædij æſtimatur ex eo quod prædium ſit vtilius & pretioſius; itaque ſub vtilitate comprehenditur etiam quod pertinet ad prædij amœnitatem, quam multi magni faciunt; idq; eſt quod ait ICtus in *l. 3. in pr. de aq. quot. & æſt.* quod aqua etiam amœnitatis cauſa duci poteſt. Et hinc eſt, quod reſpondet ICtus in *l. vt pomum 8. de ſeru.* non poſſe imponi ſeruitutem, vt pomum decerpere; cœnare aut ſpaciari in alieno liceat; quoniam iſta ad vtilitatem prædij non pertinent, & nimis craſſe Baro eum locum ita explicat, quaſi ſenſus ſit, non poſſe me alicui in alieno prædio tale ius conſtituere, de quo nec anus dubitaret; quin nec perſonalem ſeruitutem ita conſtitui putant, *gl. Br. & Caſtr. in d. l. 8.* quamuis contraria ſententia *Cyni in rubr. C. de vſufr.* verior videatur, cuius hic effectus erit, vt cui tale conſtitutum eſt ius actione in rem, contra quemcunque turbantem vti poſſit. Porro ei quod hoc §. dicitur, oportere vt vtrimq; ſint prædia obiici ſolent *d. l. Labeo 10. de ſeruit. ruſtic. præd. & l. ſi ſeruitus 23. §. 1. de ſeru. vrb. præd.* vbi dicitur, quod needum ædificato, ſed futuro ædificio ſeruitus adquiri & imponi poſſit, vt ita fungatur locum prędij, ſiue ſeruientis ſiue dominantis. Sed reſponſio facilis eſt, vel quod ibi tantum intelligitur ſeruitus promiſſa non actu conſtituta: quomodo verbum *imponi* in dd. textibus accipiendum eſt; vel potius quod ſeruitus ibi intelligatur conſtituta & ſuſpenſa ſub conditione tacita, vbi fuerit extructum ædificium; quemadmodum fideiuſſio, quæ alienæ obligationis acceſſio eſt *§ fideiuſſores infra de fideiuſſ.* dicitur præcedere quoque poſſe obligationem *§. 3. d. t.* hoc ſenſu, vt interim ſit in ſuſpenſo, dum obligatio principalis contrahatur. *l. non quemadm. 35. de iudic. iunct. l. fideiuſſor. 57. de fideiuſſ.* Et ita ſtipulari poſſum viam ad fundum, qui needũ eſt meus *l. exiſtimo 98. de verb. obligat.*

TEXTVS.

5. Si quis velit vicino ius aliquid conſtituere, pactionibus atq; ſtipulationib. id debet efficere. Poteſt etiam teſtamento quis heredem ſuum damnare ne altius tollat ædes ſuas, ne luminib.

ædium vicini officiat: vel vt patiatur eum immittere tignum in parietem ſuum, ſtillicidiumue aduerſus eum habere: vel vt patiatur eum per fundum ire agere: aquamue ex eo ducere.

COMMENTARIVS.

1 *Cauſa efficiens ſeruitutum.*
2 *An ſeruitutes conſtituantur conuentione.*
3 *De vicinitate prædij.*

ADnotant Pacius & Mynſ. hic tradi materiam ex qua ſeruitutes reales conſtituan-
1 tur. Quod perſpicue falſum eſt; † qui n. pactiones poſſint eſſe materia: ſed cauſa efficiēs hoc §. proponitur: conuentio & diſpoſitio vltima per legatū damnationis. Quæ ſolet perhiberi cauſa remota, ex qua naſcitur actio perſonalis ex ſtipulatione, aut teſtamēto, ad hoc, vt actu conſtituatur ſeruitus per quaſi traditionem patientiam ſcilic. vicini, & alterius vſum: quo facto iam competat actio realis & vindicatio ſeruitutis, ſecundum quod fatendum erit paulo improprie hic locutum Iuſtinian. dum conuentionibus conſtitui ait ſeruitutem; aliud enim eſt permitti, aliud conſtitui & imponi ſeruitutem. Sed iſtud non tranſit abſq; ſcrupulo, quem nectit *l. ſeruitutes 4. de ſeruitutib.* Ait ICtus ſeruitutes ipſo iure neq; ex tempore neq; ſub cōditione conſtitui poſſe. Si intelligas, promiſſionem ibi & pactionem tantum interueniſſe & ex hac pactione tantū adquiri ſolam actionem perſonalem, vt promiſſa præſtentur, & ſeruitus imponatur, abſurdum ſane ſit ita non poſſe promitti ſeruitutem. Quod ſi per cōſtitutionem ibi intelligis traditionem & actualem impoſitionem ſeruitutis, videatur inepta dubitatio an poſſit fieri hoc ex tempore vel ad tempus, quin eſſet contradictio, imponi ſeruitutem actualiter & tamen differri ſub conditione; quia conſtitutio hæc ſeruitutis, conſiſtit in patientia vicini & alterius vſu. Itaque ego pene eo delabor vt exiſtimem ſpecialem eſſe rationem ſeruitutum realium. In perſonali, verbi cauſa, vſufructu, ſane promiſſio differt ab ipſa conſtitutione, & etiam promiſſo vſufructu, opus eſt actione perſonali vt præſtetur per deductionem in fundum *l. 3. in princip. de vſufruct.* quod propria autoritate alter ſibi ſumere non debet nec poteſt. Atquin nulla talis ſeruitutum traditio eſt, nec quidquam tradi poteſt, veluti ſi promiſero tibi licere ire agere per fundum meum: & magis ſi promiſero me non ſublaturum altius ædes, non offecturum luminibus tuis; item vt proiectum habeas, vt ſtillicidium in aream meam immittas; nihil hic poſſidet, qui promittit, quod tradere poſſit. Et proinde arbitror per ipſam ſolam promiſſionem cenſeri conſtitutam ſeruitutem; & ſi contra placita faciat promiſſor, nulla opus eſſe actione perſonali, ſed recta competere vindicationem; idque apparet ex *d. l. 4.* vbi Iuriſconſultus ait, ex æquitate competere exceptionem, ſi alter contra placita, (adiecto videlicet die vel conditione) VINDICET ſeruitutem; vt ſcil. oſtendat, protinus promiſſa ſeruitute ius mihi eſſe ea vti, & ſtatim locum eſſe actioni in rem. Recte itaq; ait hic Iuſtin. pactionibus † & ſtipulationib. 2
conſtitui ſeruitutem. Neque obſtat quod in *l. exiſtimo 98. in pr. de V. O.* dicitur, poſſe promitti ſeruitutem ei qui necdum prædium habet; (vbi vtiq; ſtatim exiſtere ſeruitus non poteſt) & tacitam conditionem ſubintelligi neceſſe eſt, ſicut & in *l. 10. de ſeru. ruſt. præd.* & in *l. 23. de ſeru. vrb. præd.* Etenim ſatis eſt ipſa exiſtentia conditionis quaſi in actum deduci ſeruitutem; quibus terminis alias demum naſcitur actio perſonalis; tum etiam licet ipſo iure non valeat talis conſtitutio ſub conditione, tamen per opem exceptionis habet effectum; & frequens eſt vt expreſſa nocent, quæ non nocent non expreſſa. *l. actus 77. de Regulis iuris.* Porro de actione in rem quæ competit pro ſeruitute ſimul & pro libertate prædij, dicemus plura cum Iuſtiniano in *§. æque 2. inf. de actionibus.* Ait Iuſtinianus:

Si

Digitized by Google

3. *Si quis velit VICINO.*] Vicini prædii † perpetuo in hac tractatione mentio eſt. Et id nimirum eſt vnum ex requiſitis in conſtitutione ſeruitutum realium, vt vicinū ſit prædium. Vicinitas autem æſtimatur diuerſimode, & omnino ex vſu: & tum inter ipſas ſeruitutes, tum inter loca diſtinguendum eſt, quæ intercedunt inter duo prædia, quæ debent ſeruitutem & quibus ſeruitus debetur. Et 1. aut quæritur de ſeruitute interim ſuſpenſa quaſi ſub conditione, aut ſtatim actu exercenda: Illam non impedit prædium intermedium, quod docet *l. in tradendis* 7. §. 1. *comm. præd.* Si iter debeatur, vt ita conualeſcat, ſi mediis prædiis ſeruitus poſtea impoſita fuerit. Circa hanc rurſus diſtinguendum eſt, quod aut quæritur de ſeruitute tigni immittendi, oneris ferendi, &c. & omnino neceſſum eſt prædia etiam contigua eſſe, aut quæritur de aliis ſeruitutibus, quæ talem contiguitatem non requirunt & ſubdiſtinguitur amplius: quod aut prædium intermedium etiam ſeruit, & poteſt imponi ſeruitus remotiori etiam prædio; veluti, vt quis per plurium prædia ius eundi vel agendi ad ſuum prædium habeat *d. l. 7. §. 1.* aut prædium vel ſolum intermedium eſt liberum: & hic porro vel ſolum & prædium iſtud eſt publicum aut priuatum. Solum publicum non impedit ſeruitutem v. c. itineris actus, viæ, quia hactenus vſus iſtius ſoli omnibus communis eſt, vt per illud ire agere liceat *l. 1. de ſeruit. vrb. præd.* idemque eſt ſi intercidat flumen publicum *l. ſi prius* 17. §. *via* 2. *de aqua pluu. arc.* Sed impedit ſeruitutem aquæductus, quia ad hoc ſolo publico vti non licet *l. ſeruitutes* 24. §. *publico* 2. *de ſeruit.* Priuatum prædium item impedit conſtitui ſeruitutem, *l. 7. in fi. de ſeru. ruſt. præd.* niſi quæ talis ſit vt etiam v. c. à remotioribus ædibus deberi poſſit, v. c. proſpiciendi & aliquando altius non tollendi, ſi intermediæ ædes depreſſæ ſint; ita tamen vt ſeruitus non habeat perpetuam vtilitatem, quippe quæ efficiatur inutilis, ſi intermediarū & liberarum ædium dominus eas extollat; quæ ſententia eſt *l. ſi quis* 6. *in pr. comm. præd.* vt docet *l. 4. §. vlt. cum ll. ſeq.* 5. & 6. *in pr. ſi ſeru. vindic.* Ex quibus patet plane errare *Vulteium* 1. *Iu. iupr.* 63. vbi diſtinguit inter ſeruitutes ruſticas & vrbanas, & in his vicinitatem requiri negat. Habemus iam requiſita ſeruitutis realis: vt ſit ſeruitus vtilis prædio, vt ſit vicinum prædium, & vt vtrumq; ſint prædia; ex quibus talem conſtituo definitionem ſeruitus eſt Ius (ita dicitur ratione dominantis) domino prædii propter prædium, in vicino prædio conſtitutum. Dum enim dico *propter prædium*, intelligo, debere ad vtilitatem prædii ſeruitutem conſtitutam eſſe. Ait Iuſtinianus pactionibus & ſtipulationibus conſtitui ſeruitutes. Quod vel accipitur coniunctim, ſi pactis ſubiecta ſit ſtipulatio; vel diſiunctim, vt non intelligatur pactio nuda, ſed ex qua alias dominium tranſire ſolet, veluti emptio, permutatio, donatio *l. 3. §. 2. de act. empt.* vbi dicitur vacuæ poſſeſſionis traditionem nullam eſſe, ſed cauendum eſſe emptori, non futurum per venditorem quo minus vtatur illo iure: & eleganter ICtus in *l. vlt. de ſeru.* quaſi limitando *d. l. 3.* ait vſum eius iuris pro traditione poſſeſſionis eſſe; vt exiſtimare videatur, non eſſe neceſſariam cautionem; quæ etiam ſententia eſt *l. 1. §. vlt. de ſeru. ruſt. præd.*

Poteſt quis heredem ſuum damnare] Præcipui modi legandi ſunt per damnationem & vindicationem, de quibus *infra tit.* 20. Neq; vero quod hic damnationis tantum facit mentionem Iuſtinianus, exiſtimandum eſt, non poſſe etiam ſeruitutes legari per vindicationem, ſed ideo; quia modus hic omnibus ſeruitutibus eſt communis, etiam iis quæ in non faciendo poſitæ ſunt; veluti ne hæres altius tollat, ne luminibus officiat; quæ ſane per vindicationem non videntur poſſe legari: ceteroquin recte ita legabit teſtator, Lego vel concedo tibi ius eundi agendi per fundum, &c. & hoc quoque addendum eſt ad *l. poteſt* 16. *comm. præd.* Cum hic §. agat de conſtitutione ſeruitutum Iuſtinianus, quæri poſſit, an non etiam vſucapione aut præſcriptione adquirantur ſeruitutes, ſed de hac quæſtione commodius agetur infra tit. 6.

ſis, non tamen plane eius eſt. Hæc dicere libuit cõtra delicatulos illos, qui huiuſmodi diſtinctionibus Dd. ſuperſtitioſe offenduntur, ex quorum numero ſunt *Duar. in d. l. 126. §. 1. de verb. oblig. Connan. 4. comm. 3. n. 6. Coraſ. 5. miſc. 3.*

Vſusfructus eſt ius vtendi.] Inſubtiles ſunt, qui pro genere iſto, ſubſtituunt, *ſeruitutem* retenta differentia, *vtendi fruendi.* Inepte enim dicimus, ſeruitutem vtendi fruendi. Seruitus enim eſt in fundo ſeruiente; ſed ius habet perſona vtendi fruendi. Et ſolent ſeruitutes definiri iura, reſpectu eius qui eas adquiſiuit. Et relati natura ex correlato intelligitur: Ceteroquin ſubintelligi oportet, ius hoc ex conſtituta ſeruitute competere; alias hæc definitio non erit conuertibilis cum definito; nam & tale ius habet colonus & alii; ſed ICti de definitionibus non valde fuerunt ſolliciti.

Rebus alienis.] Nam vt diximus, hic agitur tantum de vſufructu nudo ſiue formali.

Salua ſubſtantia.] Oſtendunt hæc verba hic definiri tantum verum vſumfructum, non eum qui QVASI dicitur; de quo *in §. 2.* in cuius initio ipſe Iuſtin. ſcribit, illarum rerum, quæ vſu conſumuntur, non eſſe vſumfructũ. Et hinc cauere tenetur fructuarius, ſe vſurum boni viri arbitratu, & finito vſufructu, rem reſtituturum *l. 1. & tot. t. vſufr. quemadm. cau. l. ſi cuius 13. h. t.* Tum etiam & hæc verba eo referri poſſunt, quod fructuarius non habeat poteſtatem mutandi qualitatem rei, cuius vſumfructum habet, ſed ita vti iſta, vti teneatur. *l. vſufructus 7. § vlt. in fin. l. vſufruct. 44. h. t.* De cautione infra aliquid dicemus in 2. §. 2. addo non videri veram rationem, cur teſtator eam non poſſit remittere, eo quod inuitetur ita ad delinquendum, fructuarius; ſiquidem contra eum re abutentem, eſt actio ex L. Aquil. *d. l. 13. §. 2. h. t.* Porcius hic reſpondet actionem Aquil. competere demum finito vſufructu, ſed ex ſtipulatu ſtatim agi *l. 1. §. vtilius 5. vſufr. quemad. cau.* ſed illud falſum puto, nec video quid impedire poſſit, quo minus dominus ſtatim agere poſſit. An fortaſſis in actione ex ſtipulatu ſimul hoc venit, vt diſpiciatur de priuando fructuario? Rectius dicitur, non tantum peccare fructuarium corrumpendo rem & committendo, ſed etiam negligendo & omittendo culturam neceſſariam, quo caſu recte agitur ex ſtipulatione illa, ceſſante L. Aquil. actione *d. l. 13. §. denique.*

Eſt ius in corpore.] Rerum incorporalium non eſt vſusfructus: † Verus ſcil. de quo hic 5
tractatur: Ceteroquin etiam iurium quidam vſus cum haud dubie ſit, etiam alteri concedi poterit. Ita hodie iuriſdictionis quæ patrimonialis appellari ſolet, fructus in mulctis & pœnis conſiſtere intelligitur; qui quo minus alteri poſſit conſtitui nihil prohibet. Ita dominus directus qui alteri fundum in emphyteuſin conceſſit, retinet ius percipiendi laudemii & exercendi caducitatem; quod ius locatione aut alio modo alteri concedi poſſe non dubitatur. An etiam poterit quis alteri conſtituere vſum ſeruitutis quam habet? Equidem ICtus *in l. 1. de vſufr. legato*, id negare videtur, ſeruitutem ſeruitutis eſſe poſſe. Sed videtur iſta eſſe ſubtilitas quædam. Nam ſeruitutis iam conſtitutæ & mihi adquiſitæ vſum precario concedere poſſum *l. quæſitum 8. §. ſi ſeruit. 5. de precar.* potero igitur concedere & commodato ad certum tempus; quid ni igitur & ad dies vitæ; ſed & vſus & vſusfructus ad certum tempus conſtitui poſſunt. Et quid igitur intererit, an commodato conceſſerim, vel precario vtendam ſeruitutem, an vſum eius conceſſerim, quod tamen negat recte fieri ICtus *in d. l. 1. de vſu & vſufr. leg.* Et eſſe eam nudam ſubtilitatẽ ille ipſe locus oſtendit, qui in effectu legatum tale vel conſtitutionẽ huiuſmodi vſus admittit beneficio cautionis, ne vltra vitã legatarii porrigatur; ex quo apparet ICtũ tractare caſum nõ quo ſeruitutis mihi quæſitæ vſum cõcedo alteri, de quo *in d. l. 8. §. 5. de precar.* ſed quo vſumfructum vel vſum v. c. eundi agendi ab initio per meum fundum conſtituo: vbi ratio vera dubitãdi eſt, quod ſeruitutes iſtę ſunt perpetuę, & comitantur prędiũ, & non finiuntur cum

cum perſona; quæ in vſu & vſuſructu ſecus ſe habent. Itaque in fi. l. hoc adiicitur, quod tantum ius ſit agendi cum hærede, vt quamdiu viuit legatarius, patiatur eum ire agere, aut vt ſeruitus conſtituatur ſub cautione reſtituendi eam (id eſt, vt eum non amplius agat eat) ſi modus talis aut tale quid interueniat, ex quo alias vſusfructus perire ſolet. Ex quo apparet vt dixi, ibi legaſſe teſtatorem non vſum ſeruitutis ſibi quæſitæ in alieno fundo, ſed vſum ſeruitutis per fundum ſuum denuo alteri conſtituiſſe. Ex quo præter ſententiam Interpp. explico quod ait ICtus ibid. id neq; ex bonis nec extra bona eſſe. Ex quo omnes colligunt, ſeruitutes nec in bonis nec extra bona eſſe. Sed male vt opinor. Etenim ſeruitutes quas nobis quæſiuimus, quæ iura ſunt, & quas iure vindicamus, omnino in bonis noſtris eſſe dicendę ſunt, aut eadem ratione nulla incorporalia in bonis eſſe dixerim. Sed in *d. l. 1.* non agit ICtus de ſeruitute quæſita, ſed de nouo conſtituenda. Nimirum SCto de quo mox dicemus, permiſſum erat, vt omnium in bonis noſtris, quæ eſſent, poſſet per legatum conſtitui vſusfructus. Legauit quis vſum itineris per fundum ſuum, id eſt, vt liceat alicui ad tempus vitæ ire per fundum ſuum; ſane non poteſt dici legaſſe vſum alicuius rei quæ in bonis ipſius ſit, cum ius iſtud nudum ſit, ſed demum per patientiam heredis & vſum alterius deducatur in eſſe: itaque iſtud ius plane adhuc nihil eſt, quod obiter data occaſione ad iſtam *l. 1. de vſu & vſufr. leg.* annotare placuit.

Quo ſublato.] Pertinet ad modos finiendi vſumfructum, *de quo in §. 3.*

TEXTVS.

2. Vſusfructus à proprietate ſeparationem recipit, idque pluribus modis accidit: vt ecce, ſi quis vſumfructum alicui legauerit: nam hæres nudam proprietatem habet, legatarius vero vſumfructum. Et contra ſi fundum legauerit deducto vſufructu, legatarius nudam proprietatem habet, hæres vero vſumfructum. Item alii vſumfructum, alii deducto eo fundum poteſt legare. Sine teſtamento vero ſi quis velit alii vſumfructum conſtituere, ſtipulationibus & pactionibus id efficere debet.

COMMENTARIVS.

CVm vſusfructus ſit ius alienis rebus vtendi fruendi, oportet eum ſeparatum eſſe à proprietate; quod quomodo fiat, vt vſusfructus ſeparetur, & ſimul cauſam efficientem vſusfructus conſtitutionis oſtendit hoc loco Iuſtinianus, quomodo id tradidit de ſeruitutibus realibus in §. vlt. tit. præced. Et eaſdem hic cauſas refert, diſpoſitionem teſtatoris, & conuentionem. Tres modos legandi, quibus ſeparetur vſusfructus à proprietate, ſatis perſpicue exponit Iuſtinianus, & facit mentionem teſtamenti tamquam modi principalis, & quia tractat de legato, quod olim non niſi teſtamento relinqui poterat; ceteroquin & codicillis hodie vtique poterit relinqui vſusfructus. Recte autem ait, *Fundum detracto vſufructu,* vt intelligatur relictam nuda proprietas fundi alteri relicta, quoniam fundi appellatio continet plenam proprietatem, itaque ſi teſtator alteri ſimpliciter fundum, alteri vſumfructum legauerit, vterque in vſufructu concurret *l. ſi Titio 10. l. ſi alii 19. de vſu & vſufr. leg. l. ſi tibi 6. de vſufr. ear. rer. &c.* Procul dubio autem & recte legabit teſtator, ſi alteri vſumfructum, alteri proprietatem nudam legauerit. Meminit hic vſusfructus legati ſimpliciter: vt tanto minus dubitandum ſit, quin & per damnationem & per vindicationem legari poſſit. Legati per damnationem mentio eſt *in l. 3. in pr. de vſufr. iunct. d. l. 19. de vſufr. leg.* ſed & quid ni ita legari poſſit, vſumfructum do lego; quo caſu poteſtate iuris protinus conſtitutus cenſebitur vſusfructus, & ſtatim erit actio confeſſoria in rem. *arg. l. vn. in fi. quand. dies vſufr. leg. ced.* quomodo

Digitized by Google

modo & legatus vſusfructus dicitur vindicari *in l. ſi Titio 10 de vſuf. leg.* & hoc ſenſu ipſo iure adquiſitus *in l. ſi quis 29. eod. tit.* Docet diſerte *Paulus 3. ſent. 6.* vſusfructus, inquit, aut ipſo iure conſtituetur, aut per heredem præſtabitur. Ex cauſa quidem damnationis per heredem præſtabitur, ipſo iure autem per vindicationem. Hoc caſu igitur recta erit actio in rem, ſicut omnibus caſibus, quibus per vindicationem quid relictum eſt, at vbi vſusfructus legatus eſt per damnationem, tantum competet actio perſonalis ex teſtamento *l. 1. §. 2 ſi vſusfr. pet.* vt heres inducat legatarium in fundum vtendi cauſa *l. 3. in pr. h. t.* Idemq; iuris erit, vt tantum actioni perſonali ſit locus, vbi per conuentionem conſtitutus eſt vſusfruct⁹ iuxta hunc §. *in fi.* Etenim vt notauimus ad §. *vlt. tit. prec.* alia ratio vſusfructus hic eſt, alia ſeruitutum realium: In his nihil eſt quod tradi poſſit: itaque vbi etiam per damnationem talis ſeruitus legata aut in conuentionem deducta eſt, recta actio in rem competit, per ibi tradita. Adeo Iuſtin. hoc loco, dum agit de pactionib⁹ & ſtipulationibus, paulum videtur abuti verbo, *conſtituit*: promiſſus enim vſusfructus, necdum conſtitutus proprie videri poteſt, pro quo conſtituendo eſt actio perſonalis. Pactionem autem qua vſusfructus conſtitui dicitur, oportet eſſe, vt Dd. loquuntur, veſtitam aut vtiq; pactionem legitimam: alias ex eo actio competere non poteſt: ceteroqui ſi quis etiam iuxta nudum pactum tradiderit vſumfructum, vtiq; erit actio in rem, quoniam traditio recte fit & ſolutio ex nuda etiam conuentione.

TEXTVS.

3. Ne tamen in vniuerſum inutiles eſſent proprietates, ſemper abſcedente vſufructu, placuit certis modis extingui vſumfructum, & ad proprietatem reuerti.

COMMENTARIVS.

Hottoman. ad §. *Inter tit. preced.* inuehitur quaſi in temulentum ſcriptorem Triboniani, qui cum §. auulſerit à pr. eius tit. Qualis illa ſit reprehenſio, & quod non ita accurate methodi LL. obſeruauerit Tribonianus, vel hinc patet, quod & in pr. h. t. adſperſum eſt, de finiendo vſufructu per interitum ſubiecti, & quod hic rurſus intempeſtiue ſane inſeritur de eadem re, quod omnino pertinet ad §. 3. Annotant tamen quidam hoc quaſi per occupationem adiectum, & ideo monitum, ne quis putaret ita ſeparatione facta, inutilem fore proprietatem; cum dominia rerum adeo habeamus, vt inde vtilitatem aliquam conſequamur.

TEXTVS.

4. Conſtituitur autem vſufructus non tantum in fundo & ædibus: verum etiam in ſeruis & iumentis & ceteris rebus, exceptis iis quæ ipſo vſu conſumuntur. Nam res hæ neque naturali ratione neque ciuili recipiunt vſumfructum: quo in numero ſunt, vinum, oleum, frumentum, veſtimenta: quibus proxima eſt pecunia numerata: namque ipſo vſu aſſidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed vtilitatis cauſa Senatus cenſuit, poſſe etiam vſumfructum earum rerum conſtitui, vt tamen eo nomine heredi vtiliter caueatur. Itaque ſi pecuniæ vſusfructus legatus ſit, ita datur legatario, vt eius fiat, & legatarius ſatisdet heredi de tanta pecunia reſtituenda ſi moriatur aut capite minuatur. Ceteræ quoque res ita traduntur legatario vt fiant eius, ſed æſtimatis his ſatisdatur, vt ſi moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia reſtituatur, quanti hæ fuerint æſtimatæ. Ergo ſenatus nō fecit quidem earum rerum vſumfructum, (nec enim poterat,) ſed per cautionem quaſi vſumfructum conſtituit.

COMMENTARIVS.

1 *Res fungibiles.*
2 *Quaſi vſusfructus an per contractum.*
3 *Cautionis ratio in quaſi vſufructu.*
4 *De remiſſione cautionis.*
5 *Veſtimentorum an quaſi vſusfructus.*

SEruitutes reales ſunt tantum prædiorum: vſus & vſusfructus etiam in rebus mobilibus conſiſtunt: quarum ſcilicet eſt vſus ſalua earum ſubſtantia, à quibus diſtinguuntur hactenus ea, quæ vtendo conſumuntur, res fungibiles, quæ in genere ſuo functionem recipiunt, & pondere, numero & menſura conſiſtere dicuntur; de quibus agemus *infr. de oblig. quæ re contrah. lib. 3.* Harum rerum vſumfructum negat eſſe Iuſtin. & ciuili & naturali ratione. Fructum nimirum ita dicimus percipere ex re aliqua, vt illa res ſeparata ſalua & integra maneat: ita vt vſus penes vnum, proprietas & dominium penes alium eſſe poſſit: & ille re vtatur boni viri arbitratu, & ſe ita vſurū & finito vſu reſtituturū rem caueat; quæ, & eius generis alia in rebus fungibilibus locū non habent, quibus citra conſumptionem & corruptionem ipſarum vti non poſſumus; veluti vino, oleo, frumento, & pecunia numerata, quam hic Iuſtin. vſu & adſidua permutatione quaſi extingui ait; non ita ſicut oleum, vinum & frumentum, (neque enim ipſa nummorum corpora pereunt) ſed quia oportet nobis perire, id eſt, à nobis abſcedere & eius dominium in alium transferri, ſiquidem ad finem deſtinatū ea vti velimus; quem recte & vere hic deſignat Iuſtin. *permutationem* (latius ſumptam, non vt alias permutationem rerum in ſpecie dicimus) prorſus vt *Ariſt. 1. Polit. 6.* nummum inuentum eſſe dicit πρὸς τὸ ἀλλαγὴν. Et propterea hoc adiecit Iuſtin. quaſi extingui nummum, vt eo oſtenderet, quandam conuenientiam nummi & aliarum rerum fungibilium. Et huc referunt, quod dicitur pecuniam ſeruari non poſſe *in l. Iulianus 30. de petit. heredit.* Recte autem ait Iuſtin. pecuniæ numeratæ, ceteroquin argenti & auri (v. c. poculorum) quin & numiſmatum verus poteſt eſſe vſusfructus *l. numiſmatum 28. h. t.* Harum igitur rerum non eſt vſusfructus, ſed eſt tamen quaſi vſusfructus, de quo videamus quid tractet Iuſtin. Et inprimis obſeruandum ſi vſumfructum tamquam genus, diſtinguere velimus in vſumfructum verum & quaſi, iſtud genus futurum ἀσινές, & quod de altera ſpecie tantum reuera, de altera ὁμωνύμως prædicetur, vt apparet ex modo dictis. Ait Iuſtin.

Senatus cenſuit.] Senatum ius facere poſſe diximus ſupra ad §. *SCta. de iur. nat.* Et fuit igitur opus quaſi Lege lata, vt harum rerum quaſi vſusfructus, eſſet. Et ICti forte tenaces ſubtilitatum hoc diſputando introducere noluerunt; & pro vſufructu habitum fuit: cum non videretur ſatis conuenire mutuo, ius vtendi ad tempus vitæ, vt heres repetere ante non poſſet.

Vtilitatis cauſa.] Vt ſcilicet, qui nollet eiuſmodi res perpetuo iure legare alteri, poſſet id ita facere, vt tantundem vel æſtimatio poſtmodum reſtitueretur heredi. Reipſa autem iſtud mutuū eſt, ſi quis vſum habeat v. c. mille florenorum ad aliquod tempus, aut etiam quamdiu viuit. Sed ſcil. morituri non dicuntur dare mutuum, nec qui aliquid legat, dicitur contrahere. Et proinde verior videtur eorum ſententia; qui SCtum tantum ad legatum talem vſumfructum putant pertinere; quod oſtendit tum *totus tit. de vſufr. ear. rer.* tum quod hoc §. quoq; Legatarii tantum & heredis fit mentio. Si quid tamen tale conſtituatur inter viuos, dixerim defendi hoc quaſi vſusfructus iure. Licet enim Senatus ita ſtatuerit propter vltimas voluntates, tamen poſtquam ita ſtatutum, & harum rerum vſusfructus admiſſus eſt; nihil vetat hoc & ad conuentiones perduci. Sed tamen & *Vlp. tit. 24. de Legat. §. Senatus 25.* tantum facit mentionem Legati & ICtus in *l. vſufructu 69. ad L. Falc.* & ita cenſent *Hottom. & VVeſemb. hic.*

Vt tamen eo nomine caueatur.] Mox ait, *æſtimatū bis ſatisdatur.*] Eſt enim ſicut & in vero vſufructu, non ſimplex promiſſio, ſed fideiuſſoria

ria cautio *l.1.& t.1.vſufr.quemad.cau.*)& in fi.§.q Senatus per cautionem quaſi vſumfructum conſtituit. Ratio eſt, quare quaſi vſusfructus per cautionem quodammodo conſtitutus videatur, quod, vt ſtatim ſubiicitur, res quarum vſusfructus quaſi eſt, fiunt vſufructuarii;& earum dominium trãſfertur;adeo cum vſusfructus præſupponat in alio proprietatem, cautio quæ præſtatur hæredi, quaſi proprietatis loco penes ipſum eſt. Ex quo intelligitur, quã parum ſubtiles ſint, qui in quaſi vſufructu dicunt cautionem eſſe de ſubſtantia vſusfruct⁹, cum nihil minus quam proprietas de ſubſtãtia illius eſſe poſſit; niſi forte aliud dixerunt aliud intellexerunt, & ſcil. quod citra cautionis remedium non potuerit introduci & admitti hic vſusfructus;ceteroquin, poteſt fieri vt cautio remittatur & omittatur ab herede, ſaluo nihilominus iure repetendi pecuniam finito vſufructu, aut etiam conſtante vſufructu cautionem per incert actionem petendi *l. hoc SC.5.§.1.de vſufr.ear.rer.* Quamuis ſane ſatiſdatio non videatur præcise neceſſaria ſuiſſe pro inductione huius vſusfruct⁹; ſuppoſito eo quod admiſſum eſt iuxta *d.l.5.§.1.* omiſſa cautione nihilominus pecuniam vel æſtimationem aliarum rerum condici. Et imo cõtra quam vulgo putatur, facilius exiſtimo remitti poſſe hic cautionem, quam in vſufructu vero *l.pen.C.vt in poſſ.leg.* Eius enim conſtitutionis rationem, quod teſtator non poſſit remittere cautionem de vtendo boni viri arbitratu, hanc reddere ſolent Dd. quod inuitaretur hæres ad delinquendum, & abutendum re fructuaria, quæ manet in dominio heredis & ipſi reſtituenda eſt. Atquin res quarum eſt quaſi vſusfructus, dominii iure tranſeunt in fructuarium, qui liberum arbitrium habet iis pro libero vtendi, dummodo poſt tantundem vel

4 æſtimationẽ † reſtituat, & tamen nec hanc remitti poſſe ſatis docet *l.1.C. de vſufructu.* Ab herede ipſo poſſe remitti cautionem etiã de vtendo boni iuri arbitratu, communiter putant Dd. quod ita accipio & limito, vt ſi male vti incipiat fructuarius, poſſit nihilominus peti cautio, ceteroquin eadem militaret hic ratio, ne inuitaretur fructuarius ad delinquẽdum. Quod autem diſponit & tacuit teſtator, omnimodo valere aut non valere debet. Satisdatio autem omnino præſtanda eſt, etiamſi ſimpliciter res fuerit tradita fructuario; & ſi non præſtatur, ipſam rem poteſt heres vindicare *l. etſi 7.in pr. vſufr. quemad.cau.* & fructuarium non facere fructus ſuos, ſi nõ cauerit, notant communiter poſt *gl. Interpp. hic & latius præ ceteris Angel.* Sed quid ſi ob paupertatẽ non poſſit ſatisdare fructuarius? Communius admittunt cum Interpp. ad iuratoriam cautionem, niſi perſona ſit ſuſpecta, & periculum deuaſtationis; quo caſu ſequeſtrari volũt vſumfructum, quod maxime in rebus mobilibus obtinebit; idq; in terminis notat *I.b.Fab.hic.*

Ratio porro ob quã dominium rei hic tranſit in legatarium, perſpicua eſt, quoniã, vt monuimus ſup. ad tit.1. huius libri in §. *ſi quis à non.* nemo habet ius conſumendi rem niſi qui eius eſt dominus. & proinde quoniam vſus harum rerum non eſt citra conſumptionem, vt quis vſum habere poſſit, ante omnia dominum eum eſſe oportet. Illud obiter monendum, quod Iuſtin. ait, ſatisdari ceteris rebus æſtimatis, & de reſtituenda æſtimatione, veluti, vini, frumenti, olei, &c. non eſſe perpetuum nec neceſſarium, ſed poſſe caueri, vt v.c. tot modii, vel tot amphoræ aut pondo reſtituantur, *l.ſi vini 7.de vſufr.ear.rer.* vbi tamen ICtus ait illud eſſe commodius.

Si moriatur, aut capite minuatur.] Hi duo tantum ſunt modi quibus finitur hic quaſi vſusfructus *l.in ſtipulatione 9. de vſufr.ear.* Nam cum fructuarius ſit dominus & reſtituat non eandem ſpeciem, ſed tantundem, ceteri modi, nõ vſus, conſolidatio, interitus rei, hic non habẽt locum. Sed an capitis diminutione minima quoq; hic vſusfructus finietur? vtiq; iure veteri, p hos ipſos text⁹, & ſcribit diſerte *Paul. 3.ſent.6.§.capitis*, & probatur ex *l. in ann.8.de an. legat.l.1.& l.repeti 5. Quib.mod.vſusfr.am.* & quod repeti poteſt in caſum capitis minutionis: quod fieri non poteſt, vbi quis ciuitatem amiſit.

Dubitari poſſit, quod hic mutauit Iuſtinianus, vt tantum media & maxima capitis diminutione pereat vſusfructus *in l. pen. §. vlt. C. h. t.* ad hunc quoque quaſi vſumfructũ pertineat? etenim ſatis perſpicue ibi agit de vero vſufructu, de quo alias etiam in dubio verbum *vſusfructus* accipiẽdum eſt. Ego tamẽ malim idem adfirmare in hoc quaſi vſufructu; cum nõ poſſit dari ratio diuerſitatis; tum moueor per *l. 1. in fin. de vſuf. legat.* vbi ICtus quaſi ex SCto, quod quarumcunq; rerum vſumfructum legari permiſit, defendit legatum vſumfructũ itineris, vt ita conſtituatur ſeruitus, vt legatarius caueat de reſtituendo, ſi deceſſerit legatarius, vel ex magna cauſa capite diminutus fuerit. Vbi (quod miror ab aliis non obſeruari,) non dubito, quin verba illa *ex magna cauſa* ſint à Triboniano adiecta, propter conſtit. *d. l. pen. de vſufr.* Neq; enim dubium eſt quin veteri iure quiuis vſusfructus capitis diminutione quauis fuerit amiſſus. Et tamen ineleganter dixit Tribonianus, *diminutum ex magna cauſa*, pro, *paſſum capitis diminutionem*; nam vt diſtinguamus ex qua cauſa fuerit quis emancipatus aut adrogatus, ineptum nimis foret.

Vnicum ſupereſt hoc §. quod Iuſtin. inter
5 res quarũ eſt † quaſi vſusfructus refert etiam veſtimenta; Id quod ex præmiſſis falſum eſſe conſequitur; quandoquidem veſtes non ſunt res fungibiles, & quæ ipſa vſu conſumantur. Neq; enim ſufficit quod vſu atterantur & deteriores fiant, quoniam non harum rerũ tantũ eſt quaſi vſusfruct⁹, quarũ datione in creditum itur; & quas conſumimus penitus dum iis vtimur, vel reuera & naturaliter, veluti vinum, oleum &c. vel quodammodo, vt pecuniam numeratam, dum eam expendimus; ceteroquin ſi ex hoc quaſi vſumfructum metiamur, quod vſu res fiant deteriores ſaltem omnium pene rerũ mobiliũ quaſi vſusfructus erit. Et enim harum quoq; rerum quæ vtẽdo fiunt deteriores, & pro parte corrumpuntur, eſſe verum vſumfructum, inde apparet: Quod cum cautio de reſtituenda ipſa ſpecie & corpore cuius eſt vſusfructus, nõ niſi in vero vſufructu habeat locum, cauetur tamen de reſtituendo eo quod ſupereſt *l. 1. in pr. & §. vlt. vſufr. quemadm. cau.* ſatis enim eſt dolum malum abeſſe, & quem vſum eſſe re ſecundum eius naturam; idq; ita in terminis traditum eſt de veſtimẽtis *in l. ſi vſusfr. 9. §. pen. d. t.* Adeo ſuper qua re cauetur eam ipſam reſtitutã iri, eius eſt verus vſusfructus. Atqui ſuper veſtibus ita cauetur *d. §. pen.* vbi ſtipulatur heres veſtem reddi, & liberatur fructuari⁹ ſi finito vſufructu, eã ſine dolo malo attritã reddiderit: Ex quo apertiſſimum eſt, dominium veſtium in vſufructuarium nõ transferri, quod in quaſi vſufructu neceſſarium eſt. Et videtur itaq; incuria hic lapſus Tribonianus. Color enim tantum eſt, quod Donellus 10. *comm.* 4. hunc textum explicat de vſufructu rudis lanæ; itemq; quod Accurſius id reſtringit ad caſum, quo veſtium æſtimatarum vſusfructus legatus eſt; quomodo legari poſſe veſtium vſumfructum colligitur ex *l. ſed ſi 15. §. etſi 4. h. t.* quamuis ſane illa verba, *d. §. non ſicut quantitatis vſusfructus legetur*, videantur ab Interprete aliquo inſerta, qui ita voluit iuuare Tribonianũ h. §. ſed vtut ſit, apparet ex illo ipſo loco veſtiũ vſufructu ſimpliciter legato, eſſe verũ vſumfructum, quia ait, fructuarium ita vſurum, ne abutatur: atqui qui quaſi vſumfructum habet, cum dominus ſit, pro libitu re vtitur, & quidem re cuius vſus eſt quaſi in abuſu & cõſumptione. Neq; obſtat, quod *in l. 1. de vſufr. ear. rer.* earum rerum dicitur eſſe quaſi vſusfructus, quæ vſu tolluntur, vel minuuntur; neq; enim ICtus ibi intelligit deteriorationem, ſed cõſumptionem per partes, veluti ſi cui vſusfructus aliquot amphorarũ vini vel modiorum frumenti fuerit legatus. Ex dictis hactenus apparet, in quibus differat verus vſusfructus & quaſi, & in quibus conueniant. In his Mynſing. poſt Bald. refert, quod etiam fructuarius pecuniæ vel vini nõ præſtet caſum fortuitum, ſed ea pereant heredi. Quod apud me dubiũ habet; cum dominium hic tranſeat, & domino res pereat, & de iis rebus agatur, quarum datione in creditum itur, & mutuum contrahitur, & cum non ad idem ſed ad tantundem vel ad æſtimationẽ fructuarius ſit obligatus.

TEXTVS

Digitized by Google

TEXTVS.

5. Finitur autem vſusfructus morte vſufructuarij, & duabus capitis diminutionibus, maxima & media, & non vtendo per modum & tempus: quæ omnia noſtra ſtatuit cõſtitutio. Item finitur vſusfructus, ſi domino proprietatis ab vſufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex contrario, ſi vſufructuarius proprietatem rei adquiſierit, quæ res conſolidatio appellatur. Et amplius conſtat, ſi ædes incendio cõſumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio ſuo corruerint, extingui vſumfructum, & ne areæ quidem vſumfructum deberi. Cum autem finitus fuerit totus vſusfructus, reuertitur ſcilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit habere plenam in re poteſtatem.

COMMENTARIVS.

1 *Modi finiendi vſusfructus.*
2 *De l.14.C.de vſufructu.*
3 *Cur minima cap. diminutione pereat vſusfructus.*
4 *Vſusfructus an amittatur non vtendo per modum.*
5 *Quomodo non vtendo per tempus.*
6 *An finiatur ceſſione.*
7 *Modus finiendi per interitum rei.*

DOminia rerum habemus, vt inde fructum capiamus; itaque cum in vſufructu ſit omne emolumẽtum *l. Maums 66. §. pen. de legat. 2.* inutile eſſet dominium & proprietas, ſi perpetuo nuda maneret. Et ideo *ſupr. h.t.§.1 in f.* ait Iuſtin. ne inutilis eſſet omnino
1 proprietas, placuiſſe, vt certis modis finiretur vſusfructus, & ad proprietatem rediret. Et hinc eſt, quod licet repeti poſſit vſusfructus, in caſum, quo aliquo modo finitur, tamen non poteſt repeti, in caſum mortis fructuarij *l. repeti 5. quib. mod. vſuf. amitt.* Recte itaque hic tractatur, de modis quibus vſusfructus finitur. Sex proponuntur modi, 1. Mors fructuarij, 2. eiuſdem capitis diminutio, 3. Negligentia & non vſus, 4. Ceſſio, 5. Conſolidatio cuius tamen ſiue ſpecies; ſiue cauſa quoque eſt, ceſſio: & 6. Interitus Rei; & quinque poſteriores, (de primo enim res magis liquida fuit) coniunctim proponit *Paulus 3. ſent. 6. §. vſusfructus.* Amittitur, inquit, quinque modis, Capitis minutione, Rei mutatione (hoc latius patet quam rei interitus & rectius dicitur, vt mox oſtendemus,) Non vtendo, in iure ceſſione, dominij comparatione, quæ nimirum eſt conſolidatio. Videamus de ſingulis cum Iuſtin. Ait.

Finitur morte fructuarii.] Ita quidem, vt in hunc caſum nec repeti poſſit; vt paulo ante diximus ex *l. 5. quib. mod. vſuſr. am.* Et longe falluntur, ſi quis putet vſumfructum tranſire in heredem fructuarij in ſpecie l. antiquitas 14. *C. h. t.* † ſignificatur enim ibi heres teſtatoris, & tamen ita falluntur *Myns. & Iohan. de Plat. Angel.* qui ait ita omnes ſentire quod ſi legetur vſusfructus vt tranſeat ad heredem fructuarij, intelligi primum eius heredem, per *d. l. 14. C. h. t.* quem craſſum errorem ſatis equidem mirari non poſſum, cum apertiſſimum ſit in *d. l. 14.* intelligi heredem † teſtatoris. Et eſt ipſiſſimus ille caſus, quem attingit 2
Iuſtinianus in *§. 1. h. t.* quo quis alteri legat fundum detracto vſufructu, qui maneat penes heredem: quo caſu ait Iuſtin. quoſdam exiſtimaſſe inutile eſſe legatum, quia appellatione heredis omnes ſucceſſores contineantur. Sed nimis craſſa dubitatio eſt, & haud dubie conſtans veterum ſententia fuit, (quod & ibi reſpondet Iuſtin.) finiri morte inſtituti heredis; quippe cum liquidiſſimum ſit teſtatorem intellexiſſe eum, qui ſibi ſucceſſurus eſt, non eum, qui porro heredi ſuo: ſed illa non in ſubtilis veterum diſputatio & dubitatio fuit, ſi ex tempore fundus legatus ſit deducto fructu, & ante tempus heres mortuus fuerit, an

protinus aduenie͂te die plena ꝓprietas debeatur legatario; an vero, quoniam necdu͂ deductus fuit vſusfruct⁹, & nec deduci potuit, nouus vſusfructus in perſona ſecundi heredis incipiat; quippe cum necdum vere extiterit vſusfructus; cum vtiq; teſtator ſenſerit de vſufructu qui tamq̃ ſeruitus perſonalis ſeparat⁹ à ꝓprietate apud heredé maneret, quæ eſt diſputatio Pauli in *l. Sempronius 26. de vſufr. legat.* contra quam viſum eſt Africano in *l. qui vſumfr. 36. §. 1. verſ. hoc ita h.t.* nec enim dubito, quin clauſula & *verſ. ſed hic de vſufruct. leg.* ſit adſcripta à Triboniano; qua admiſſa nulla inter hæc loca eſt contradictio. Porro non obſtat *l. 4. de nouat.* ibi *in fin. ſi poſt mortem meam manet eius vſusfructus*: quoniam ibi vſusfructus ſaltem mihi debitus, & necdum in perſona mea conſtitutus erat; itaque ille cui debitor meus plenus proprietarius ex delegatione mea (vtcunque hæc nouationem veram non inducat) vltro vſumfructum ſoluit, loco meo verus fructuarius eſt, ita vt non mea ſed illius perſona ſpectetur, vbi de finiendo vſufructu tractatur. Illud ſingulare eſt ex *leg. vlt. C. de vſufruct.* ſi filiusfam. vſumfructum, & ita patri adquiſierit, vtriusque mortem expectandam eſſe; Ceterum ex ratione iuris veteris procul dubio morte patris finitus fuit.

Capitis diminutione.] De hoc diximus ad *§. prec.* Ratio tamen in obſcuro eſt, quare minima capitis diminutione vſusfructus fuerit amiſſus & finitus. Ait Hottom. rationem eſſe, q; quæ ſint iuris ciuilis, etiam ciuilib. inſtitutis tollantur. Inepte; tum q; vſusfructus non recte dicitur eſſe inuentum iuris ciuilis; tum præcipue quod quæ inuicem ſe tollunt, ita comparata eſſe oportet, vt alterum quod tollit & perimit, ad alterius deſtructionem & corruptionem ſit deſtinatum, & cum eo conſiſtere non poſſit. Hoc ipſum autem quęrim⁹ quomodo & propter quam cauſam v.c. adrogatio, aut emancipatio vel in adoptioné datio perimat vſumfructum. Quod addit, etiam minimam capitis diminutionem morti comparari, magis eſt vt falſum putem, neque ſcriptum eſt apud *Paulum 3. ſentent. 6.* Ineptius eſt, quod ait, ſi filius, cuius ſolius vitæ conſultum volebam, eique propterea prædium vtendum fruendum dederam, à me poſtea in adoptionem emancipetur, quia aliunde nactus eſt vnde alatur, nihil attinet, eum vſumfructum retinere. Hæc Hottomann. Itidem inepte, tum quia hinc rationem iuris iſtius petere, puerile eſt; tum quia fingit ab ipſo patre filio in poteſtate conceſſum eſſe vſumfructum, qui tamé omnino manet patris, & de eius finitione fruſtra quæritur; tum quia iſta ratio nihil ad caſum adrogationis. Ratio petenda videtur, à perſonalitate iſtius iuris, argum. eius quod ſcribit *Iuſtinian. inſ. de adquiſit. per adrogat*: Vbi Iuſtinian. ait, per adrogationem perire v. c. operarum obligationes, &c. Ego animaduerto, quod hic & alibi traditur, ex ratione iuris veteris tantum pertinere ad arrogationem, (quæ eadem generali nomine eſt adoptio) de qua etiam tantum agit Paulus d. loco. Filiusfam. de quo emancipando vel in adoptionem dando quæritur, cum nihil proprium ex ratione dicti iuris habere poſſit, nec poteſt habere vſumfructum, quem amittat. Homo ſui iuris ſi adrogatur merito perit vſusfructus, qui alias tranſiret in adrogantem, quod ratio iuris non patitur, vt de perſona in perſonam tranſeat. Cum adeo omnia quæ ſunt adrogati adquirantur patri adrogatori, & ab illo in hunc tranſeunt, & vſusfructus, nec in perſona eius tanquam filijfam. amplius manere, nec ex ratione iuris in alium tranſire poſſit, fiebat neceſſario, vt recurreret ad proprietatem; quomodo mox dicemus de ceſſione. Quod ſi ponas caſum ex iure veteri, irregularem, quo in filijfam. perſona ſubſiſtere poſſit vſusfructus, dixerim, ſubtilitate quidem iuris per emancipationem perire vſumfructum propter imaginarias venditiones *l. 3. §. 1. de cap. min.* ex quo fit vt omnes fere obligationes ipſo iure extinguantur, *l. 1. de cap. min.* Verum ſicut hæc ex edicto reſtituuntur, ne ieiuna ſubtilitas iuris tantum habeat effectum; ita etiam crediderim reſtituen-

tuendum vſumfructum. Cum igitur ex conſtitutionibus Iuſtin. filiusfam. non vno caſu plenam quoq; proprietatem habere poſſit, & ex eiuſdem ſanctione in *l. vlt. C. de vſufr.* vſusfructus filio ſimpliciter relictus, non patri omnimodo adquiratur, ſed filio demum poſt patrem mortuo totus exſpiret, atq; adeo viuente patre ius in eo habeat filius, ceſſante veteris iuris ratione, merito etiam ius vetus hactenus mutauit Iuſtinianus. Hæc nemo explicat. Finitur ita vſusfructus ſemel actu conſtitutus; ſecus ſi ante diem cedentem capite quis diminutus fuerit, *l. 1. §. ſed ita 2. quibus modis vſuſ. am.* Itemque ſi vnus in vniuerſum ſit vſusfructus, ſecus ſi plures; veluti in ſingulos annos conſtituti, tunc enim tantum is perit, qui iam cepit, reliquis ſaluis, *dict. leg. 1. §. vlti.* cuius rei iure veteri, vbi etiam capitis diminutione minima perijt vſusfructus, euidentior fuit effectus, & imo quæ de hoc finiendi modo ſcribuntur in Pand. & in *d. l. 1.* præcipue in *leg. 3. eod. tit.* vt in caſum ſecutæ capitis diminutionis repetitus ſit vſusfruct. ad mediam & maximam diminutionem non niſi vitioſe referuntur, imo referri non poſſunt: vt vel hinc appareat ſocordia compilatorum.

Non vtendo per modum & tempus.] Seruitus amittitur nõ vtendo, per tempus & modũ, nec enim ſatis eſt, vſum non eſſe, niſi & vſus ſit ad modum conſtitutum, quod de ſeruitutib. realibus tradit ICtus in *l. ſi communem 10. §. 1. quemadmodum ſeru. amitt.* Sed enim in his licet conuenire, quibus horis, locis, diebus, quis eat, aut agat per fundum alterius. At enim cum fructus natura producat, & prout fructus producti & maturi & apti ſunt ad colligendum etiam quiſque frui debeat, non ſatis animaduerto, quomodo vſufructui eiuſmodi modus præſcribi poſſit: nec vſquam vllo loco iuris puto hoc traditum; ſed hoc tantũ, quod vſusfructus amittatur non vtendo, vt apud *Paulum 3. ſent. 6. l. pen. in pr. C. h. t. l. placet 25. & l. ſi vſuſf. 28. quib. mod. vſuſf. am. l. 3. in pr. ſi vſusfr. pet. l. Mæuius 66. §. vlt. de leg. 2.* pro parte non vtẽdo amitti eum legimus *l. 14. & d. l. 25.* Sed totum amitti non vtendo per modum non legimus; cũ & inſuper ſi quis vtatur tantũ, vſumfructum tamẽ retineat *l. a qui 20. quib. mod. vſusfruct. am.* niſi putet ſolam ſeruitutem vſus ſibi conſtitutam *d. l. 20.* Nec placet ꝙ Pacius poſt gl. iſtud eo refert, quod debeat vti viri boni arbitratu; alia enim hæc eſt ratio, propter quam non ipſo iure, ſed cognita cauſa, propter corruptum fundum priuatur vſufructu; neque hoc eſt, non vti per modum; vti hæc phraſis in hac materia vſurpari ſolet, per *d. l. 10. quemadmodum ſeru. amitt.* & vbi male vtitur fructuarius ex L. Aquilia, aut ſtipulatione agitur, *t. t. vſufr. quemadm. cau. l. 13. in pr. & §. 1. h. t.* & ſi finiretur ex hac cauſa nihil impediret cautionem remitti à teſtatore. Ineptius eſt, quod gl. per modum & tempus explicat, per moderatum tempus.

Itaq; cogitandum, an non hoc ſit referendum inter lapſus Triboniani. Videamus de non vtendo. Scribit Paulus *d. lib. 3. ſentent. tit. 6.* amitti vſumfructum non vtendo, per annum vel biennium; illud, ſi res ſit mobilis; hoc, ſi ſit vſusfructus fundi; nam & ita per vſum & ſc. vſucapionem adquirebantur olim dominia; anno, ſi res eſſet mobilis; biennio in Italico ſolo, ſi res eſſet immobilis, vt ipſe teſtatur Iuſtin. *in pr. inſ. de vſucap.* Sed Iuſtinian. dupliciter hoc ius mutauit, 1. Quod tempora longiora & præfiniuit vſucapioni, & eadem præſcripſit amiſſioni per non vſum, in vſufructu, *l. pen. C. h. t.* & id conuenienter iure veteri. Sed nõ item alterum, quod eodem tempore voluit per non vſum amitti vſumfructum rei mobilis & immobilis in *l. pen. C. de ſeruit*, ita vt hic pene ſibi ipſi contradicat in *l. pen. C. h. t. §. 1.* vbi conſtituit vſumfructum non perire nõ vtendo (ſcil. quomodo olim) niſi talis exceptio fructuario obſtaret, quæ etiam ſi dominium vendicaret, poſſet eum excludere: Atqui vindicans dominium rei mobilis, excluditur hodie triennio *d. prin. inſ. de vſucap.* Ergo &c. Meminit quidem Iuſtin. in *d. §. 1.* exceptionis quæ excludat dominium, qui vel præſens, vel abſens fuerit, cui diſtinctioni tantum eſt locus in immobilibus; ſed tamen quę

ſtio

ratio ſuaſit diſtingui tempora vſucapiendi res mobiles & immobiles, & ita amittendi earum dominia, eadem ſuadere debebat, vt diſtinguerentur tempora amittendi vſumfructum; quia hæc ratio ſuaſit, vt olim ita diſtinguerent prudentes, longe meliores iuris autores, quam Tribonianus. Nec mihi adeo ſatisfacit ratio Accurſij, quod vſusfructus vtpote ius comparetur rei immobili. Hæc enim alias mouiſſet & veteres ICtos, & effectus conſiſtit in amiſſione ipſius rei; Ceteroquin & dominium cuiuſque rei ius eſt incorporale, & ita hac ratione nec dominium quis mobilis rei triennio amitteret. Et cum vſufructuarius non vtitur, intelligimus proprietarium tanto tempore vſum eſſe, quanto post triennium in re mobili contra fructuarium defendi debebat, quanto tempore poſſeſſor bonæ fidei, cõtra priſtinum dominum rem vindicantem defenditur. Alius hic ſcrupulus eſt, ex *l. pen. C. h. t.* Ait ibi Iuſtin. in princ. quæſitum fuiſſe, an actio perſonalis pro vſufructu finiatur non vtendo. Et ipſe mox ſubiicit & vſumfructum & actionem de vſufructu perire, ſpatio & negligentia 10. vel 20. annorum. Quod niſi accipiatur de actione perſonali, ineptiſſima erit reſponſio ad quæſtionem de perſonali actione propoſitam, vſufructu debito vel ex teſtamento vel ex ſtipulatione. Atquin abſurdum eſt, & contra regulas iuris, vt actio perſonalis, ad inſtar realis finiatur longo tempore 10. vel 20. ann. Sed imo perpetua & hodie vtique 30. annorũ eſt, de quo *inf. de perp. & temp. act.* Reſpondet Porcius poſt alios, hoc fieri propter naturam rei: quoniam vſusfructus tollatur non vtendo 10. aut 20. annis. Sed enim vſusfructus conſtitutus tollitur per non vſum tanti temporis: vſusfructus autem promiſſus necdum eſt conſtitutus: Sed conſtituitur, vbi patitur iuxta contractum dominus vti fructuarium quem in fundum induxit; Ceteroquin eadem ratione inferrem, cum dominium amittatur, ſi alter rem 10. aut 20. annis poſſedit, etiam actionem perſonalem v. c. ex empto longo tẽpore finiri. Et ob id ego exiſtimo hunc quoque eſſe lapſum Triboniani, qui confuderit actionem perſonalem pro vſufructu conſtituendo, cum reali confeſſoria, quæ competit iam conſtituto vſufructu: & dicitur actio de vſufructu, quomodo eam appellat ipſe Tribon. in *d. l. pen. §. 1.* Vnde magis hæc mea coniectura firmatur. Et commentum eſt, quod de duratione actionis perſonalis altercati fuerint ICti: & quis enim dixiſſet actionem perſonalem finiri anno vel biennio, quo olim vſusfructus per non vſum amittebatur. Alio colore vtuntur Dd. quod actio perſonalis nec traditione ſecuta & conſtitutione finiatur; quoniam teneatur promittens ad patiẽdum, poſſit autem non pati & turbare etiam poſt ſemel factam traditionem; ideo non mirum ſi & ipſa actio perſonalis tanto tempore finiatur, ſed ego falſum eſſe dico, quod ſemel traditione facta ſuperſit actio perſonalis, ſed tum contra turbantem eſt actio confeſſoria; & promiſſor ad hoc ſemel tenetur, vt alterum in fundum inducat, & vti patiatur; quomodo apprehenditur poſſeſſio, in qua qui poſt turbatur, actione in rem vtitur.

Si cedatur.] Quartus hic modus eſt quo † finitur vſusfructus. Ait Iuſtinian. id fieri ſi cedatur domino proprietatis, cedendo extraneo, nihil agi. Cui obiicitur, quod conſtat vſumfructum vendi, locari, donari quoque extraneo à fructuario poſſe, de quo dicemus ad *§. 1. tit. ſeq.* & in genere dicitur in *l. arboribus 12. §. 2. h. t.* vſumfructuarium vel ipſum poſſe vti re, vel alteri fruendam concedere. Vt paucis agam, puto rectam eſſe diſtinctionem Accurſij, (licet ipſe forte non intellexerit) inter cedere & concedere; verbo ſcil. *cedere* in ſpecie ſumto; prout in hac materia ſumitur à *Paulo 3. ſent. 6.* vbi inter modos finiendi vſumfructum, refert ceſſionem in iure; quam & inter modos transferendi dominij refert *Vlpian. tit. 19.* Hac id agebatur, vt omnino omne ius abiret à cedente in ceſſionarium: & plane totum ius à ſe abdicabat cedens; quod vbi in alterum cui cedebat tranſire non poterat, neceſſe erat, vt alio conuerteretur. Cedi hoc modo per fructuarium vſusfructus alteri nõ poteſt;

poteſt; quod ita cum iniuria proprietarii nouus & forte iunior conſtitueretur fructuarius, quod facere fructuario permiſſum non eſt: atquin vbi vendit vel locat vſumfructum fructuarius, non omne & totum ius à ſe abdicare cenſetur, ſed tantum ius percipiendi fructus, & vt Dd. loquuntur, commoditaté vtendi, vt dicemus ad *d. §. 1. tit. ſeq.* Et cum itaq; ceſſione in iure facta in extraneum, ius abiret totum à fructuario, nec poſſet transferri ad ceſſionarium, neceſſario expirabat, & recurrebat ad proprietatem, non per ceſſionem, ſed occaſione ceſſionis, præter intentioné agentis. Ex quo reſpondetur ad hunc §. quod cedendo extraneo, nihil agatur, & quod hoc modo finiri ait vſumfructú Iuſtinianus, cum ceditur domino proprietatis. Etenim, vt dixi, non finitur hic vſusfructus, quaſi per ceſſionem transfeat, ſed per accidens contingit, vt recurrat ad proprietatem; quomodo expreſſe reſponſum eſt a ICto in *l. ſi vſuſ. 66. de iur. dot.* Et nimis inſulſa eſt reſponſio Hottom. hoc loco, nihil tranſire ad extraneum, id eſt nihil noui iuris, quod diutius auulſum teneat vſumfructum à proprietate; cum præſertim in *d. l. 66.* adiiciatur, reuerſurum vſumfructum ad proprietatem. Quod iterum inſulſe accipitur à Pinello in *l. 1. part. 3. C. de bon. mat. n. 39.* W eſemb. *in parat. quib. mod. vſuf. am. n. 5.* quod non ſtatim reuertatur vſusfructus ad proprietatem, ſed mortuo demum cedente, vel aliis modis. Etenim ICtus ibi tractat, quid in illis terminis & proximus futurum ſit: & ſi tranſit ius vtendi fruendi, vt inque falſo diceretur, *Nihil tranſire*, & tractat ibi ICtus de modo, quo vſusfructus à proprietario in dotem marito datus, poſſit reſtitui mulieri; quod negat fieri poſſe per ceſſionem, quæ ſit futura cum damno mulieris, in quam nihil ſit tranſiturum, ſed vſusfructus reuerſurus ad proprietatem. Quæ ratio ſtolidiſſima & falſiſſima eſſet, ſi ius percipiendi fructus quod penes maritum fuit, poſſet ita transferri in vxorem, vt morte demum mariti finiretur: (neque enim plus poteſt deſiderare mulier) nec neceſſum eſſet confugere eo, vt per venditionem imaginariam dicis cauſa factam, & vno dato nummo, vſusfructus in vxorem transferretur. Itaque vbi vſusfructus ceditur in iure proprietario vere & directo per ceſſionem finitur vſusfructus, quippe qui hoc modo coniungitur cum proprietate; atque ita apparet, hanc eſſe ſpeciem conſolidationis; quam adeo parum ſubtili et tamquam proprium & ſeparatum modum proponit Iuſtinianus; licet eodem modo *Paulus 3. ſent. 6.* dominii comparationem ſeparauerit à ceſſione in iure: Recte autem dicimus, conſolidationis eſſe duas ſpecies, ſiue modos; alterum, cum vſusfructus accedit proprietati, ſi vel cedat fructuarius, vel etiam proprietarius vſumfructum dato pretio redimat; alterum, ſi fructuarius ſibi adquirat proprietatem: & hos modos ita recte referri ſub vnam ſpeciem arguit hic ipſe §. dum Iuſtin. vtitur verbis, *Et è contra.* Equidem & cum fructuarius moritur aut capite minuitur, conſolidatur vſusfructus cum proprietate: ſed ſub hunc modum referemus, vbi ex conuentione & facto mutuo vſusfructus ad proprietatem redit: quæ exinde plena incipit eſſe & ſolida, vt loquitur ICtus in *l. Sempronius 26. in f. pr. de vſuſfr. leg.* & eodem ſenſu pars ſolida, cum vſufructu *l. à liberto 35. de bon. lib.* Coniunctione autem tali facta, finitur vſusfructus. De quo hic agitur, qui eſt formalis & ſeruitus perſonalis, iuxta not. ad *pr. tit.*

Si ædes incendio.] Poſtremus hic modus eſt, quo † finitur vſusfructus. Interitus rei, vel, vt rectius, & paulo generalius loquitur Paulus, mutatio rei. Et ita quoque in *l. repeti 5. §. vlt. quib. mod. vſuſfr. am.* impoſitione ædium in aream, cuius vſusfructus legatus erat, vſumfructum extingui, tamquam mutata re, ait ICtus; nec enim reuera hoc modo interiiſſe area dici poteſt, niſi quatenus propter ſuperficiem impoſitam eius vſus ademptus eſt. 7

Ratio finiendi vſusfructus hoc modo eſt in *pr. h. t.* quod vſusfructus ſit ius in corpore, quo ſublato & ipſum perire neceſſum ſit: quod commode accipitur de caſu deſtructarum ædium; quod ſi enim totum corpus omnimodo periret, nec dominium quidem aut

proprietas ſupereſſet. Totum interiiſſe oportet; ceteroquin ſicut partis poteſt amitti vſusfructus non vtendo *l. placet 25. quib. mod. vſusfr. amit.* ita quoque re pro parte extincta, partis vſusfructus durabit: quid enim ſi pars fundi chaſmate perierit, ſi ex parte flumen alueum fecerit? & probat *l. ſi vis 53. h. t.* Nec eſt contrarium, quod *h. §. inf.* dicitur, ædificio diruto nec areæ vſumfructum deberi: vel enim reuera non eſt pars ædificii area, vel pars quidem eſt *l. dom. 21. de pign. actio.* ſed non eſt pars ὁμογενὴς, quæ idem nomen habeat cum toto. Rurſus non obſtat quod legatæ ædes ſi exuſtæ ſint, nihilominus area debetur *l. ſi grege 22. inf. de legat. 1.* alia enim legati vſusfructus, alia legatæ proprietatis ratio eſt, quod qui proprietatem legat rem totam, & totum quantum illud eſt in legatarium transfert, atqui vſum rei talē, qualem res patitur tempore legati dediſſe cenſetur teſtator, aliter autem longe vtimur ædificio, & aliter area. Ex quo etiam ratio ſumi poteſt, cur ædibus pignori datis etiam area teneatur *l. domo 21. de pign. act. iunct. l. Paulus 29. §. 2. de pign.* Atque hi ſunt communes modi finiendi vſusfructus, ſimpliciter conſtitui poteſt autem vſusfructus conſtitui ad certum tempus, quo adueniente finitur. *Paul. 3 ſent. 6. §. fin tur.*

Cum autem finitus.] In vſufructu conſiſtit omne emolumentum rei, & vtilitas dominii: & proinde nudus proprietarius non videtur habere plenam in re poteſtatem, & omnino non habet; ſed eam recuperat rurſus, vbi vſusfructus finitus cum proprietate rurſus coniungitur; id eſt, qui ante erat formalis, iam incipit eſſe cauſalis, vt Dd. loquuntur. Ait *cum finitus fuerit totus.*] Totus, ſcil. quia ſi duobus legatus ſit vſusfructus, vno deficiente alteri accreſcit, & quod in vſufructu ſingulare eſt, etiamſi iam alteri fuerit actu adquiſitus *l. 1. §. 3. verſ. ſed in l. 10. inf. de vſufr. adcr. l. 33. in f. h. t* Et hæc de vſufructu, qui ab homine teſtamento vel conuentione cōſtitutus eſt, in rebus ſingulis. Eſt alius vniuerſalis, quem ex L. v. c. pater in bonis aduentitiis filii iure Iuſtinianeo habet, de quo aliquid dicemus *infr. h. lib. tit. 9.*

AD TITVLVM V.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE VSV ET HABITAtione.

TEXTVS.

Iiſdem illis modis, quibus vſusfructus conſtituitur, etiam nudus vſus conſtitui ſolet: iiſdemque illis modis finitur, quibus & vſusfructus deſinit. Minus autem iuris eſt in vſu, quam in vſufructu: nam is qui fundi nudum habet vſum, nihil vlterius habere intelligitur, quam vt oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis, ad vſum quotidianum vtatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, vt neque domino fundi moleſtus ſit, neq; iis per quos opera ruſtica fiunt, impedimento: nec vlli alii ius quod habet, locare aut vendere, aut gratis concedere poteſt: cū is qui vſumfructum habet, poſſit hæc omnia facere.

COMMENTARIVS.

1 *Vſusfructus an & quomodo in alium transferri poſſit.*
2 *De vſu ſylua.*

Altera ſeruitus perſonalis eſt vſus, de qua 1. proponitur in quo conueniat vſus & vſusfructus: videlicet, in modis adquirendi, & finiendi. Nam & pariter vſus conſtituitur vltima diſpoſitione & conuentionibus, & finitur modis illis, qui referuntur in §. finitur *tit. præced.* quamuis ſane non eadem omnino ſit ratio finiendi vſus, *argum. §. 1. inf. tit. præced.* quia

quia cum in vſu minime tota vtilitas rei conſiſtat, non propterea inutilis erit proprietas, licet diutius duret vſus. Sed enim eadem conditio vtriuſque facit, vt iiſdem modis finiantur: nam alias per emphyteuſin perpetuus vſus recte transfertur; & penſio annua vna cum aliis facit ne inutilis ſit proprietas. Deinde docetur in quo differant. Vſusfructus continet omne emolumentum rei, ſcilicet quod in fructu eſt: at minime vſus. Deinde vſufructuarius poteſtatem habet ius ſuum in alium transferendi, ſed non vſuarius nudus. De hoc prius videamus, nam prius illud quod hoc §. oſtenditur exemplo vſus fundi, communem habet tractationem cum 3. §§. *ſeqq.* Ait Iuſtin. in *f.* §. vſuarium non poſſe ius ſuum locare, vendere aut gratis concedere, fructua-
1 rium † autem hæc omnia poſſe. Cui ſententiæ non obſtare, quod in §. *pen. tit prac.* dicitur, cedendo in extraneum nihil agere fructuarium, quæ ibidem diximus, oſtendunt. Sed explicanda ratio eſt, cur nihil agat fructuarius ſi cedat, ſed agat aliquid ſi vendat aut donet. Duo ſunt quaſi iura in fructuario, alterum mere perſonale, quod vni & ſoli fructuario inhæret, nec in alium transferri poteſt: quæſitum ex legato aut ſtipulatione, & ſecuta traditione; ex quo nec nouari quidem poſſe dicitur obligatio vſusfructus *l. 4. de nouationib.* alterũ ius reale, id eſt, vt fructus ex re percipiat; quod in illo quidem radicatur, & ab eo profluit, ſed ab eo tamen diſtingui poteſt: quod duplici exemplo declarare ſoleo 1. heres factus ſemel perpetuo hæres manet, & tamen vendere hereditatem in vniuerſum poteſt, vt nihilominus vendita quoq; ea heres manere dicatur, propter ius quod ex aditione iuxta inſtitutionem vel legem adquiſiuit, ita vt creditoribus ſuperſit contra eum actio *l. 2. Cod. de hered. ven.* nec minus tamen omne ius quod in rebus heres habuit, tranſierit ad emptorem *l. 2. in pr. & paſſ. t. t. D. eod.* ita vt obtineat vicem heredis *d. l. 2. §. cum quis* 18. Deinde creditori obligationes & actiones quæſitæ omnino, & vt loquuntur Dd. oſſibus eius inhærent: & tamen poteſt actiones ſuas mandare, donare, vendere, legare, vt ius ipſum nihilominus perſonale ex obligatione quæſitũ apud ipſum maneat, quod & exercere poteſt *l. 3. C. de nouat.* vt tamen v. c. qui emit, vtiles actiones mouere in debitorem poſſit *l. ſi cum 16. de pactis.* Ad hunc modum fructuarius hoc agere nullo modo poteſt, aut efficere per quemcunq; titulum, vt totum ius à ſe abeat, & loco eius nouus fructuarius conſtituatur: & in dubio nec hoc egiſſe cenſetur, verum vbi conditio tituli & cauſæ hoc patitur, tantum transferre voluiſſe ius vtendi fruendi, ſaluo manẽte penes ſe iure perſonali, ita vt ex perſona quoq; eius, morte & capitis diminutione finiatur vſusfructus, non v. c. eius qui emit vſumfructum iam conſtitutum. Doctores dicunt, nudam tantum fruendi cõmoditatem venditã: ſed nimis parum dicũt, cum textus ita loquantur, vt vſumfructũ & imo ipſum ius vtendi fruendi vendi vel locari aut donari adfirment, vt hoc ipſo §. *& l. non vtitur 38. de vſufr. 18. §. vltim. de peric. & comm. rei vend.* itaq; ad hunc modũ diſtinguere ego malo. Ceſſio autẽ in iure talis modus eſt, per quem neceſſario omne ius abit à cedente iuxta dicta ad § *pen. tit. prac.* hoc ſaltẽ addo, non obſtare *l. quod noſtrum 63. de vſuf.* non tam quod verbum *cedere* latius quoq; ſumi poteſt: quam potius quod ibi non agitur de transferendo vſufructu formali iam conſtituto, ſed de vſufructu per ſeparationẽ à proprietate primum conſtituendo. Atq; hoc primũ eſt; quod plus habet fructuarius, quod ius ſuum in aliũ quoque transferre poteſt. Alterum eſt in ipſa re, quod vſuarius licet ipſe vtatur, non tamen omne emolumentum rei percipit: & in primis tantum vtitur ad vſum quotidianum, & ad neceſſitatem, non etiam ad compẽdium *l. plenum 12. §. 1. h. t.* Qui tamen vſus facit, vt ei in fundo morari liceat, *h. §. & l. 11. h. t.* adeo vt & dominũ eo venire prohibere poſſit, præterquam ad fructus ſuo tempore percipiendos *l. ſi habit. 10. §. vlt. & l. plenũ 12. in pr. h. t.* vt appareat quodammodo poſſeſſionem rei penes vſuarium eſſe, licet non veram: propter quod tantum dicitur vſuarius *morari* poſſe in fundo, *hoc §. & l. inq, eo D. eod.* Hæc differentiæ ita obti-

 nent

nent in vero vſuſfructu & vſu; nam in quaſi vſuſfructu non eſt differentia; & qui vſum pecuniæ vel vini legatum habet, tantum habet ac cui vſusfructus legatus eſt, *l. hoc SCtum 5. §. vlt. de vſuſfr. ear. rer. & c. l. quoniam* 10. §. 1. *eod.* Sed & alio caſu aliquando in vſu ineſt fructus,
2 propter qualitatem obiecti, veluti † ſi ſyluæ vſus legatus ſit *l. pen. de vſu & habit.* forte quod ſylua habet tantum vnius generis fructus, & eos omnes naturales; & proinde non eſt neceſſarium, vt cum gl. & Dd. eum locum reſtringamus ad ſyluam remotam. Et hactenus ſcilicet cenſetur habere fructum, non autem vt etiam in ceteris omnino iure fructuarii vtatur. Ea tamen dicitur ibi vendere etiam licere ligna vſuario: at vtique poſſit vti lignis ad ſui & familiæ vſum & neceſſitatem. Hoc ſane mouit ad iam d. interpretationẽ Doctores. An forte ſyluæ in hoc habentur vt ex lignis venditis vtilitatem paremus; & in locis calidioribus leuiculum ſit, quod pro vſu familiæ ex lignis vtilitatis capiatur.

TEXTVS.

Item is, qui ædium vſum habet, hactenus ius habere intelligitur, vt ipſe tantum inhabitet: nec ius ad alium poteſt transferre: & vix receptum eſſe videtur, vt hoſpitem ei recipere liceat, & cum vxore liberiſque ſuis, item libertis, nec non perſonis aliis liberis, quibus non minus quam ſeruis vtitur, habitandi ius habeat. Et conuenienter, ſi ad mulierem vſus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat. Item is, ad quem ſerui vſus pertinet, ipſe tantum opera atq; miniſterio eius vti poteſt: ad alium vero nullo modo ius ſuum transferre ei conceſſum eſt. Idem ſcilicet & in iumento iuris eſt. Sed & ſi pecorum vſus ſit legatus, vel ouium, neq; lacte, neque agnis, neq; lana vtetur vſuarius quia ea in fructu ſunt. Plane pecoribus ad ſtercorandum agrum ſuum vti poteſt.

COMMENTARIVS.

1 *Quid ſit in vſu fundi.*

EXemplis illuſtratur, quid in quaq; re iuris † vſuarius habeat. De vſu fundi tracta- 1
tur in *§. prec.* quod connexionis gratia hic videamus. Et iuxta *d. §.* qui vſum fundi habet, oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad vſum quotidianum vtetur: Frumentis quæ ex fundo naſcuntur non vtetur, quoniam hæc fundus non producit ſua ſponte, ſed proueniunt ea ſumptibus & opera proprietarii, neq; æquum eſt aliquid vſuarium ex iis capere, in quæ ſumptum alius fecit. Fructuarius ſcilicet ipſe fundum omnino colit & conſerit opera & impenſis ſuis; ſed vſuarius ius colendi fundi nec habet: vt patet ex *d. §. 1. h. t. & l. inque* 11. *D. eod.* quibus locis dicitur vſuarium non poſſe impedimẽto eſſe iis, per quos ruſtica opera fiunt, & in *l.* 12 *in pr. eod. tit.* cogitur admittere, vt proprietarius veniat ad colligendos fructus, & per id tempus ibi habitet. Hæc eſt meri iuris ratio: æquitatis & humanitatis eſt, quod frequentius admiſerunt ICti, iuxta *d. l.* 12. §. 1. vt etiam ex frumentis ad neceſſarium vſum familiæ ſumere vſuarius poſſit. Ex quo liquet calumnia Hottomanni, qui accuſat ridiculam ſtultitiam (ita loquitur) Triboniani, quod hic improbatam Neruæ ſententiam retulerit. Etenim vt dixi, proponitur hic quid mera iuris ratio tribuit vſuario, & quidem iiſdem verbis, quibus in *d. l.* 12. §. 1. proponitur ſententia eorum, qui ex æquitate aliquid amplius tribuerunt vſuario: quæ adiectio ex eorundẽ ſententia in *verſ. ſeq.* adiicitur: ex quo *verſ. hic §.* ſupplendus eſt, non autem calumniandus Tribonianus. Et ipſe Hottomann. amplius aliud addit ad *d. §.* 1. & putat vſuarium teneri vt præſtet proprietario partem impenſarum; quod vt humanitatis & æquitatis videtur, ita nuſquam ſcriptum eſt:

Nec

Nec magis calumniandus hic eſt Trib. quam in §. 4. *h. t.* vbi negat lacte pecorum poſſe vti vſuarium; cum tamen in *d. l.* 12. §. 2. indulgeant ei vt modico lacte vtatur, quod itidem ad *d.* §. 4 addi oportet.

De vſu ædium agitur in §. 2. & tum quod non poſſit vſus ille ad alium transferri *l.* 8. *h. t.* tum quid vſu illo contineatur, & quis præter ipſum vſuarium in ædibus habitari poſſit; ex *l.* 2. §. 1. *l.* 3. 4. *&* 5. 6. 7. *&* 8. *h. t.* Hoſpes hic non ſignificat peregrinum, qui in caupona publica recipitur, ſed ad eos pertinet appellatio, quibus more veterum ex ſingulari amicitia, ius mutuum priuati hoſpitii erat. Illud tamen notandum, non poſſe locari ædes ab vſuario, ita vt penitus totæ locentur; ceterum ſi & ipſe habitet, inquilinum recipere poteſt, vt docet *l.* 2. *in f. & l. ceterum* 4. *h. t.*

In §. 3. agitur de vſu ſerui; & rurſus, quod ad alium transferri vſus non poſſit; tum quid vſu ſerui contineatur; ſcilicet, vt vtatur eius opera & miniſterio: itaq; ex re eius vſuarius non adquiret, hoc enim in fructu ſerui eſt §. *de iis* 4. *inſ. tit.* 9. & proinde in §. 2. *inſ. lib.* 3. *per quas perſ. obl. adq.* verba, *vel vſum*, ſunt expungenda, vt ibi dicemus.

Denique in §. 4. agitur, de vſu pecorum, quem locum paulo ante dixi ſupplendum ex *l.* 12. §. 2. *h. t.* vbi modico lacte, vt vſuarius vtatur, permittitur.

Ait *pecorum vel ouium.*] Atquin oues haud dubie pecorum vel pecudum appellatione continentur. Adeo fatendum eſt hoc paulo negligentius dictum, aut cum Hotto. & Cuia. legendum eſt, *velut ouium*, vt & in terminis in *l.* 12. §. 2. *h. t.* Et ita Theophilus, *οἷον προβάτων.* Facetus hic eſt Pacius, poſt Myn\[ſ\]. qui defendit vulgatam lectionem his verbis; quamquam inquit, oues ſint ſpecies pecorum, non propterea tamen legatum ouium eſt ſpecies legati pecorum; perinde ac ſi quis dicat: quamuis iuſtitia ſit ſpecies virtutis, nō tamen propterea qui iuſtitiam habet, ſpeciem virtutis habet; quo quid ſtultius & puerile magis? Imo vero ſi oues ſunt ſpecies pecoris; neceſſarium plane conſequens eſt; vt legatum ouiū ſit ſpecies legati pecorum; & qui aliud ſentit, eum nec quid ſpecies nec quid genus ſit, ſcire & omnino ipſum pecudem eſſe oportet.

TEXTVS.

Sed ſi cui habitatio legata, ſiue aliquo modo conſtituta ſit, neque vſus videtur, neque vſusfructus, ſed quaſi proprium aliquod ius: quamquam habitationem habentibus propter rerum vtilitatem ſecundum Marcelli ſententiam noſtra deciſione promulgata permiſimus, non ſolum in ea degere, ſed etiam aliis locare.

COMMENTARIVS.

VLpianus in *l. ſi habitatio* 10. *h. tit.* effectu idem ait eſſe legatum vſus ædium & habitationis; ſed addit particulam *pene*: ſed ea forte à Triboniano eſt, qui in *l.* 13. *C. de vſuf.* ius locādi conceſſit, vt hic refertur: nam effectus eſt in modo vtendi; non obſcure autem Vlp. negat ius concedendi alteri: Ad effectum autem nō pertinet, quod ſubiicitur in *d. l.* 10. *in ſ. pr.* non amitti non vtendo, nec capitis diminutione; quod in vſu ſecus eſt. Quod, procul dubio ad minimum capitis diminutionem cum pertineat, rurſus arguit ſocordiam compilatorum qui hæc reliquerunt, cum tamen media tantum & maxima capitis diminutione perire hæc iura ſanciſſet *Iuſtin.* § *pen. tit. prac.* vt ibi dixi. Rationem autem cur habitatio non pereat capitis diminutione, reddit ICtus in *l. pen. de cap. dimin.* quod habitatio non tam in iure quam in facto conſiſtat; forte quod ea quæ in facto cōſiſtunt, inhærent plane perſonis, nec tranſeunt omnino ad alios, nec eos in quorū poteſtate ſumus *arg.* §. 2. *inſ. de ſtip. ſeru.* & hinc enim ſupra deduximus rationem, quare olim per arrogationē vſusfructus interierit. Hinc etiam & quia in pluribus factis conſiſtit habitatio, fit, vt non finiatur per non vſum, quomodo nec quod in ſingulos annos eſt relictū

d.l. pen. de cap.min. Et tamen vtique non ſignificat purum factū ſed ius habitandi, cuius nomine etiam actio competit *l. 1. §. 1. commod. l. ſi grat. 17. in pr. de præſcr. verb.* Itaque inepta eſt ratio Weſemb. cur locari poſſit habitatio, quia quod quis per alium facit ipſe facere videatur: nam & olim facti dicebatur habitatio, nec locari poterat: & etiam quæ iuris ſunt, per alium fieri poſſunt; quomodo fructuarius ex hac cauſa dicitur ius ſuum in alios trāsferre poſſe *l. non vtitur 38. cum ſeqq. de vſufr.* Hodie cum locari poſſit habitatio, putatim etiam donari poſſe, quod olim non licebat *d. l. 10. h. t.* licet diſſentiat Weſemb. ex inepta ratione, quod non omnino poſſit alienari, quia ſit ſeruitus perſonalis: ita enim nec vſusfructus donari poſſet; quod falſum eſt, & quomodo hæc dicantur tranſire in alios, explicauimus ad §. 1. *h. t.* Commodari tamen olim potuiſſe eſt in *l. 1. commod.* quia hoc tantum fit ad tempus; & ego tamen, iſtum locum magis acceperim non de habitatione conſtituta alicui; ſed de habitatione per commodatum de nouo conſtituenda, & ita ceſſabit dubitatio & admiratio Hottom. cur habitatio commodari potuerit, non vſus ædium: Etenim negabo olim habitationem iam conſtitutam commodari potuiſſe.

Ait Iuſtinianus:

Quamquam habitationem.] Mallem dixiſſet, *& ideo &c.* quoniam quod habitatio proprium ius eſt & ſeparatum ab vſu, vt in *pr.* §. requirebat, vt in ea aliquando plus eſſet quam in vſu, qui locari non poteſt, (cuius rei ineptam penitus rationem hic reddit VVeſemb. quod ſit ius perſonale, & ideo non ceſſibile; ita enim nec vſusfructus poſſet locari: quod perſpicue falſum eſt. Sed vt ad §. 1. *h. t.* explicauimus, non transfertur penitus totum ius, ſed tantum ius re vtendi, & quaſi ex perſona fructuarii: itaq; niſi aliud obſtaret, vſus quoque locari poſſet, & ſcilicet vſus ad victus neceſſitatem tantum pertinet: alius autem alio pluribus eget, veluti ſi familiam habeat copioſiorem.) Aut an forte ideo hoc dixit, quod ius locandi videatur tantum competere fructuario ædium; & conceſſo iure locandi, parum differet ab vſufructu ædium: niſi quod fructuarius procul dubio ius ſuum etiam vendere, donare, & in perpetuum, & quandiu ſcil. illud apud ſe duraturum eſſet, trāsferre in alium poteſt, videtur habitatio & differre hactenus ab vſu, quod hic latius patet, & etiam non habitando ſed aliqua ibi reponendo ædibus vti poſſumus: qua de cauſa forte *Vlp. in d. l. 10. h. t.* adiecit particulam *pene.*

Propter rerum vtilitatem.] Nulla videtur hæc ratio; aut eadem debebat & poterat ſuadere, vt vſus ædium locari poſſet.

Secundum Marcelli ſententiam.] Ea non extat: ex quo Pacius notat, integra nō eſſe veterum prudentum reſponſa. Vtiq; nos tantum fragmenta habere conſtat. Non puto autem recte inde inferri, quod Pandectæ vti ſunt compoſitæ, ſint mancæ: potuit enim Tribonianus allegare Marcelli ſententiam, quam in Pandectas non retulerat.

TEXTVS.

Hæc de ſeruitutibus, & vſufructu & vſu, & habitatione dixiſſe ſufficiat. De hereditatibus autem & obligationibus, ſuis locis proponemus. Expoſuimus ſummatim, quibus modis iure gentium res adquirantur: modo videamus, quibus modis legitimo & ciuili iure adquiruntur.

COMMENTARIVS.

TRanſitio eſt ad tractatum ſeq. Ait: *Hæc de ſeruitutibus.*] Reſpicit ad *t. 2. ſup. de reb. corporalib. & incorpor.* quo hæc incorporalia & iura propoſuerat, hereditatem, obligationem, vſumfructum, & ſeruitutes reales. Cum de poſterioribus duobus tantū egiſſet, ne cui videretur quid omiſiſſe, monet ſe de prioribus duobus acturum ſuis locis.

Et vſufructu.] Equidē & vſusfructus † ſeruitus eſt, ſed quoniam *d. tit.* diſtinctim nomina- 2

uerat

uerat vſumfructum & ſeruitutes prædiorum, ideo nomine ſeruitutum has tantũ intellig t.

Expoſuimus ſummatim.] Puto hoc referendum eſſe ad *tit.* 1. *huius libr.* quo actum eſt de modis adquirendi iuris gentium : de ſeruitutibus, occaſione arrepta ex *tit.* 2. hactenus tractatum eſt. Et tamen cauſæ adquirendi, ex teſtamento & conuentionibus ſunt Iuris gentium: traditio ficta eſt ciuilis; & ipſa ſæpe ratio vſus & vſusfructus à proprietate, & prædiorum ſeruitutes, forte aliquid ſapiunt poſitiui. Hic autem rurſus more ſuo iniurius in Tribonianum eſt Hottom. Ait hæc per incuriam deſcripta ex eo, qui poſt hæc tractaturus erat de modis adquirendi ex iure Quiritium, mancipatione quoque & in iure ceſſione: quæ tamen antiquarit Iuſtin. Vaniſſima coniectura: & vt maxime ita eſſet, ſatis eſt tamen aliqua, per hanc clauſulam coniungi ſeqq. cum præmiſſis; & continuatio propoſita in §. *vlt. inſ. tit.* 9. docet non ab aliud cogitante, ſed ſciente prudenteque Triboniano, iſtud quoque hoc §. adiectum fuiſſe.

AD TITVLVM VI.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE VSVCAPIONIBVS ET LONgi temporis præſcriptionibus.

1 *Defenſa vulgata inſcriptio.*
2 *Quid præſcriptio.*
3 *Quid* παραγραφὴ.

1 LAbuntur qui mutant † inſcriptionem & pro *præſcriptionibus* malunt, *poſſeſſionibus.* Hottom. Pac. Cont. VVeſemb. Cuiac. Confertur enim vſucapio recte cũ præſcriptione, vt ex his apparebit, quæ mox dicemus; vitioſe autem confertur cum poſſeſſione; & vſucapio ſcilicet adquiſitio eſt, poſſeſſio nullo modo adquiſitio eſt, ſed aliis concurrentibus, vſucapionis ſicut & præſcriptionis cauſa. Ita in *l. qui alienam* 54. *in pr. de euict. poſt longi temporis præſcriptionem vel vſucapionem*; & in §. *pen. in f. infr. per quas perſ. adq. vſucapionem aut longi temporis præſcriptionem.* quæ loca apertiſſime confirmant receptiſſimam inſcriptionem. Faciemus autem in gratiam eorum, qui politioris Iuriſprudentiæ & humanioris quoque literaturæ ſunt ſtudioſi, vt quid præſcriptio † ſit, & vnde 2
ita dicta, ex fontibus eruamus. Eſt titulus, *lib.* 44. *Digeſt. de exceptionibus, præſcriptionibus &c.* vt præſcriptionem, exceptionis ſpeciem eſſe, aut aliquid cum ea commune habere oporteat; & hoc apud omnes pene in confeſſo eſt. Theophilus reddidit περὶ παραγραφῶν, quod eſt in Inſtit. *lib.* 4. *De exceptionibus*; & idem toto eo tit. & alibi paſſim, vbi exceptionis mentio ſit παραγραφὴν tranſtulit. Hoc ſenſu dicitur præſcriptio in factum *l. pen. de except.* quæ eadem in factum exceptio *l. filiusfam.* 14. *de except.* præſcriptio peremptoria, idem quod exceptio *l. præſcriptionem* 8. *Cod. de except.* & præſcriptio fori *l. vlt. Cod. eod.* ſed quæ appellationis ratio à Gothofr. ad *d. l.* 14. *de except.* putat, id nomen eſſe proprium exceptionum in factum, & inde ita has dictas, quod cum nomen certum non haberent, longa oratione præſcriptis verbis proponebantur. Sed vtriq; generalius hoc verbum eſſe iure noſtro dd. textus oſtendunt; & illud de longa oratione præſcribenda exceptione in factum, diuinatorium, imo commentum eſt; tum præcipue hanc ſententiam confutat, quod euidenter demonſtratur, præſcriptionis verbum Romanos accepiſſe à Græcis, non autem præſcriptionem Romanis dictam, Græcos primum & v. c. Theophilum ita tranſtuliſſe vt † diceret παραγραφήν. 3
Repetam hoc paulo altius & latius ex Græcis Grammaticis, & in primis ex principe Græcorum oratore Demoſthene. Sane verbum παραγραφὴ non vnam habet ſignificationem, & etiam ſignificat adſcriptionem & annotationem, vnde paragraphi vel paragraphæ noſtræ: ſed inter alia etiam Græcis vſurpari pro exceptione & obiectione qua vtitur reus, hæc oſtendunt. Et hoc ſenſu Suidas παραγραφὴ, ὅταν λέγῃ τις τὸ πρᾶγμα περὶ οὗ ἐγκαλεῖται, ὅτι οὐκ ἔχει ... πρὸς εἰς δικαστήριον, ἢ γέγονε, περὶ αὐτοῦ γνῶσις διὰ τῆς ψήφου, ἢ δεῖ ... περὶ αὐτοῦ συντηρεῖσθαι ... μάλιστα δὲ τοὺς νόμους ἀναγινώσκειν τοῖς δικασταῖς, ἢ πολλάκις δικάζεσθαι περὶ τῶν αὐτῶν ὁ συγχωρήσας.

Para-

Paragraphe (dicitur) quando quis dicit, rem ſiue negotium, ſuper quo poſtulatur, prius in iudicium deductum fuiſſe; & de eo factam eſſe cognitionẽ: & propterea dicit, non oportere iterum de eo conſtitui iudicium, ſed magis leges à iudicibus legi, quæ ſæpius de iiſdem iudicare non concedunt. Habemus exceptionem ſiue præſcriptionem rei iudicatæ: & ita prorſus ille apud Teren. in Phormione:

At tu qui ſapiens es, magiſtratus adi,
Iudicium de eadem cauſa iterum vt reddant tibi,
Quandoquidem ſolus regnas, & ſoli licet
Hic de eadem cauſa bis iudicium adipiſcier.

Et nimirum exempli cauſa hanc præſcriptionem ſiue exceptionem propoſuiſſe intelligendus eſt Suidas; omnino enim plures exceptiones comprehendit verbum παραγραφή. Elegans locus, qui hoc docet, apud Vlpianum in comment. in orat. Demoſth. contra Midiam. παραγραφὴ, (inquit) ἄλλη ἀναβολῆς πρόφασις, ἢ προσώπου παραγραφομένου ἢ χρόνου, id eſt: παραγραφὴ alia cauſa, vel prætextus excludendi iudicii: præſcribens (excipiens, vt Wolfius vertit,) vel perſonã vel tempus, id mox explicat: πολλάκις γὰρ οἱ ἀντίδικοι παρεγράφοντο· οὐ πρὸς διαιτητὴν μακρὰν εἰπεῖν δεῖ, ἀλλὰ πρὸς ἄρχοντα, ἢ θεσμοθέτας· οὐ πρὸς ἐμὲ κατηγορεῖν, ἀλλ' ἕτερον· οὐ νῦν ἀλλ' αὖθις, καὶ τὰ τοιαῦτα. Sæpe aduerſarii præſcribebant, non apud arbitrum ſibi dicendã cauſam, ſed apud prætorem, aut Theſmothetas: (qui erant ſex viri) non decet te accuſare, ſed aliũ: non nunc, ſed alio tempore, & ſi qua ſunt huius generis alia. Ex quibus παραγραφῆς verbo apparet Vlpianum intelligere exceptiones dilatorias, quę ſumuntur vel à tempore, quod ante diem quis agit: vel à perſonis, & vel iudice vel actore, quæ vocãtur exceptiões declinatoriæ fori. Et ſi coniungamus locum ex Suida, præſcriptio erit eiuſmodi obiectio, qua quis negat ſe teneri reſpondere actioni, & hoc duplici de cauſa, 1. quod licet ſit obligatus, tamen non teneatur iam vel huic vel apud hunc reſpondere 2. quod nullo modo teneatur reſpondere, veluti ſi obiiciat exceptionem rei iudicatæ: quam etiam noſtri ICti cum quibuſdam aliis veluti tranſactionis, præſcriptionis, appellant priuilegiatam, quæ poſſit opponi quoq; ante litem conteſtatam, & probata ſtatim repellat actorem à limine iudicii: Ita enim Pollux *lib.* 8. *cap.* περὶ δικαστικῶν ὀνομάτων παραγραφὴ δ', ὅταν τις μὴ εἰσαγώγιμον λέγῃ εἶναι τὴν δίκην, ἢ ὡς κεκριμένος, ἢ ὡς ἀφειμένος, ἢ ὡς τῶν χρόνων ἐξηκόντων: Et ibidem (eſt autem locus mutilus aut corruptus) παραγραφὴν habere locum, vbi quis non commoda actione, vel apud non competentem iudicem experitur. Atq; ita in παραγραφῇ erit præſcriptio qua quis negat cõpetere actionẽ, aut vtiq; ſe non teneri reſpondere dicit; eſt exceptio non cõpetentis actionis, vel omnino, vel quod ea vtiq; iam non ſit recipienda: cum reus contendit τὴν δίκην μὴ εἶναι εἰσαγώγιμον Demoſt. in exceptione aduerſus Zenonem: ſtatim in princip. παραγεγραμμένος μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην, actionem non poſſe deduci in iudicium: & in ſeq. oratione (quæ etiam παραγραφὴ dicitur) aduerſus Apaturium in pr. παραγεγραμμένων τὴν δίκην μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι. Eſt autem ibi exceptio tranſactionis, quæ etiam à noſtris refertur inter priuilegiatas. Interpretes omnibus illis locis παραγραφὴν vertit exceptionẽ: & omnino per παραγραφὴν excluſam fuiſſe actionem, apertiſſimũ eſt, & docet locus ſupra ex Vlpiano citatus, vbi παραγραφὴν appellat πρόφασιν ἀναβολῆς. Videndum ſaltem, quæ ratio appellationis, & cur exceptiones illæ & excluſiones actionis appellatæ fuerint παραγραφαί: Et ignoſcendum mihi fuerit, ſi ignorare me profitear, quod à nullo didici: quod præſertim antiquitates Reipub. Athenienſium ego perſcrutatus numquam fuerim, & forte eas quoque peruestigare non in procliui; nec Sigonius qui ex profeſſo de Repub. Athenienſ. ſcripſit, hic aliquid iuuat. γραφὴν pro accuſatione aut actione vſurpari, in confeſſo eſt, & γράφειν ſimpliciter pro *accuſare* vſurpari, vel *pro agere* aliquando γράφειν δίκην, non eſt dubium; vnde illud tritiſſimum dicam ſcribere vel impingere; quoniam in ſcriptura actiones in iudicium deducebantur, vnde ἀντιγραφὴ Polluci *d. loco.* pro contraria actione, quam nos reconuentionẽ dicimus. An igitur παραγραφὴ dicta quaſi παρὰ τὴν γραφὴν,

quod

quod reus, qui vtebatur παραγραφῇ non recta congrediebatur cum aduerſario, ſed declinabat iudicium, & actionem ei competere negabat, vt iam oſtendimus. Probatur hoc ex eodem Demoſthene, in orat. in Stephanum, ſtatim poſt princ. διὰ τὸ παραγραφὴν εἶναι, καὶ μὴ εὐθυδικίᾳ εἰσιέναι, quia præſcriptio erat, & non recto iudicio congrediebatur: & in orat. aduerſus Phormionem, εὐθυδικίαν εἰσιόντα. Ita apparet εὐθυδικίαν fuiſſe rectam actionis depulſionem, cum reus pedem conferret cum actore, & iuſtitiam cauſæ defenderet, non aliqua declinatoria exceptione vtebatur: quod qui faciebat παραγράφεσθαι dicebatur. Et hinc vbi reus non certabat εὐθυδικίᾳ ſed actori negabat competere actionem (& hinc etiam forte appellatio hæc deduci poſſit) ipſe prior dicebat; vt docet Demoſthen. d. orat. in Stephanum, προλαβὼν δὲ οὗτος, ὅτι παρέγραψε λέγει διὰ τὸ παραγραφὴν εἶναι, &c. Secundum hæc verum non videtur, quod Cuiacius ſcribit 18. *obſeru.* 34. inter translationem & præſcriptionem apud Rhetores idem diſcrimen eſſe, quod apud Iuriſconſultos inter exceptionem dilatoriam & peremptoriam; & adducit locum Curij Fortunatiani: *quid intereſt inter præſcriptionem & translationem, quam quod præſcriptio excludit actionem, translatio autem differt.* Equidem quandam παραγραφὴν, excludere actionem verum eſt, veluti rei iudicatæ tranſactionis, quæ ſtatim repellit à limine iudicij; ſed quod omnis exceptio excludens actionem fuerit dicta παραγραφὴ falſum eſt; & magis falſum, quod exceptiones dilatoriæ, non fuerint dictæ παραγραφαὶ, cuius contrarium ſupra ex Vlpiano demonſtrauimus; vt oporteat Latinos Rhetores aliter verbum præſcriptionis vſurpaſſe: nam ea ſententia Curij nec LL. noſtris conuenit, quibus exceptio fori præſcriptio dicitur, *l. vltim. C. de except.* Sed iam propius ad rem noſtram & ad ius Romanum redeamus, cũ præſcriptio proprie eſſet exceptio dilatoria & declinatoria, vel etiam priuilegiata, quæ protinus repelleret actorem, & impediebat litis conteſtationem, facile poſt fieri potuit, vt latius vſurparetur id verbum, & etiam pro quàuis exceptione, cui etiam poſt litem conteſtatam demum locus eſſet, arg. *l.* 8. *C. de except.* Ad exceptionem plane temporis recte relatum quoque fuit hoc verbum, quod ex ſuprà citato loco Pollucis probatur: nam & illa priuilegiata perhibetur, vbi ſcilicet obijcitur, actionem tempore excluſam & ita effectu vtiq; finitam eſſe: ſed quare iure noſtro vel maxime temporis exceptio dicatur præſcriptio, non ſatis facile dixero. Ita enim ſe rem habere argumento eſt, q̃ inde paulatim fieri cœptum eſt, vt ipſa adquiſitio rei præſcriptio appellaretur. An forte, quoniam in prouincijs actiones reales pro rebus immobilibus, quarum vſucapio non erat, ſola temporis exceptione excludebantur. Et ipſam acquiſitionem appellatam præſcriptionem docent textus in *l.* 5. *C. ſin. regund.* §. *pen. inſt. per quas perſ. adquirat. l. ei à quo* 21. *h. t. l. qui a ſtirnam* 54. *in princip. de euict. l. ſi duo* 13. §. 1. *de iureiuran.* & rurſus poſt talem adquiſitionem & lapſum temporis 10. vel 20. annorum, olim quoque non tantum poſſidenti exceptionem, ſed etiam amiſſa poſſeſſione actionem competijſſe vtilem, & ratio ſuadet, quod alias, cum poſſeſſio ſit res fragilis, quæ facile amittatur, exiguus plane huius adquiſitionis fuiſſet effectus, & probant textus in *leg. ſi quis* 10. *ſi ſeruit. vindic. l. ſi duo* 13. §. 1. *de iureiuran. l. ſi quis* 8. *in princip. Codic. de præſcr.* 30. *annor.* Hæc ita de natura præſcriptionis, & vnde appellata præfari viſum fuit; iam textum noſtrum videamus.

TEXTVS.

1. Iure ciuili conſtitutum fuerat, vt qui bona fide, ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum eſſe, rem emerit, vel ex donatione, aliue quauis iuſta cauſa acceperit, is eam rem ſi mobilis erat, anno vtique vno: ſi immobilis, biennio tantum in ſolo Italico vſucaperet: ne rerum dominia

in incerto eſſent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquiorib. dominis ſufficere ad inquirēdas res ſuas præfata tempora, nobis melior ſententia reſedit, ne domini maturius ſuis rebus defraudentur: neq; certo loco beneficium hoc concludatur; & ideo cōſtitutionem ſuper hoc promulgauimus, qua cautum eſt, vt res mobiles quidem per triennium, immobiles vero per longi temporis poſſeſſionē, id eſt inter præſentes decennio, inter abſentes, viginti annis vſucapiantur, & his modis non ſolum in Italia, ſed etiam in omni terra, quæ noſtro imperio gubernatur, dominia rerum iuſta cauſa poſſeſſionis præcedente, adquiruntur.

COMMENTARIVS.

1 *Vſucapionis cauſa & finis.*
2 *An vſucapio ſit iniqua.*
3 *Bona fides: & quo tempore requiratur.*
4 *Italicum ſolum quod.*

AIT, *Iure ciuili conſtitutum erat.*] Eſt enim hic modus adquirendi ex 12. tabb. Cuius veſtigia ap. Cicer. in Topicis, *vſus autoritas fundi bienn um eſt*: & pro Cecinna. Fundus, inquit à patre relinqui poteſt; at, vſucapio fundi hoc eſt, finis ſolicitudinis ac periculi litium, non à patre relinquitur, ſed à legibus; aquæductus, hauſtus, iter, actus, à patre, ſed rata autoritas harum rerum omnium à iure ciuili ſumitur. Hæc Cicero: & Lex igitur etiam hactenus qua vſucapionem introduxit, facit ratas autoritate ſua poſſeſſiones rerum quas quis anno, vel biennio pro ſuis poſſedit. Ex hoc fonte igitur & ex L. 12. tabb. eſt ipſa vſucapio; ſed qualis hoc loco deſcribitur non poteſt referri ad L. 12. tabb. videlicet, vt inter loca Italici ſoli & prouincias diſtinguatur; quoniam quo tempore L. 12. tabularum primum ſancita fuit, pedem extra Italiam Romani non habuerunt: imo tū anguſtis adhuc valde finib. intra Italiam imperium Romanum continebatur, ſed iſta ICtorū poſt diſputationibus, aut conſtitutionibus Impp. adiecta & diſpoſita fuerunt. An autem iſtum modum adquirendi Decemuiri ipſi inuenerint, an à Græcis quoq; vt alia acceperint, nō multum ad rem facit; nec enim propterea nō erit Iuris ciuilis; qualia pleraque etiam Athenienſium placita fuerunt. Meminit huius adquirendi modi Plato *libr. 12. de LL.* & ille quidem vixit & ſcripſit poſt iam pridem & circiter 50. annis latas LL. 12. tabularum, ſed procul dubio ex alijs Græcorum LL. iſta Reipubl. ſuæ inſeruit. Ratio huius iuris & introductæ † vſucapionis proponitur hoc etiam loco, Ne rerum dominia in incerto eſſent, quod ad publicum bonū pertinere ſcribit ICtus in *l. 1. h. t.* vt tandem ſit finis litium & controuerſiarum, *l. fin. in pr. pro ſuo.* qua de cauſa Cicero loco paulo ante citato, vſucapionem vocat ſollicitudinis & periculi finē. 1

Hæc cauſa mouit legem, vt certa tēpora huic adquiſitioni præfigeret, intra quę domin⁹ poſſet vindicare & ſibi aſſerere rem ſuam: Ex quo alia ratio; quæ ab iniuſtitia † vindicat hanc diſpoſitionem, præſumpta negligentia domini: vnde in *l. alienationis 28. de V. S.* fingitur alienare, qui patitur vſucapi; præſumit ita lex, & ſimul ita excitat iuxta & caſtigat dominos, vt docet hic locus, quod veteres exiſtimarint ſufficere hæc tempora dominis ad inquirendas res ſuas; Ceteroquin etiam cōtra eum qui ignorauit rem ſuam ab alio poſſideri, cuius ignorantiæ multæ poſſunt eſſe probabiles cauſæ, currit vſucapio, (nam in ſciente ſtulta eſſet dubitatio) *l. vltim. Codic. de præſcr. long. tempor. l. vn. Cod. de vſucap. transf.* Sed quod ibi iniquitatis occurrit, compenſatur conſideratione boni publici; & habet locum hic illud Taciti. Habet aliquod ex iniquo omne magnum exemplum; quod contra ſingulos vtilitate publica rependitur. Ex quo reſpondendum eſt ijs, qui iniquitatis 2

ap-

Digitized by Google

arguunt vſucapionum iura; quæ ipſe Iuſtin. iniquum&impium præſidium videtur adpellare in N.9. Sed quatenus præcipue cõtra Eccleſias obijciuntur. Et tamen ſi iuris veteris diſpoſitionem cogitamus, vix videtur ab iniquitate excuſari poſſe, vt tam breui temporis ſpacio, dominus res ſuas, & v.c. fundos vel ædes maximi pretij amittat. Idq; atteſtatur Iuſtin. dum hic ait, ita maturius dominos *defraudatos* fuiſſe rebus ſuis, & hanc reddit rationẽ ob quam ius vetus mutauerit; fraus autem nõ eſt ſine iniquitate; & apertius in *l. vn. C. de vſucap. transform.* nihil inhumanius eſſe ait, quam vt quis abſens & neſciens tam breui tempore ſuis poſſeſſionibus cadat. Huic iniquitati tollendæ longiora tempora ſtatuit Iuſtin. iuxta hunc §. tanto enim minus habet, ꝙ conqueratur dominus; imo non habet quod queratur, ſi decurſo tanti temporis ſpacio tãdem poſſeſſor redditur tutus: Iam verba textus perluſtremus.

3 *Bona fide.*] Primum iſtud eſt † requiſitum vſucapionis, vt quis putet eum à quo rem accepit, eſſe dominum, atq; adeo ſe quoq; dominum effectum; qui enim opinione domini poſſidet, is hoc loco bona fide poſſidere dicitur *l. bona 109. de R. I. l. qui à 27. de contr. empt.* hanc n. opinionem habet, qui putat eum qui vendidit eſſe dominum, vel domini mandatu v.c. vendidiſſe *d. l. 109.* & *l. vlt. pro empt.* vbi hinc æſtimatur bona fides, ſicut & in *pr. h. t.* & *§. ſi quis à non 36. ſup. de rer. diuiſ.* Bona fides requiritur tempore apprehenſæ poſſeſſionis, poſtea autem ſuperueniens mala fides non interrumpit vſucapionem *l. bonæ 48. §. 1 de adq. rer. domin. l. vn C. de vſuc. transf.* In emptione oportet & contractus tempore adeſſe bonam fidem *l. pen. h. t. l. 2. in pr. pro empt.* Ratio differentiæ eſt, quod etiam rem quæ aliena eſt certo, & imo quæ tum apud alium eſt, poſſum v.c. ſtipulari *d. l. 2. in pr. l. ſi is 15 inf. h. t.* ea ſpe vt poſt promittentis effecta mihi tradatur; ſed non ita emo rem alienam, quia protinus res empta tradẽda eſt: Accedit, quod ex ſtipulatione transferendum eſt dominium: itaque iure puto promiſſorem ſatisfacere obligationi ſuæ, & rem à dominio redemiſſe, quę tempore ſtipulationis erat aliena; atquin venditor non tenetur transferre dominiũ; q̃ rationẽ notat Porcius hic: vulgata n. illa, à frequentia cõtractus nulla eſt. Et ita accipe *l. 10. in pr. h. t.* vt non ſufficiat tempus emptionis, ſed & traditionis tempore debeat adeſſe bona fides, oportet autẽ iuſtam ita exiſtimandi cauſam eſſe, vt non interueniat error iuris *l. 2. §. ſi à pupillo 15. de vſuc.* Error iuris n. licet non ſoleat obeſſe vbi de amittenda re quæritur *l. iuris 7. cum l. ſeq. de iur. & fact. ign.* tamen prodeſſe non ſolet, nec poteſt adquirere volentib. *dd. text.* & vtriq; vſucapioni eſt impedimento & titulum inhabilem facit *d. l. 2. §. 15. l. numquam 31. in pr. h. t.* Et iſta pertinent ad ſecundum requiſitum, quod his ſignificatur in verbis.

Rem emerit, &c.] Non ſatis n. eſt putare accipientem eſſe dominum, niſi etiã ex iuſta cauſa res transferatur, *l. diutina 4. C. de præſcr. p. long. temp. l. nullo 24. C. de rei vind. vulg. l. vnquam 31. de adquir. rer. dom.* hactenus enim eadem dominij transferendi, & iuris vſucapiendi ratio eſt: atquin nec dominium ſine iuſta cauſa transfertur *d. l. numquam 31. in pr.* de quib. cauſis actum eſt *ſupr. tit. 1. §. per traditionem*: Illud enim nec dignum admonitione eſt, non ſufficere titulum commodati, aut depoſiti; quin iſta nec tituli nomen proprie merentur. Et oportet titulum vere interueniſſe, putatiuus non ſufficit, *l. Celſus 27. h. t.* idq; eſt, quod dicitur in *§. error. infr. h. t.* errorem falſæ cauſæ non parere vſucapionem; quod & ſcriptum eſt in *l. 1. pro donat. l. 6. pro derel. l. 2. & 3. pro legat. l. 1. §. vlt pro dote*, niſi tamen quis iuſtam habuerit putandi cauſam, vt docent textus in *l. g. quod vulgo 11. pro empt. l. cum ſolus 29. h. t. l. non ſolum 33. §. 1. in fin. & l. iuſto 44. §. filiusfam. 4. in fin.* ibi, *non leui præſumptione, eod. l. 4. & 6. pro legato. l. vlt §. 1. pro ſuo*, ex quibus textibus, omnes textus modo citati ſunt limitandi.

Si mobilis, anno vtiq; vno.] Ratio differentiæ inter res mobiles pendet à ſola qualitate præiudicij, quod regulariter minus eſt in rebus mobilibus, & minus amiſſione earũ damnũ dominus ſentit: Ceteroquin res mobiles

 cum

cum occultari poſſint, difficiliorē inquiſitionem domino faciunt: vt ſi hanc rationem ſequamur, longius tempus deſiderare videatur rerum mobilium vſucapio: & hanc rationem probat *Iaſon ad Porcium* huius autem incerta ratio eſt, quod poſſeſſio rerum mobilium ſit nobilior. Et in rebus mobilibus nulla differentia fuit à loco, & in omnibus vtiq; vſucapio in ſpecie dicta habuit locum; cuius rei ratio ex his quæ iam dicemus de immobilibus apparebit; vtique enim cum mobilia nō cohæreant ſolo, & de loco in locum transferantur, non poteſt in mobilibus diſtinctio ſumi à loco.

Immobilis in Italico ſolo.] Italicum ſolum proprie dicitur à loco, & vere hoc tantum Itali-
4 cum † ſolum; ſed in prouincijs fuerūt nō quidem Italici ſoli res, & prædia, ſed quæ habebant ius Italici ſoli, coloniæ & municipia etiam quædam, vt apparet ex *l. 1. de cenſib.* Ergo admittendum omnino eſt, in his quoq; prædijs fuiſſe vſucapioni locum; in ceteris quæ non habebant ius Italici ſoli, non fuiſſe vſucapionem, ſed ſimilem quandam adquiſitionem, quam ad rubr. diximus appellatam fuiſſe preſcriptionem. Ratio patet ex ijs quæ diximus ad *§. per traditionem ſupra de rerum diuiſ.* quod ad populum Romanum iure quodam occupationis dominium directum illorū prædiorum pertinebat, (& hinc alia ratio mobiliū rerū) in cuius quodammodo recognitionē poſſeſſores ſtipendia & tributa pēdere cogebantur; ita vt fere tantum habere vtile dominium (vt Doctores loquuntur,) viderentur. Itaq; modis adquirēdi dominij ex iure Quiritiū, quib. perfectum & Quiritarium dominiū adquirebatur, veluti per mancipationem vel nexum hæc prædia non transferebantur; & ob id nec qui ea bona fide poſſidebat, vſucapione eorum dominium quærebat. Rationis tamē erat, vt quale dominium in iis eſſe poterat, ſiue illud vtile, ſiue quo alio nomine quis appellare velit, tale etiam bonæ fidei poſſeſſor ſibi poſſet adquirere, vt aliquo tandem tempore tutus eſſet; itaq; ceſſante vſucapione longi temporis poſſeſſio ſeu præſcriptio defendebat poſſidentem; quod & in iis rebus obtinebat, quæ veram traditionem & poſſeſſionem non admittebant, quales erant res incorporales, veluti ſeruitutes, quæ quaſi poſſeſſione longi temporis adquirebātur *l. ſi quis 10. ſi ſeru. vindicet.* Et igitur iſta differentia videtur duraſſe vſque ad tempora Iuſtiniani, nam differentiam perſonarū hactenus ſuſtulit Antoninus, vt omnes eſſent ciues Romani *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* ante quē prouinciales ideo vſucapere non potuerunt, quia peregrini non habuerunt communionem iuris Romani. Et hæc vna fuit differentia inter vſucapionem & præſcriptionem. A rebus; quod præſcriptio erat rerum incorporalium & immobilium, quæ non erant Italici ſoli; Altera iam dicta à tempore quod præſcriptio longius tempus requirebat *l. 1. 2. 4. 5. 6. 7. 10. 11. Cod. de long. tempor. præſcr.* vbi vocatur longi temporis præſcriptio, nimirum 10. vel 20. annorum *leg. 1. & l. emptor. 9. Cod. d. t.* iuxta differentiam quam paulo poſt trademus. Tertia erat ab effectu; quod per vſucapionem adquirebatur dominium Quiritarium, & exinde actio directa in rem; per præſcriptionem tantum ius quoddam proximū dominio & exinde tantum actio vtilis, vt ad rubr. diximus ex *l. ſi d. 1013. §. 1. de iureiur. l. 8. in pr. C. de preſcr. 30. ann. l. ſi quis 10. ſi ſeru. vind.* Adeo cum Iuſtinian. confuderit vſucapionis & præſcriptionis iura, & vnam ſpeciem effecerit, neceſſaria conſequentia efficitur, omnimodo hodie verum dominium & directum adquiri, quod inepte Dd. in dubium vocāt: & operam ludit Mynſ. dum multis (pleriſq; tamen ineptis) argumentis contra eos diſputat. Et fruſtra obiiciunt Dd. quod vtilis actio cōpetat præſcribenti; hoc enim eſt ex iure veteri; inepte autem reſpondet Porcius quod actio vtilis ſignificet efficacem.

Nobis melior ſententia reſedit.] Mutatio iuris veteris. Iuſtinianus ſuſtulit differentiam Quiritarij & bonitarij dominij, itemq; prædiorum Italicorum & prouincialium, & conſtituit, vt vno modo & ratione & eodem temporis ſpacio & eodem effectu res omnes vtiq; per

Digitized by Google

per poſſeſſionem temporis legitimi adquirerentur, quæ eſt vſucapio Iuſtinianea, cuius natura breuiter hic exponitur, & in *l. vn. C. de vſucap. transfor.*

Lōgi temporis poſſeſſionem.] Explicat quod iam diximus ex *l. 1. & 9. C. de long. temp. præſcr.* Longi temporis poſſeſſionem eſſe X. vel XX. annorum, illam inter præſentes, hanc inter abſentes. Ita temporis qualitatem ſumptam ex veteri præſcriptione, fecit communem huic adquiſitioni, & ex vſucapione veteri ſumpſit effectum, vt adquireretur dominium verum, vnde effecta eſt vna ſpecies eiuſdem conditionis, vt non amplius inter vſucapionem & præſcriptionem ſit diſtinguendum, eam ſcil. quæ olim longi temporis erat, & titulum itidem & bonam fidem requirebat, nam præſcriptionis 30. vel 40. annorum, quæ dicitur longiſſimi temporis, alia ratio eſt, quæ ſolo tempore citra aliud adminiculum tuetur poſſeſſorem. Iampridem autem exploſa eſt Dd. ſententia, qui præſumptionem ad res immobiles, vſucapionem ad mobiles reſtringunt. Qui autem hic dicantur præſentes, qui abſentes, (poſſeſſor nimirum qui de re alterius tempore ſibi adquirenda laborat, & prior dominus) explicat Iuſtinianus *in l. vlt. in pr. C. de long. temp. præſcr.*

TEXTVS.

2. Sed aliquando etiam ſi maxime quis bona fide rem poſſederit, non tamen illi vſucapio vllo tempore procedit, veluti ſi quis liberum hominem vel rem ſacram, vel religioſam, vel ſeruum fugitiuum poſſideat. Furtiuæ quoque res & quæ vi poſſeſſæ ſunt, nec ſi prædicto longo tempore, bona fide poſſeſſæ fuerint, vſucapi poſſunt: nam furtiuarum rerum L. XII. Tabb. & Attinia inhibent vſucapionem, vi poſſeſſorum Lex Iulia & Plautia. Quod autem dictum eſt, furtiuarum & vi poſſeſſarum rerum vſucapionem per Leges prohibitam eſſe, non eo pertinet, vt ne ipſe fur, quiue per vim poſſidet, vſucapere poſſit, (nam his alia ratione vſucapio non competit, quia ſcil. mala fide poſſident) ſed ne vllus alius, (quamuis ab eis bona fide emerit, vel ex alia cauſa acceperit, vſucapiendi ius habeat.

COMMENTARIVS.

1 *Res quæ non poſſunt vſucapi.*
2 *De ſeruo fugitiuo.*
3 *De LL. XII. Tabb. & Attinia.*
4 *Quid hic ſit autoritas.*

PRimo loco erat ponendum; ante omnia
requiri, vt res ſit habilis, † &, vt ita loquar, 1
vſucapibilis: ceteroquin cetera non proſunt, & ceſſat vſucapio, licet res bona fide ex iuſta cauſa accepta legitimo tempore poſſeſſa ſit. Hinc non poſſunt vſucapi res quæ ſunt extra commercium, & quæ in nullius dominio eſſe poſſunt, veluti res ſacræ, ſanctæ, religioſæ: Item liberi homines, & quæcunq; tandē Lege prohibita ſunt vſucapi: iuxta *l. vbi Lex 24. h. t.* cuiuſmodi ſunt res vi poſſeſſæ, & furtiuæ *l. 45. quod autem 6. h. t.* ſub quas recte refertur, qui tamen hic ſeparatur, ſeruus fugitiuus; quippe cuius ex hac cauſa inhibita vſucapio eſt, quod videatur ſui ipſius furtum facere *l. 1. C. de ſeru. fugit.* quod qua ratione fiat, rectius *infr. lib. 4. tit. 1.* tractatur. Poſſeſſum autē quid vi oportet, vt vſucapi non poſſit, adeo vt non ſufficiat vi deiectum quem eſſe, niſi qui deiecit, etiam poſſederit *l. non ſolum 33. §. ſi dominus 2. h. t.* Adeo duo iuxta gl. requiruntur, vt quis vi deiectus, & res quoque vi poſſeſſa ſit; adeo ſi qui vim intulit, ipſe non occupauit poſſeſſionem, ſed domino deiecto, alius ſine vi ingreſſus eſt, vſucapioni erit locus. Illud quoq; 3
notandum, rem contrahere vitium, etiamſi non ipſe dominus, ſed alius licet prædo vi deiectus fuerit.

Si quis liberum hominem.] Nec quidem præ-

 ſcriptio-

nent in vero vſufructu & vſu: nam in quaſi vſufructu non eſt differentia; & qui vſum pecuniæ vel vini legatum habet, tantum habet ac cui vſusfructus legatus eſt, *l. hoc SCtum 5. §. vlt. de vſuf. ear. rer &c. l. quoniam* 10. §. 1. *eod.* Sed & alio caſu aliquando in vſu ineſt fructus,
2 propter qualitatem obiecti, veluti † ſi ſyluæ vſus legatus ſit *l. pen. de vſu & habit.* forte quod ſylua habet tantum vnius generis fructus, & eos omnes naturales; & proinde non eſt neceſſarium, vt cum gl. & Dd. eum locum reſtringamus ad ſyluam remotam. Et hactenus ſcilicet cenſetur habere fructum, non autem vt etiam in ceteris omnino iure fructuarii vtatur. Ea tamen dicitur ibi vendere etiam licere ligna vſuario: at vtique poſſit vti lignis ad ſui & familiæ vſum & neceſſitatem. Hoc ſane mouit ad iam d. interpretationē Doctores. An forte ſyluæ in hoc habentur vt ex lignis venditis vtilitatem paremus; & in locis calidioribus leuiculum ſit, quod pro vſu familiæ ex lignis vtilitatis capiatur.

TEXTVS.

Item is, qui ædium vſum habet, hactenus ius habere intelligitur, vt ipſe tantum inhabitet: nec ius ad alium poteſt transferre: & vix receptum eſſe videtur, vt hoſpitem ei recipere liceat, & cum vxore liberiſque ſuis, item libertis, nec non perſonis aliis liberis, quibus non minus quam ſeruis vtitur, habitandi ius habeat. Et conuenienter, ſi ad mulierem vſus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat. Item is, ad quem ſerui vſus pertinet, ipſe tantum opera atq; miniſterio eius vti poteſt: ad alium vero nullo modo ius ſuum transferre ei conceſſum eſt. Idem ſcilicet & in iumento iuris eſt. Sed & ſi pecorum vſus ſit legatus, vel ouium, neq; lacte, neque agnis, neq; lana vtetur vſuarius quia ea in fructu ſunt. Plane ... bus ad ſtercorandum agrum ... vti poteſt.

COMMENTARIVS.

1 *Quid ſit in vſu fundi.*

EXemplis illuſtratur, quid in quaq; re iuris † vſuarius habeat. De vſu fundi tractatur in §. *præc.* quod connexionis gratia hic videamus. Et iuxta *d.* §. qui vſum fundi habet, oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad vſum quotidianum vtetur: Frumentis quæ ex fundo naſcuntur non vtetur, quoniam hæc fundus non producit ſua ſponte, ſed proueniunt ea ſumptibus & opera proprietarii, neq; æquum eſt aliquid vſuarium ex iis capere, in quæ ſumptum alius fecit. Fructuarius ſcilicet ipſe fundum omnino colit & conſerit opera & impenſis ſuis; ſed vſuarius ius colendi fundi nec habet: vt patet ex *d.* §. 1. *h. t. & l. inque* 11. *D. eod.* quibus locis dicitur vſuarium non poſſe impedimēto eſſe iis, per quos ruſtica opera fiant, & in *l.* 12 *in pr. eod. tit.* cogitur admittere; vt proprietarius veniat ad colligendos fructus, & per id tempus ibi habitet. Hæc eſt meri iuris ratio: æquitatis & humanitatis eſt, quod frequentius admiſerunt ICti, iuxta *d. l.* 12. §. 1. vt etiam ex frumentis ad neceſſarium vſum familiæ ſumere vſuarius poſſit. Ex quo liquet calumnia Hottomanni, qui accuſat ridiculam ſtultitiam (ita loquitur) Triboniani, quod hic improbatam Neruæ ſententiam retulerit. Etenim vt dixi, proponitur hic quid mera iuris ratio tribuit vſuario, & quidem iiſdem verbis, quibus in *d. l.* 12. §. 1. proponitur ſententia eorum, qui ex æquitate aliquid amplius tribuerunt vſuario: quæ adiectio ex eorundē ſententia in *verſ. ſeq.* adiicitur: ex quo *verſ. hic* §. ſupplendus eſt, non autem calumniandus Tribonianus. Et ipſe Hottomann. amplius aliud addit ad *d.* §. 1. & putat vſuarium teneri vt præſtet proprietario partem impenſarum; quod vt humanitatis & æquitatis videtur, ita nuſquam ſcriptum eſt:

Nec

Nec magis calumniandus hic eſt Trib. quam in §. 4. *h. t.* vbi negat lacte pecorum poſſe vti vſuarium; cum tamen in *d. l.* 12. §. 2. indulgeatur ei vt modico lacte vtatur, quod itidem ad *d.* §. 4 addi oportet.

De vſu ædium agitur in §. 2. & tum quod non poſſit vſus ille ad alium transferri *l.* 8. *h. t.* tum quid vſu illo contineatur, & quis præter ipſum vſuarium in ædibus habitari poſſit; ex *l.* 2. §. 1. *l.* 3. 4. & 5. 6. 7. & 8. *h. t.* Hoſpes hic non ſignificat peregrinum, qui in caupona publica recipitur, ſed ad eos pertinet appellatio, quibus more veterum ex ſingulari amicitia ius mutuum priuati hoſpitii erat. Illud tamen notandum, non poſſe locari ædes ab vſuario, ita vt penitus totæ locentur; ceterum ſi & ipſe habitet, inquilinum recipere poteſt, vt docet *l.* 2 *in f.* & *l. ceterum* 4. *h. t.*

In §. 3. agitur de vſu ſerui; & rurſus, quod ad alium transferri vſus non poſſit; tum quid vſu ſerui contineatur; ſcilicet, vt vtatur eius opera & miniſterio: itaq; ex re eius vſuarius non adquiret, hoc enim in fructu ſerui eſt §. *de iis* 4. *inſ. tit.* 9. & proinde in §. 2. *inf. lib.* 3. *per quas perſ. obl. adq.* verba, *vel vſum*, ſunt expungenda, vt ibi dicemus.

Denique in §. 4. agitur, de vſu pecorum, quem locum paulo ante dixi ſupplendum ex *l.* 12. §. 2. *h. t.* vbi modico lacte, vt vſuarius vtatur, permittitur.

Ait *pecorum vel ouium.*] Atquin oues haud dubie pecorum vel pecudum appellatione continentur. Adeo fatendum eſt hoc paulo negligentius dictum, aut cum Hotto. & Cuia. legendum eſt, *velut ouium*, vt & in terminis in *l.* 12. §. 2. *h. t.* Et ita Theophilus, οἷον προβάτων. Facetus hic eſt Pacius, poſt Mynſ. qui defendit vulgatam lectionem his verbis; quamquam inquit, oues ſint ſpecies pecorum, non propterea tamen legatum ouium eſt ſpecies legati pecorum; perinde ac ſi quis dicat: quamuis iuſtitia ſit ſpecies virtutis, nõ tamen propterea qui iuſtitiam habet, ſpeciem virtutis habet; quo quid ſtultius & puerile magis? Imo vero ſi oues ſunt ſpecies pecoris, neceſſarium plane conſequens eſt, vt legatum ouiũ ſit ſpecies legati pecorum; & qui aliud ſentit, eum nec quid ſpecies nec quid genus ſit, ſcire & omnino ipſum pecudem eſſe oportet.

TEXTVS.

Sed ſi cui habitatio legata, ſiue aliquo modo conſtituta ſit, neque vſus videtur, neque vſusfructus, ſed quaſi proprium aliquod ius: quamquam habitationem habentibus propter rerum vtilitatem ſecundum Marcelli ſententiam noſtra deciſione promulgata permiſimus, non ſolum in ea degere, ſed etiam aliis locare.

COMMENTARIVS.

VLpianus in *l. ſi habitatio* 10. *h. tit.* effectu idem ait eſſe legatum vſus ædium & habitationis; ſed addit particulam *pene*: ſed ea forte à Triboniano eſt, qui in *l.* 13. *C. de vſuf.* ius locãdi conceſſit, vt hic refertur: nam effectus eſt in modo vtendi, non obſcure autem Vlp. negat ius concedendi alteri: Ad effectum autem nõ pertinet, quod ſubiicitur in *d. l.* 10. *inſ. pr.* non amitti non vtendo, nec capitis diminutione; quod in vſu ſecus eſt. Quod, procul dubio ad minimam capitis diminutionem cum pertineat, rurſus arguit ſocordiam compilatorum qui hæc reliquerunt, cum tamen media tantum & maxima capitis diminutione perire hæc iura ſanciſſet *Iuſtin.* § *pen. tit. præc.* vt ſ dixi. Rationem autem cur habitatio non pereat capitis diminutione, reddit ICtus in *l. pen. de cap. dimin.* quod habitatio non tam in iure quam in facto conſiſtat; forte quod ea quæ in facto cõſiſtunt, inhærent plane perſonis, nec tranſeunt omnino ad alios, nec eos in quorũ poteſtate ſumus *arg.* §. 2. *inf. de ſtip. ſeru.* & hinc enim ſupra deduximus rationem, quare olim per arrogationẽ vſusfructus interierit. Hinc etiam & quia in pluribus factis conſiſtit habitatio, fit, vt non finiatur per non vſum, quomodo nec quod in ſingulos annos eſt relictũ

d.l. pen. de cap.min. Et tamen vtrique non ſignificat purum factū ſed ius habitandi, cuius nomine etiam actio competit *l. 1. §. 1. commod. l. ſi grat. 17. in pr. de praeſcr. verb.* Itaque inepta eſt ratio Weſemb. cur locari poſſit habitatio, quia quod quis per alium facit ipſe facere videatur: nam & olim facti dicebatur habitatio, nec locari poterat: & etiam quæ iuris ſunt, per alium fieri poſſunt; quomodo fructuarius ex hac cauſa dicitur ius ſuum in alios trāſferre poſſe *l. non vtitur 38. cum ſeqq. de vſufr.* Hodie cum locari poſſit habitatio, putatum etiam donari poſſe, quod olim non licebat *d. l. 10. h. t.* licet diſſentiat Weſemb. ex inepta ratione, quod non omnino poſſit alienari, quia ſit ſeruitus perſonalis: ita enim nec vſusfructus donari poſſet; quod falſum eſt, & quomodo hæc dicantur tranſire in alios, explicauimus ad §. 1. *h. t.* Commodari tamen olim potuiſſe eſt in *l. 1. commod.* quia hoc tantum fit ad tempus; & ego tamen, iſtum locum magis acceperim non de habitatione conſtituta alicui; ſed de habitatione per commodatum de nouo conſtituenda, & ita ceſſabit dubitatio & admiratio Hottom. cur habitatio commodari potuerit, non vſus ædium: Etenim negabo olim habitationem iam conſtitutam commodari potuiſſe.

Ait Iuſtinianus:

Quamquam habitationem.] Mallem dixiſſet, *& ideo &c.* quoniam quod habitatio proprium ius eſt & ſeparatum ab vſu, vt in *pr. §.* requirebat, vt in ea aliquando plus eſſet quam in vſu, qui locari non poteſt, (cuius rei ineptam penitus rationem hic reddit VVeſemb. quod ſit ius perſonale, & ideo non ceſſibile; ita enim nec vſusfructus poſſet locari: quod perſpicue falſum eſt. Sed vt ad §. 1. *h. t.* explicauimus, non transfertur penitus totum ius, ſed tantum ius re vtendi, & quaſi ex perſona fructuarii: itaq; niſi aliud obſtaret, vſus quoque locari poſſet, & ſcilicet vſus ad victus neceſſitatem tantum pertinet: alius autem aliis pluribus eget, veluti ſi familiam habeat copioſiorem.) Aut an forte ideo hoc dixit, quod ius locandi videatur tantum competere fructuario ædium; & conceſſo iure locandi, parum differet ab vſufructu ædium: niſi quod fructuarius procul dubio ius ſuum etiam vendere, donare, & in perpetuum, & quandiu ſcil. illud apud ſe duraturum eſſet, trāsferre in alium poteſt, videtur habitatio & differre hactenus ab vſu, quod hic latius patet, & etiam non habitando ſed aliqua ibi reponendo ædibus vti poſſumus: qua de cauſa forte *Vlp. in d. l. 10. h. t.* adiecit particulam *pene*.

Propter rerum vtilitatem.] Nulla videtur hæc ratio; aut eadem debebat & poterat ſuadere, vt vſus ædium locari poſſet.

Secundum Marcelli ſententiam.] Ea non extat: ex quo Pacius notat, integra nō eſſe veterum prudentum reſponſa. Vtiq; nos tantum fragmenta habere conſtat. Non puto autem recte inde inferri, quod Pandectæ vti ſunt compoſitæ, ſint mancæ: potuit enim Tribonianus allegare Marcelli ſententiam, quam in Pandectas non retulerat.

TEXTVS.

Hæc de ſeruitutibus, & vſufructu & vſu, & habitatione dixiſſe ſufficiat. De hereditatibus autem & obligationibus, ſuis locis proponemus. Expoſuimus ſummatim, quibus modis iure gentium res adquirantur: modo videamus, quibus modis legitimo & ciuili iure adquiruntur.

COMMENTARIVS.

TRanſitio eſt ad tractatum ſeq. Ait: *Hæc de ſeruitutibus.*] Reſpicit ad *t. 2. ſup. de reb. incorporalib. & incorpor.* quo hæc incorporalia & iura propoſuerat, hereditatem, obligationem, vſumfructum, & ſeruitutes reales. Cum de poſterioribus duobus tantū egiſſet, ne cui videretur quid omiſiſſe, monet ſe de prioribus duobus acturum ſuis locis.

Et vſufructu.] Equidē & vſusfructus † ſeruitus eſt, ſed quoniam *d. tit.* diſtinctim nomina- 2

uerat

uerat vſumfructum & ſeruitutes prædiorum, ideo nomine ſeruitutum has tantũ intellig t.

Expoſuimus ſummatim.] Puto hoc referendum eſſe ad *tit.* 1. *huius libr.* quo actum eſt de modis adquirendi iuris gentium : de ſeruitutibus, occaſione arrepta ex *tit.* 2. hactenus tractatum eſt. Et tamen cauſæ adquirendi, ex teſtamento & conuentionibus ſunt iuris gentium: traditio ficta eſt ciuilis; & ipſa ſæpe ratio vſus & vſusfructus à proprietate, & prædiorum ſeruitutes, forte aliquid ſapiunt poſitiui. Hic autem rurſus more ſuo iniurius in Tribonianum eſt Hottom. Ait hæc per incuriam deſcripta ex eo, qui poſt hæc tractaturus erat de modis adquirendi ex iure Quiritium, mancipatione quoque & in iure ceſſione: quæ tamen antiquarit Iuſtin. Vaniſſima coniectura: & vt maxime ita eſſet, ſatis eſt tamen aliqua, per hanc clauſulam coniungi ſeqq. cum præmiſſis; & continuatio propoſita in §. *vlt. inf. tit.* 9. docet non ab aliud cogitante, ſed ſciente prudenteque Triboniano, iſtud quoque hoc §. adiectum fuiſſe.

AD TITVLVM VI. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE VSVCAPIONIBVS ET LONgi temporis præſcriptionibus.

1 *Defenſa vulgata inſcriptio.*
2 *Quid præſcriptio.*
3 *Quid παραγραφή.*

1 LAbuntur qui mutant † inſcriptionem & pro *præſcriptionibus* malunt, *poſſeſſionibus.* Hottom. Pac. Conr. VVeſemb. Cuiac. Confertur enim vſucapio recte cũ præſcriptione, vt ex his apparebit, quæ mox dicemus; vitioſe autem confertur cum poſſeſſione; & vſucapio ſcilicet adquiſitio eſt, poſſeſſio nullo modo adquiſitio eſt, ſed aliis concurrentibus, vſucapionis ſicut & præſcriptionis cauſa. Ita in *l. qui alienam* 54. *in pr. de euict. poſt longi temporis præſcriptionem vel vſucapionem*, & in §. *pen. in f. infr. per quas perſ. adq. vſucapionem aut longi temporis præſcriptionem.* quæ loca apertiſſime confirmant receptiſſimam inſcriptionem. Faciemus autem in gratiam eorum, qui politioris iuriſprudentiæ & humanioris quoque literaturæ ſunt ſtudioſi, vt quid præſcriptio † ſit, & vnde 2 ita dicta, ex fontibus eruamus. Eſt titulus, *lib.* 44. *Digeſt. de exceptionibus, præſcriptionibus* &c. vt præſcriptionem, exceptionis ſpeciem eſſe, aut aliquid cum ea commune habere oporteat; & hoc apud omnes pene in confeſſo eſt. Theophilus reddidit περὶ παραγραφῆς, quod eſt in Inſtit. *lib.* 4. *De exceptionibus*, & idem toto eo tit. & alibi paſſim, vbi exceptionis mentio fit παραγραφὴν tranſtulit. Hoc ſenſu dicitur præſcriptio in factum *l. pen. de except.* quæ eadem in factum exceptio *l. filiusfam.* 14. *de except.* præſcriptio peremptoria, idem quod exceptio *l. præſcriptionem* 8. *Cod. de except.* & præſcriptio fori *l. vlt. Cod. eod.* ſed quæ appellationis ratio? Gothofr. ad *d. l.* 14. *de except.* putat, id nomen eſſe proprium exceptionum in factum, & inde ita has dictas, quod cum nomen certum non haberent, longa oratione præſcriptis verbis proponebantur. Sed vtriq; generalius hoc verbum eſſe iure noſtro dd. textus oſtendunt; & illud de longa oratione præſcribenda exceptione in factum, diuinatorium, imo commentum eſt; tum præcipue hanc ſententiam confutat, quod euidenter demonſtratur, præſcriptionis verbum Romanos accepiſſe à Græcis, non autem præſcriptionem Romanis dictam, Græcos primum & v. c. Theophilum ita tranſtuliſſe vt † diceret παραγραφήν. 3 Repetam hoc paulo altius & latius ex Græcis Grammaticis, & in primis ex principe Græcorum oratore Demoſthene. Sane verbum παραγραφὴ non vnam habet ſignificationem, & etiam ſignificat adſcriptionem & annotationem, vnde paragraphi vel paragraphæ noſtræ: ſed inter alia etiam Græcis vſurpari pro exceptione & obiectione qua vtitur reus, hæc oſtendunt. Et hoc ſenſu Suidas παραγραφὴ, ὅταν λέγῃ τις τὸ πρᾶγμα μὴ εἶναι εἰσαγώγιμον, ὅτι οὐκ ἔξεστι [illegible] δικάζεσθαι, ἢ γεγένηται [illegible] διὰ τοὺς [illegible] περὶ αὐτοῦ [illegible]: μάλιστα δὲ τοὺς νόμους [illegible] τοῖς [illegible], [illegible] πλεονάκις δικάζεσθαι περὶ τῶν αὐτῶν ὁ συγχωρεῖ [illegible]

Para-

Paragraphe (dicitur) quando quis dicit, rem ſiue negotium, ſuper quo poſtulatur; prius in iudicium deductum fuiſſe; & de eo factam eſſe cognitionē: & propterea dicit, non oportere iterum de eo conſtitui iudicium, ſed magis leges à iudicibus legi, quæ ſæpius de iiſdem iudicare non concedunt. Habemus exceptionem ſiue præſcriptionem rei iudicatæ: & ita prorſus ille apud Teren. in Phormione:

At tu qui ſapiens es, magiſtratus adi,
Iudicium de eadem cauſa iterum vt reddant tibi.
Quandoquidem ſolus regnas, & ſoli licet
Hic de eadem cauſa bis iudicium adipiſcier.

Et nimirum exempli cauſa hanc præſcriptionem ſiue exceptionem propoſuiſſe intelligendus eſt Suidas; omnino enim plures exceptiones comprehendit verbum παραγραφὴ. Elegans locus, qui hoc docet, apud Vlpianum in comment. in orat. Demoſth. contra Midiam. παραγραφὴ, (inquit) ἄλλη ἐκβολῆς πρόφασις, ἢ προσώπου παραγραφομένου ἢ χρόνου, id eſt: παραγραφὴ alia cauſa, vel prætextus excludendi iudicii: præſcribens (excipiens, vt Wolfius vertit,) vel perſonā vel tempus, id mox explicat: πολλάκις γὰρ οἱ ἀντίδικοι παρεγράφοντο: οὐ πρὸς διαιτητὴν μ' εἰσελθεῖν δεῖ, ἀλλὰ πρὸς ἄρχοντα, ἢ θεσμοθέτην: οὐ δεῖ σε κατηγορεῖν, ἀλλ' ἕτερον: οὐ νῦν ἀλλ' αὖθις, καὶ τὰ τοιαῦτα. Sæpe aduerſarii præſcribebant, non apud arbitrum ſibi dicendā cauſam, ſed apud prætorem, aut Theſmothetas: (qui erant ſex viri) non decet te accuſare, ſed aliū: non nunc, ſed alio tempore, & ſi qua ſunt huius generis alia. Ex quibus παραγραφῆς verbo apparet Vlpianum intelligere exceptiones dilatorias, quę ſumuntur vel à tempore, quod ante diem quis agit: vel à perſonis, & vel iudice vel actore, quæ vocātur exceptiōes declinatoriæ fori. Et ſi coniungamus locum ex Suida, præſcriptio erit eiuſmodi obiectio, qua quis negat ſe teneri reſpondere actioni, & hoc duplici de cauſa, 1. quod licet ſit obligatus, tamen non teneatur iam vel huic vel apud hunc reſpondere 2. quod nullo modo teneatur reſpondere, veluti ſi obiiciat exceptionem rei iudicatæ: quam etiam noſtri ICti cum quibuſdam aliis veluti tranſactionis, præſcriptionis, appellant priuilegiatam, quæ poſſit opponi quoq; ante litem conteſtatam, & probata ſtatim repellat actorem à limine iudicii: Ita enim Pollux *libr.* 8. *cap.* περὶ δικαστικῶν ὀνομάτων παραγραφὴ δ' ἦν, ὅταν τις μὴ εἰσαγώγιμον λέγῃ εἶναι τὴν δίκην, ἢ ὡς κεκριμένης, ἢ ὡς ἀφειμένης, ἢ ὡς τῶν χρόνων ἐξηκόντων. Et ibidem (eſt autem locus mutilus aut corruptus) παραγραφὴν habere locum, vbi quis non commoda actione, vel apud non competentem iudicem experitur. Atq; ita in παραγραφὴ erit præſcriptio qua quis negat cōpetere actionē, aut vtriq; ſe non teneri reſpondere dicit; eſt exceptio non cōpetentis actionis, vel omnino, vel quod ea v:iq; iām non ſit recipienda: cum reus contendit τὴν δίκην μὴ εἶναι εἰσαγώγιμον Demoſt. in exceptione aduerſus Zenonem: ſtatim in princip. παραγεγραμμένος μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην, actionem non poſſe deduci in iudicium: & in ſeq. oratione (quæ etiam παραγραφὴ dicitur) aduerſus Apaturium in pr. παραγεγράμμεθα τὴν δίκην μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι. Eſt autem ibi exceptio tranſactionis, quæ etiam à noſtris refertur inter priuilegiatas. Interpres omnibus illis locis παραγραφὴν vertit exceptionē: & omnino per παραγραφὴν excluſam fuiſſe actionem, apertiſſimū eſt, & docet locus ſupra ex Vlpiano citatus, vbi παραγραφὴν appellat πρόφασιν ἐκβολῆς. Videndum ſaltem, quæ ratio appellationis, & cur exceptiones illæ & excluſiones actionis appellatæ fuerint παραγραφαί: Et ignoſcendum mihi fuerit, ſi ignorare me profitear, quod à nullo didici: quod præſertim antiquitates Reipub. Athenienſium ego perſcrutatus numquam fuerim, & forte eas quoque perueſtigare non in procliui; nec Sigonius qui ex profeſſo de Repub. Athenienſ. ſcripſit, hic aliquid iuuat. γραφὴν pro accuſatione aut actione vſurpari, in confeſſo eſt, & γράφειν ſimpliciter pro *accuſare* vſurpari vel *pro agere* aliquando γράφειν δίκην, non eſt dubium; vnde illud triuiſſimum dicam ſcribere vel impingere; quoniam in ſcriptura actiones in iudicium deducebantur, vnde ἀντιγραφὴ Polluci *d. loco.* pro contraria actione, quam nos reconuentionē dicimus. An igitur παραγραφὴ dicta quaſi παρὰ τὴν γραφὴν,

quod

quod reus, qui vtebatur παραγραφῇ non recta congrediebatur cum aduerſario, ſed declinabat iudicium, & actionem ei competere negabat, vt iam oſtendimus. Probatur hoc ex eodem Demoſthene, in orat. in Stephanum, ſtatim poſt princ. διὰ τὸ παραγραφὴν εἶναι, καὶ μὴ εὐθυδικίαν εἰσιέναι, quia præſcriptio erat, & non recto iudicio congrediebatur: & in orat. aduerſus Phormionem, εὐθυδικίαν εἰσιόντα. Ita apparet εὐθυδικίαν fuiſſe rectam actionis depulſionem, cum reus pedem conferret cum actore, & iuſtitiam cauſæ defenderet, non aliqua declinatoria exceptione vtebatur: quod qui faciebat παραγράφεσθαι dicebatur. Et hinc vbi reus non certabat εὐθυδικίᾳ ſed actori negabat competere actionem (& hinc etiam forte appellatio hæc deduci poſſit) ipſe prior dicebat; vt docet Demoſthen. d. orat. in Stephanum, πρότερος λαβὼν δὶ αυ, ὅτι πρῶτος λέγει διὰ τὸ παραγραφὴν εἶναι, &c. Secundum hæc verum non videtur, quod Cuiacius ſcribit 18. *obſeru.* 34. inter tranſlationem & præſcriptionem apud Rhetores idem diſcrimen eſſe, quod apud Iuriſconſultos inter exceptionem dilatoriam & peremptoriam; & adducit locum Curij Fortunatiani: *quid intereſt inter præſcriptionem & tranſlationem, quam quod præſcriptio excludit actionem, tranſlatio autem differt.* Equidem quandam παραγραφὴν, excludere actionem verum eſt, veluti rei iudicatæ tranſactionis, quæ ſtatim repellit à limine iudicij; ſed quod omnis exceptio excludens actionem fuerit dicta παραγραφὴ falſum eſt; & magis falſum, quod exceptiones dilatoriæ, non fuerint dictæ παραγραφαὶ, cuius contrarium ſupra ex Vlpiano demonſtrauimus; vt oporteat Latinos Rhetores aliter verbum præſcriptionis vſurpaſſe: nam ea ſententia Curij nec LL. noſtris conuenit, quibus exceptio fori præſcriptio dicitur, *l. vltim. C. de except.* Sed iam propius ad rem noſtram & ad ius Romanum redeamus, cũ præſcriptio proprie eſſet exceptio dilatoria & declinatoria, vel etiam priuilegiata, quæ protinus repelleret actorem, & impediebat litis conteſtationem, facile poſt fieri potuit, vt latius vſurparetur id verbum, & etiam pro quauis exceptione, cui etiam poſt litem conteſtatam demum locus eſſet, arg. *l.* 8. *C. de except.* Ad exceptionem plane temporis recte relatum quoque fuit hoc verbum, quod ex ſuprà citato loco Pollucis probatur: nam & illa priuilegiata perhibetur, vbi ſcilicet obijcitur, actionem tempore excluſam & ita effectu vtiq; finitam eſſe: ſed quare iure noſtro vel maxime temporis exceptio dicatur præſcriptio, non ſatis facile dixero. Ita enim ſe rem habere argumento eſt, ꝙ inde paulatim fieri cœptum eſt, vt ipſa adquiſitio rei præſcriptio appellaretur. An forte, quoniam in prouincijs actiones reales pro rebus immobilibus, quarum vſucapio non erat, ſola temporis exceptione excludebantur. Et ipſam acquiſitionem appellatam præſcriptionem docent textus in *l.* 5. *C ſin. regund.* §. *pen. infr. per quas perſ. adquirat. l. et à quo* 21. *h. t. l. qui a' nam* 54. *in princip. de euict. l. ſi duo* 11. §. 1. *de iureiuran.* & rurſus poſt talem adquiſitionem & lapſum temporis 10. vel 20. annorum, olim quoque non tantum poſſidenti exceptionem, ſed etiam amiſſa poſſeſſione actionem competiiſſe vtilem, & ratio ſuadet, quod alias, cum poſſeſſio ſit res fragilis, quæ facile amittatur, exiguus plane huius adquiſitionis fuiſſet effectus, & probant textus in *leg. ſi quis* 10. *ſi ſeruit. vindic. l. ſi duo* 13. §. 1. *de iureiuran. l. ſi quis* 8. *in princip. Codic. de praeſcr.* 30. *annor.* Hæc ita de natura præſcriptionis, & vnde appellata præfari viſum fuit; iam textum noſtrum videamus.

TEXTVS.

1. Iure ciuili conſtitutum fuerat, vt qui bona fide, ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum eſſe, rem emerit, vel ex donatione, aliue quauis iuſta cauſa acceperit, is eam rem ſi mobilis erat, anno vtique vno: ſi immobilis, biennio tantum in ſolo Italico vſucaperet: ne rerum dominia

in incerto eſſent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquiorib. dominis ſufficere ad inquirẽdas res ſuas præfata tempora, nobis melior ſententia reſedit, ne domini maturius ſuis rebus defraudentur: neq; certo loco beneficium hoc concludatur; & ideo cõſtitutionem ſuper hoc promulgauimus, qua cautum eſt, vt res mobiles quidem per triennium, immobiles vero per longi temporis poſſeſſionẽ, id eſt inter præſentes decennio, inter abſentes, viginti annis vſucapiantur, & his modis non ſolum in Italia, ſed etiam in omni terra, quæ noſtro imperio gubernatur, dominia rerum iuſta cauſa poſſeſſionis præcedente, adquiruntur.

Commentarivs.

1 *Vſucapionis cauſa & finis.*
2 *An vſucapio ſit iniqua.*
3 *Bona fides: & quo tempore requiratur.*
4 *Italicum ſolum quod.*

AIT, *Iure ciuili conſtitutum erat.*] Eſt enim hic modus adquirendi ex 12. tabb. Cuius veſtigia ap. Cicer. in Topicis, *vſus autoritas fundi bienn. um eſt*: & pro Cecinna. Fundus, inquit à patre relinqui poteſt; at, vſucapio fundi hoc eſt, finis ſolicitudinis ac periculi litium, non à patre relinquitur, ſed à legibus; aquæductus, hauſtus, iter, actus, à patre, ſed rata autoritas harum rerum omnium à iure ciuili ſumitur. Hæc Cicero: & Lex igitur etiam hactenus qua vſucapionem introduxit, facit ratas autoritate ſua poſſeſſiones rerum quas quis anno, vel biennio pro ſuis poſſedit. Ex hoc fonte igitur & ex L. 12. tabb. eſt ipſa vſucapio; ſed qualis hoc loco deſcribitur non poteſt referri ad L. 12. tabb. videlicet, vt inter loca Italici ſoli & prouincias diſtinguatur; quoniam quo tempore L. 12. tabularum primum ſancitæ ſunt, pedem extra Italiam Romani non habuerunt: imo tũ anguſtis adhuc valde finib. intra Italiam imperium Romanum continebatur, ſed iſta ICtorũ poſt diſputationibus, aut conſtitutionibus Impp. adiecta & diſpoſita fuerunt. An autem iſtum modum adquirendi Decemuiri ipſi inuenerint, an à Græcis quoq; vt alia acceperint, nõ multum ad rem facit; nec enim propterea nõ erit Iuris ciuilis; qualia pleraque etiam Athenienſium placita fuerunt. Meminit huius adquirendi modi Plato *libr. 12. de LL.* & ille quidem vixit & ſcripſit poſt iam pridem & circiter 50. annis latas LL. 12. tabularum, ſed procul dubio ex alijs Græcorum LL. iſta Reipubl. ſuæ inſeruit. Ratio huius iuris & introductæ † vſucapionis proponitur hoc etiam loco, Ne rerum dominia in incerto eſſent, quod ad publicum bonũ pertinere ſcribit ICtus in *l. 1. h. t.* vt tandem ſit finis litium & controuerſiarum, *l. fin. in pr. pro ſuo.* qua de cauſa Cicero loco paulo ante citato, vſucapionem vocat ſollicitudinis & periculi finẽ. Hæc cauſa mouit legem, vt certa tẽpora huic adquiſitioni præfigeret, intra quę domin⁹ poſſet vindicare & ſibi aſſerere rem ſuam: Ex quo alia ratio; quæ ab iniuſtitia † vindicat hanc diſpoſitionem, præſumpta negligentia domini: vnde in *l. alienationis 28. de V. S.* fingitur alienare, qui patitur vſucapi; præſumit ita lex, & ſimul ita excitat iuxta & caſtigat dominos, vt docet hic locus, quod veteres exiſtimarint ſufficere hæc tempora dominis ad inquirendas res ſuas; Ceteroquin etiam cõtra eum qui ignorauit rem ſuam ab alio poſſideri, cuius ignorantiæ multæ poſſunt eſſe probabiles cauſæ, currit vſucapio, (nam in ſciente ſtulta eſſet dubitatio) *l. vltim. Codic. de praeſcr. long. tempor. l. vn. Cod. de vſucap. transf.* Sed quod ibi iniquitatis occurrit, compenſatur conſideratione boni publici; & habet locum hic illud Taciti. Habet aliquod ex iniquo omne magnum exemplum; quod contra ſingulos vtilitate publica rependitur. Ex quo reſpondendum eſt ijs, qui iniquitatis an-

arguunt vſucapionum iura; quæ ipſe Iuſtin. iniquum&impium præſidium videtur adpellare in N.9. Sed quatenus præcipue cōtra Eccleſias obijciuntur. Et tamen ſi iuris veteris diſpoſitionem cogitamus, vix videtur ab iniquitate excuſari poſſe, vt tam breui temporis ſpacio, dominus res ſuas, & v.c. fundos vel ædes maximi pretij amittat. Idq; atteſtatur Iuſtin. dum hic ait, ita maturius dominos *defraudatos* fuiſſe rebus ſuis, & hanc reddit rationē ob quam ius vetus mutauerit; fraus autem nō eſt ſine iniquitate; & apertius in *l. vn. C. de vſucap. transform.* nihil inhumanius eſſe ait, quam vt quis abſens & neſciens tam breui tempore ſuis poſſeſſionibus cadat. Huic iniquitati tollendæ longiora tempora ſtatuit Iuſtin. iuxta hunc §. tanto enim minus habet, ꝙ conqueratur dominus; imo non habet quod queratur, ſi decurſo tanti temporis ſpacio tādem poſſeſſor redditur tutus: Iam verba textus perluſtremus.

3 *Bona fide.*] Primum iſtud eſt † requiſitum vſucapionis, vt quis putet eum à quo rem accepit, eſſe dominum, atq; adeo ſe quoq; dominum effectum; qui enim opinione domini poſſidet, is hoc loco bona fide poſſidere dicitur *l. bonæ 109. de R. I. l. qui à 27. de contr. empt.* hanc n. opinionem habet, qui putat eum qui vendidit eſſe dominum, vel domini mandatu v.c. vendidiſſe *d. l. 109.* & *l. vlt. pro empt.* vbi hinc æſtimatur bona fides, ſicut & in *pr. h. t.* & *§. ſi quis à non 36. ſup. de rer. diuiſ.* Bona fides requiritur tempore apprehenſæ poſſeſſionis, poſtea autem ſuperueniens mala fides non interrumpit vſucapionem *l. bonæ 48. §. 1 de adq. rer. domin. l. vn C. de vſuc. transf.* In emptione oportet & contractus tempore adeſſe bonam fidem *l. pen. h. t. l. 2. in pr. pro empt.* Ratio differentiæ eſt, quod etiam rem quæ aliena eſt certo, & imo quæ tum apud alium eſt, poſſum v.c. ſtipulari *d. l. 2. in pr. l. ſi is 15. inf. h. t.* ea ſpe vt poſt promittentis effecta mihi tradatur; ſed non ita emo rem alienam, quia protinus res empta tradēda eſt: Accedit, quod ex ſtipulatione transferendum eſt dominium: itaque iure puto promiſſorem ſatisfacere obligationi ſuæ, & rem à dominio redemiſſe, quę tempore ſtipulationis erat aliena; atquin venditor non tenetur transferre dominiū; q̄ rationē notat Porcius hic: vulgata n. illa, à frequentia cōtractus nulla eſt. Et ita accipe *l. 10. in pr. h. t.* vt non ſufficiat tempus emptionis, ſed & traditionis tempore debeat adeſſe bona fides, oportet autē iuſtam ita exiſtimandi cauſam eſſe, vt non interueniat error iuris *l. 2. §. ſi à pupillo 15. de vſuc.* Error iuris n. licet non ſoleat obeſſe vbi de amittenda re quæritur *l. iuris 7. cum l. ſeq. de iur. & fact. ign.* tamen prodeſſe non ſolet, nec poteſt adquirere volentib. *dd. text.* & vtiq; vſucapioni eſt impedimento & titulum inhabilem facit *d. l. 2. §. 15. l. numquam 31. in pr. h. t.* Et iſta pertinent ad ſecundum requiſitum, quod his ſignificatur in verbis.

Rem emerit, &c.] Non ſatis n. eſt putare accipientem eſſe dominum, niſi etiā ex iuſta cauſa res transferatur, *l. diutina 4. C. de præſcr. p. long. temp. l. nullo 24. C. de rei vind.* Vulg *l. numquam 31. de adquir. rer. dom.* hactenus enim eadem dominij transferendi, & iuris vſucapiendi ratio eſt: atquin nec dominium ſine iuſta cauſa transfertur *d. l. numquam 31. in pr.* de quib. cauſis actum eſt *ſupr. tit. 1. §. per traditionem*: Illud enim nec dignum admonitione eſt, non ſufficere titulum commodati, aut depoſiti; quin iſta nec tituli nomen proprie merentur. Et oportet titulum vere interueniſſe, putatiuus non ſufficit, *l. Celſus 27. h. t.* idq; eſt, quod dicitur in *§. error. infr. h. t.* errorem falſæ cauſæ non parere vſucapionem; quod & ſcriptum eſt in *l. 1. pro donat. l. 6. pro derel. l. 2. & 3. pro legat. l. 1. §. vlt pro dote*, niſi tamen quis iuſtam habuerit putandi cauſam, vt docent textus in *leg. quod vulgo 11. pro empt. l. cum ſolus 29. h. t. l. non ſolum 33. §. 1. in fin. & l. iuſto 44. §. filiusfam. 4 in fin.* ibi, *non leui præſumptione, eod. l. 4. & 6. pro legato. l. vlt §. 1. pro ſuo*, ex quibus textibus, omnes textus modo citati ſunt limitandi.

Si mobilis, anno vtiq; vno.] Ratio differentiæ inter res mobiles pendet à ſola qualitate prę iudicij, quod regulariter minus eſt in rebus mobilibus, & minus amiſſione earū dānū dominus ſentit: Ceteroquin res mobiles

Xx 2 cum

cum occultari poſſint, difficiliorẽ inquiſitionem domino faciunt: vt ſi hanc rationem ſequamur, longius tempus deſiderare videatur rerum mobilium vſucapio: & hanc rationem probat *Iaſon ad Porcium* huius autem incerta ratio eſt, quod poſſeſſio rerum mobilium ſit nobilior. Et in rebus mobilibus nulla differentia fuit à loco, & in omnibus vtiq; vſucapio in ſpecie dicta habuit locum; cuius rei ratio ex his quæ iam dicemus de immobilibus apparebit; vtique enim cum mobilia nõ cohæreant ſolo, & de loco in locum transferantur, non poteſt in mobilibus diſtinctio ſumi à loco.

Immobilis in Italico ſolo.] Italicum ſolum proprie dicitur à loco, & vere hoc tantum Itali-
4 cum † ſolum: ſed in prouincijs fuerũt nõ quidem Italici ſoli res, & prædia, ſed quæ habebant ius Italici ſoli, coloniæ & municipia etiam quædam, vt apparet ex *l. 1. de cenſib.* Ergo admittendum omnino eſt, in his quoq; prædijs fuiſſe vſucapioni locum; in ceteris quæ non habebant ius Italici ſoli, non fuiſſe vſucapionem, ſed ſimilem quandam adquiſitionem, quam ad rubr. diximus appellatam fuiſſe preſcriptionem. Ratio patet ex ijs quæ diximus ad *§. per traditionem ſupra de rerum diuiſ.* quod ad populum Romanum iure quodam occupationis dominium directum illorũ prędiorum pertinebat, (& hinc alia ratio mobiliũ rerũ) in cui⁹ quodammodo recognitionẽ poſſeſſores ſtipendia & tributa pẽdere cogebantur; ita vt fere tantum habere vtile dominium (vt Doctores loquuntur,) viderentur. Itaq; modis adquirẽdi dominij ex iure Quiritiũ, quib. perfectum & Quiritarium dominiũ adquirebatur, veluti per mancipationem vel nexum hæc prædia non transferebantur; & ob id nec qui ea bona fide poſſidebat, vſucapione eorum dominium quærebat. Rationis tamẽ erat, vt quale dominium in iis eſſe poterat, ſiue illud vtile, ſiue quo alio nomine quis appellare velit, tale etiam bonæ fidei poſſeſſor ſibi poſſet adquirere, vt aliquo tandem tempore tutus eſſet; itaq; ceſſante vſucapione longi temporis poſſeſſio ſeu præſcriptio defendebat poſſidentem; quod & in iis rebus obtinebat, quæ veram traditionem & poſſeſſionem non admittebant, quales erant res incorporales, veluti ſeruitutes, quæ quaſi poſſeſſione longi temporis adquirebãtur *l. ſi quis 10. ſi ſeru. vindicet.* Et igitur iſta differentia videtur duraſſe vſque ad tempora Iuſtiniani, nam differentiam perſonarũ hactenus ſuſtulit Antoninus, vt omnes eſſent ciues Romani *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* ante quẽ prouinciales ideo vſucapere non potuerunt, quia peregrini non habuerunt communionem iuris Romani. Et hæc vna fuit differentia inter vſucapionem & præſcriptionem. A rebus; quod præſcriptio erat rerum incorporalium & immobilium, quæ non erant Italici ſoli; Altera iam dicta à tempore quod præſcriptio longius tempus requirebat *l. 1. 2. 4. 5 6. 7. 10. 11. Cod. de long. tempor. præſcr.* vbi vocatur longi temporis præſcriptio, nimirum 10. vel 20. annorum *leg. 1. & l. emptor. 9. Cod. d. t.* iuxta differentiam quam paulo poſt trademus. Tertia erat ab effectu; quod per vſucapionem adquirebatur dominium Quiritarium, & exinde actio directa in rem; per præſcriptionem tantum ius quoddam proximũ dominio & exinde tantum actio vtilis, vt ad rubr. diximus ex *l. ſi d. 1013. §. 1. de iureiur. l. 8. in pr. C. de præſcr. 30. ann. l. ſi quis 10. ſi ſeru. vind.* Adeo cum Iuſtinian. confuderit vſucapionis & præſcriptionis iura, & vnam ſpeciem effecerit, neceſſaria conſequentia efficitur, omnimodo hodie verum dominium & directum adquiri, quod inepte Dd. in dubium vocãt: & operam ludit Mynſ. dum multis (pleriſq; tamen ineptis) argumentis contra eos diſputat. Et fruſtra obiiciunt Dd. quod vtilis actio cõpetat præſcribenti; hoc enim eſt ex iure veteri; inepte autem reſpondet Porcius quod actio vtilis ſignificet efficacem.

Noſtra melior ſententia reſedit.] Mutatio iuris veteris. Iuſtinianus ſuſtulit differentiam Quiritarij & bonitarij dominij, itemq; prædiorum Italicorum & prouincialium, & conſtituit, vt vno modo & ratione & eodem temporis ſpacio & eodem effectu res omnes vtiq;

per

Digitized by Google

per poſſeſſionem temporis legitimi adquirerentur, quæ eſt vſucapio Iuſtinianea, cuius natura breuiter hic exponitur, & in *l.vn.C.de vſucap. transfor.*

Lõgi temporis poſſeſſionem.] Explicat quod iam diximus ex *l.1.& 9.C.de long.temp.præſcr.* Longi temporis poſſeſſionem eſſe X. vel XX. annorum, illam inter præſentes, hanc inter abſentes. Ita temporis qualitatem ſumptam ex veteri præſcriptione, fecit communem huic adquiſitioni, & ex vſucapione veteri ſumpſit effectum, vt adquireretur dominium verum, vnde effecta eſt vna ſpecies eiuſdem conditionis, vt non amplius inter vſucapionem & præſcriptionem ſit diſtinguendum, eam ſcil. quæ olim longi temporis erat, & titulum itidem & bonam fidem requirebat, nam præſcriptionis 30. vel 40. annorum, quæ dicitur longiſſimi temporis, alia ratio eſt, quæ ſolo tempore citra aliud adminiculum tuetur poſſeſſorem. Iam pridem autem exploſa eſt Dd. ſententia, qui præſumptionem ad res immobiles, vſucapionem ad mobiles reſtringunt. Qui autem hic dicantur præſentes, qui abſentes, (poſſeſſor nimirum qui de re alterius tempore ſibi adquirenda laborat, & prior dominus) explicat Iuſtinianus *in l. vlt. in pr. C. de long.temp.præſcr.*

TEXTVS.

2. Sed aliquando etiam ſi maxime quis bona fide rem poſſederit, non tamen illi vſucapio vllo tempore procedit, veluti ſi quis liberum hominem vel rem ſacram, vel religioſam, vel ſeruum fugitiuum poſſideat. Furtiuæ quoque res & quæ vi poſſeſſæ ſunt, nec ſi prædicto longo tempore, bona fide poſſeſſæ fuerint, vſucapi poſſunt: nam furtiuarum rerum L.XII. Tabb. & Attinia inhibent vſucapionem, vi poſſeſſorum Lex Iulia & Plautia. Quod autem dictum eſt, furtiuarum & vi poſſeſſarum rerum vſucapionem per Leges prohibitam eſſe, non eo pertinet, vt ne ipſe fur, quiue per vim poſſidet, vſucapere poſſit, (nam his alia ratione vſucapio non competit, quia ſcil. mala fide poſſident) ſed ne vllus alius, quamuis ab eis bona fide emerit, vel ex alia cauſa acceperit, vſucapiendi ius habeat.

COMMENTARIVS.

1 *Res quæ non poſſunt vſucapi.*
2 *De ſeruo fugitiuo.*
3 *De LL. XII. Tabb. & Attinia.*
4 *Quid hic ſit autoritas.*

PRimo loco erat ponendum; ante omnia requiri, vt res ſit habilis, †&, vt ita loquar, 1
vſucapibilis: ceteroquin cetera non proſunt, & ceſſat vſucapio, licet res bona fide ex iuſta cauſa accepta legitimo tempore poſſeſſa ſit. Hinc non poſſunt vſucapi res quæ ſunt extra commercium, & quæ in nullius dominio eſſe poſſunt, veluti res ſacræ, ſanctæ, religioſæ: Item liberi homines, & quæcunq; tandẽ Lege prohibita ſunt vſucapi: iuxta *l. vbi Lex 24. h.t.* cuiuſmodi ſunt res vi poſſeſſæ, & furtiuæ *l.45. quod autem 6.h.t.* ſub quas recte refertur, qui tamen hic ſeparatur, ſeruus fugitiuus; quippe cuius ex hac cauſa inhibita vſucapio eſt, quod videatur ſui ipſius furtum facere *l. 1. C. de ſeru. fugit.* quod qua ratione fiat, rectius *infr. lib.4.tit.1.* tractatur. Poſſeſſum autẽ quid vi oportet, vt vſucapi non poſſit, adeo vt non ſufficiat vi deiectum quem eſſe, niſi qui deiecit, etiam poſſederit *l. non ſolum 33. §. ſi dominus 2.h.t.* Adeo duo iuxta gl. requiruntur, vt quis vi deiectus, & res quoque vi poſſeſſa ſit; adeo ſi qui vim intulit, ipſe non occupauit poſſeſſionem, ſed domino deiecto, alius ſine vi ingreſſus eſt, vſucapioni erit locus. Illud quoq; 3
notandum, rem contrahere vitium, etiamſi non ipſe dominus, ſed alius licet prædo vi deiectus fuerit.

Si quis liberum hominem.] Nec quidem præ-

ſcriptionem LX. annorum hic ſufficere reſcripſit Conſtantinus *in l. vlt. C. de long. temp. præſ. r. quæ pro lib.* quimmo nec 100. annos ſatis eſſe recte ibid. notat Accurſ. quoniam nullus titulus hic locum habere poteſt, quomodo accipienda eſt *l. 6. C. de ingen. manum.* & LX. annorum mentio fit *in d. l. vlt.* quia iſte vulgo eſt humanæ vitæ terminus. Aliarum rerum alia ratio eſt, in quibus poſſeſſorem exceptio temporis, quæ omnes excludit actiones, defendit *l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. ann.* vtcunque nec titulus, nec bona fides probetur; quia poſſeſſor hoc tantum allegat, nullam amplius ſupereſſe actionem.

Et licet hoc vel illo caſu poſſeſſor nec titulum nec bonam fidem habeat, cui nihilominus exceptio hæc temporis competit, attamen res ipſæ eius conditionis ſunt, vt iuſto titulo poſſint transferri, quomodo non poſſunt homines liberi, vel quæcunque extra commercium ſunt: ſcilicet qua tales: alia enim ratio eſt, ſi verbi cauſa homo liber factus ſit ſeruus, veluti ſi ſe venumdare paſſus ſit, vel res ſacra facta fuerit profana: ex quo res iſtæ in commercio eſſe incipiunt. An autem hactenus eandem rationem eſſe dicemus hominis liberi, & rei furtiuæ, quæ Lege vſucapi prohibetur? Non crediderim. Nam hic tantum vitium accidit rei extrinſecus, & quod facile purgatur; & res furtiua propriis actionibus, rei vindicatione, actione ad exhibendum, & condictione furtiua petitur, quæ actiones proculdubio exceptione XXX. annorum repelluntur. De
2 ſeruo fugitiuo, quem inter † res furtiuas referendum paulo ante diximus, video dubitari apud Accurſ. quoniam dominus videatur retinere eius poſſeſſionem: contra eum autem qui poſſidet, nulla poteſt currere præſcriptio, ex quo Accur. dominium nec XXX. annorum præſcriptione excludi affirmat per *l. 1. §. per ſeruum c. 4. & l. rem quæ 15. in fin. de adquir. poſſ.* ſed eſt erronea ſententia, & hoc ſaltem probatur textibus iuris, hactenus aliarum rerum furtiuarum, & ſerui fugitiui diuerſam eſſe rationem; quod cum ſine controuerſia illarum nobis ſubreptarum ab alio amittamus poſſeſſionem, non tamen amittamus protinus poſſeſſionem ſerui fugitiui, ne cum ſeruus fugiens furtum ſui faciat, ipſe facto ſuo poſſeſſionem nobis auferre videatur, vt apparet *ex l. Pomponius 15. in fin. pr. & d. l. rem 15. in fin. de adquir. poſſ.* Ceteroquin ſi alius eum apprehendat, priſtinum dominum amittere poſſeſſionem, reſponſum eſt *in d. l. 1. §. 14. eod. tit.* quod cum non admittat Accurſ. ineptam facit quæſtionem, quoniam vbi de vſucapione aut præſcriptione quæritur, oportet præſupponi, quod poſſideat alius, aut poſſederit, eſt cæteroquin alia quæſtio, an ſeruus ipſe temporis tanti ſpatio gerendo ſeſe pro libero, domini poteſtati ſe ſubducere, & poſt quandocunque inſtituto iudicio liberali ſeu præiudicio, contra dominum obtinere poſſit, de quo latius hic agere, eſt præter propoſitum noſtrum. Prorſus ſi domino cõtrouerſiam ſui faciat, poſſideri negatur *l. ſi is, qui 15. §. 1. h. t.* & ita tandem videri poſſit locus eſſe præſcriptioni libertatis, dummodo non amplius pro fugitiuo, ſed pro libero ſe gerat, arg. *l. quod autem 10. verſ. quid ſit de lib. cauſ.* Alios caſus quibus ceſſat præſcriptio, notat *Ioh. Faber hic n. 6.*

L. XII. Tabb.] Quid opus fuit † duplici Lege prohibente vſucapionem rerum furtiuarum? nam & ICtus *in l. non ſolum 33. in pr.* vtriuſque huius L. meminit. Oportet, cum quæ poſterior fuit, aliquid addidiſſe, & vtcunque non ſatis conſtet, vtra ſit poſterior, probabilius tamen eſt, Atiniam fuiſſe recentiorem; ceteroquin per LL. XII. Tabularum eius autoritas & ius fuiſſet ſublata: cum LL. XII. Tabularum latæ fuerint ab his, qui in vniuerſum eius rei acceperunt poteſtatem, & facit quod Legis Atiniæ hoc caput quoque fuit, vt rei furtiuæ eſſet vſucapio, ſi ea in domini poteſtatem perueniſſet *d. l. 4. §. quod autem. h. t. l. poteſtates 215. in fin. de verb. ſignif.* vt proinde ea L. Atinia plenius diſpoſuiſſe videatur. Eius verba hæc refert *Gellius l. b. 17. cap. 7.* Eius, quod ſubreptum erit, æterna autoritas † eſto. 4
Cicero, vt ad pr. tit. retulimus, ait fundos & alia

alia à patre obuenire, ſed autoritatem eſſe à iure ciuili, id eſt, vt quamque rem iure tenere, & contra quemcunque aſſerere poſſimus, quo ſenſu, (licet ſpecialius magis) *in orat. pro domo*, accipit *ius autoritatis*: & eodem ſenſu dicitur ex L. XII Tabularum autoritatis fundi, vſus biennii eſſe, & ſcilicet per vſum biennii quem fieri dominum rei An eodem ſignificatu in loco iam citato Gellii vſurpatur vox *autoritatis*, quod qui velit adquirere rem furtiuam, id facere non poſſit, niſi æternum eam poſſideat, adeo numquam poſſit eam adquirere. An potius ſumitur alio ſenſu, quod dominus cui res ſubrepta eſt, habeat autoritatem & poteſtatem rem illam ſemper perſequendi, quæ etiam iſtius verbi ſententia eſt, in eo quod 1. *offic.* laudat Cicero; Aduerſus hoſtem, æterna autoritas eſto. Igitur duplex fuit Lex de rebus furtiuis, duplex itidem de rebus vi poſſeſſis: Lex Plautia & Iulia. & hæc poſterior, vt notat hic Cuiac. nam copula ET facit, vt ſeparatæ LL. intelligantur, quomodo & *in L. non ſolum 33. §. ſi dominus 2. h. t.* Ceteroquin diceretur Lex Plautia, Iulia, quomodo dicitur Lex Papia, Poppæa, à duobus vnius anni Conſulibus, & ad eundem modum Iunia Norbana, Furia Caninia, Ælia Sentia. Atquin ſi æterna autoritas eſt, non poterit, poſt 30. annos dominus excludi, cõtra quam ſupra diximus. Dicam vel quod verbum *æternum* hic ſumatur paulo pingui°, vel quod præſcriptio tricennalis poſteriorib. conſtitutionibus Impp. eſt introducta, cum ante actiones eſſent perpetuæ *in pr. inſt. de perp. & temp. actionib.*

Quod autem dictum eſt.] Superuacua admonitio hæc eſt, quod L. Attinia etiam habeat locum in eorum perſona, qui rem furtiuam bona fide acceperunt: tum quod alias Lex Attinia ſuperuacua fuiſſet: ſiquidem communi iure ipſi fures vſucapere non poſſunt, tum & magis, quoniam hoc iam in pr. §. expreſſum erat; nimirum furtiuas res vſucapi non poſſe, etiamſi longo tempore bona fide fuerint poſſeſſa: Atquin ipſe fur, aut qui alium per vim deiicit, vtique bonam fidem habere non poteſt.

Quamuis ab eis.] Fure ſcilicet & violento poſſeſſore, quorum fecit mentionem Iuſtin. quia ab his primum incipit vitium habere res; quod poſtea comitatur poſſeſſorẽ quemcumque, itaque idem erit. vt non ſit locus vſucapioni, licet hi qui rem à fure acceperunt, porro in alios eam alienauerint, hoc enim eſt, quod dicitur, vitia poſſeſſionum durare, & rem ipſam comitari *l. vitia. 11. C. de adq. poſſ.* & quod eſt in §. *nouiſſimo inſr. h. t.* rem talem eſſe oportere, vt in ſe non habeat vitium, ſiquidem à bonæ fidei poſſeſſore debeat vſucapi. Notant Interpp. ſatis eſſe adducere Legem pro ratione. Ait enim Iuſtin. res furtiuas non poſſe vſucapi, quia Lex inhibeat vſucapionem, neque placet ratio, quod per furtum ipſa res vitio afficiatur, hoc enim ipſum eſt ex Lege prohibente; Cum vſucapio breui ſatis tempore perficeretur, forte placuit eam reſtringere ſub colore vitii quod contraxiſſe res videbatur, & cum furtũ clam fiat, non ita facile res furtiuæ inquiri poſſunt, & contra violentum poſſeſſorem forte ob vim & potentiam non poſſe quis ſtatim experiri creditur.

TEXTVS.

3\. Vnde in rebus mobilibus non facile procedit, vt bonæ fidei poſſeſſoribus vſucapio competat. Nam qui ſciens alienam rem vendiderit, vel ex alia cauſa tradiderit, furtum eius committit. Sed tamen id aliquando aliter ſe habet. Nam ſi heres rem commodatam aut locatam defuncto, vel apud eum depoſitam, exiſtimans eſſe hereditariam, bona fide accipiendi vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, quin is qui acceperit vſucapere poſſit, dubium non eſt, quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit: cum vtique heres, qui bona fide tamquam ſuam alienauerit, furtum non committat.

mittat. Item ſi is, ad quem ancillæ vſusfructus pertinet, partum ſuum eſſe credens vendiderit, aut donauerit, furtum non committit: furtum enim non committitur ſine affectu furandi. Aliis quoque modis accidere poteſt, vt quis ſine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, & efficiat, vt à poſſeſſore vſucapiatur.

COMMENTARIVS.

1 *Caſus quo ſciens rem alienam vendens, non committit furtum.*

2 *An poſſit vſucapi res* pro herede.

3 *Caſus quibus res aliena ſcienter translata vſucapitur.*

IN *rebus mobilibus.*] Quoniam harum tantum, non etiam immobilium furtum committitur, vt eſt *in §. ſeq.* Eſt autem talis collectio. Quæ res facile in vitium furti cadunt, illarum difficilior eſt vſucapio & infrequentior; quoniam talium rerum non eſt vſucapio. Atqui res mobiles facile in vitium furti cadũt; quoniam, vt hic ſubiicitur, quisquis ſciens eas alienas, (harum autem tantum eſt vſucapio) in alium quoquo modo transfert, furtum earum committit, quod confirmatur *l. 1. C. pro empt. l. 2. C. pro donato.* Id illuſtratur exemplis duobus huius §. ſi heres rem defuncto commodatam ſciens alienam vendat, ſi fructuarius ſciens partum ancillæ ad ſe non pertinere, vendat. Idem & magis erit, ſi ipſe commodatarius rem vendat *§. furtum 6. infr. de furt.* Sed pone, heres rem defuncto cõmodatam, putans fuiſſe defuncti, vendidit † bona fide
1 accipienti, hic cum eſſet in conditione vſucapiendi, reſciuit rem defuncto fuiſſe commodatam, vſucapio quidem non interumpitur, ſed an ſi antequam impleuiſſet vſucapionem, rem vendiderit alteri, an furtum committi dicemus? Id quidem affirmandum fuerint, ſi præciſe verba huius textus ſequamur, furtum cõmittere, qui ſciens rem vendidit alienam. Et ego tamen vix putauerim hoc admittendum eſſe, & crediderim hoc quod in textu noſtro eſt, ita accipiendum & reſtringẽdum ad eum, qui cum rem primum accepit eſſe alienam ſciuit, & tamquam alienam accepit, qui vendendo intelligitur rem velle interuertere domino, ſicut & tum furtum cõmittit, ſi eam retinens apud ſe, interuertendi animum habere incipiat *l. inficiando 67. in pr. de furt.* quæ locum non habent, ſi quis initio rem fide bona accepit, quam cum continendo poſſeſſionem vſucapere potuiſſet, non poteſt videri eius alienatione commiſiſſe furtum; & hæc limitatio ad illum locum notanda eſt.

Sed tamen id aliquando.] Dixerat mobiles res non facile vſucapi; quoniam facile fiant furtiuæ, idque eo confirmarat, quod quiſquis ſciens rem alienam mobilem vendat, furtum eius committat. Hoc non eſſe perpetuum docet hoc verſ. & ſcil. ſæpe contingere, vt res mobilis vſucapiatur, quoniam non raro accidat, vt quis rem mobilem ignorans alienam & ſuam putans eſſe aliquo modo in alium transferat. Quæ cum rectiſſime ſe habeant, oportet Hottomannum dormitaſſe, dum ſcribit hic Tribonianum parum fuiſſe attentum ad negotium ſuum, & falſum eſt, quod iſta verba nihil ſignificent, & quod iſtud colligatur ex *l. poteſt 36. h. t.* neque enim neceſſum fuit, vt Tribonianus eadem verba retineret, & omnino optime d. l. cum hoc textu conuenit, ait enim ibi ICtus hoc ipſum, quod noſtro h. §. proponitur, poſſe aliquibus modis accidere, vt quis per errorem rem alienam vendat tamquam ſuam.

Bona fide accipienti vendiderit.] Hoc ita Iuſtin. quoniam vult proponere caſum, quo alienatione rei alienæ non committitur furtum, qui caſus in perſona ipſius heredis rem ſuam eſſe putantis, & eam retinentis proponi non poteſt. Sed & alia ratione ita locutus eſſe videri poteſt, quod nimirum heres non vſucapit ipſe rem eiuſmodi defuncto † commo- 2
datam, licet ſuam eſſe putet, quoniam titulus, Pro herede ad vſucapionem habilis non eſt, etiam ad adquirendam rem ſingularem, vt perſpicue probatur per textus *in l. 1. & vlt. C.*

de vſu-

de vſucap. pro hered. quamuis aliis diuerſum placuiſſe oſtendat *l. pen. D. pro hered.* de quo hic accuratius tractare non libet. Et fruſtra diſtinguitur, an heres à ſe velit incipere vſucapionem. Ceterum de hoc caſu quærimus dum tractamus de titulo pro herede. Nec etiam poteſt admitti cum Accurſio, quod vſucapio *pro herede* habeat locum, ſi defunctus rem tenuerit, tamquam ſuam ſed ſine titulo. Nihil enim hoc poteſt facere, ad iuſtificandum titulum *pro herede*: & vitium defuncti nocet heredi. Ceterum vbi defunctus poſſedit cum titulo, ſed mala fide, quæri ſolet, an heres de nouo vſucapere volens & non computare tempus defuncti, audiatur, de quo dicemus *infra ad §. diutina h. t.* vbi etiam notabimus caſum alium quo vſucapioni *pro herede* locus eſſe poſſit.

Partum vendiderit.] Ex duplici prædicta ratione, hic quoque partum vt proprium venditum proponit: nam ipſe fructuarius vſucapere non poteſt, quoniam, vt docet *§. in pecudum 38. ſup. de rer. diuiſ.* in iure errat, fructuarius dum partum ancillæ ad ſe pertinere putat. error autem iuris vſucapioni impedimento eſt *l. numquam 31. in princ. h. t.*

Furtum ſine affectu.] Eſt enim contrectatio
1 fraudulenta *§. 1. infra de oblig. ex del.* itaque non eſt furtum vbi quis putat rem eſſe ſuam, & abeſt ab ipſo animus doloſus *§. placuit 7. in fin. d. t. l. furtum 37. in princ. h. t.* Et error iuris licet impediat vſucapionem *d. l. 31. h. tit.* vtique tamen excuſat à dolo & delicto à quo, vt vulgo traditur, quæuis, vel fatua cauſa excuſat, *arg. l. plagii 14. C. ad L. Fab. de plagiar. l. 1. in fin. de abig.*

Aliis quoque modis.] Omnibus ſcilicet iis qui-
2 bus putat rem eſſe ſuam † & proponitur alius *in l. poteſt 36. h. tit.* ſi quis cum heres non eſſet, iuſta tamen cauſa, vel etiam errore iuris putans ſe eſſe heredem, rem vere hereditariam vendat; Idem erit, ſi quis rem pro derelicto habitam putans vendiderit. Item, ſi quis vendiderit rem ſibi à coniuge donatam, quamuis iure donatio nulla ſit; & hoc amplius, licet qui emit, rem talem [illegible] *l. ſi id. 5. pro derelicto*, quoniam cum domini conſenſu donatarius rem poſſideat, furtum committi non poteſt. Item huc refero caſum, de quo ad pr. §. dixi, ſi quis rem mobilem quam vſucapere cepit, licet iam ſciens alienam, vendiderit. Addo & alium notabilem caſum, quo quis etiam rem alienam mobilem ſciens occupans, non committit furtum, nimirum ſi hereditas ſit iacens, vt expreſſum eſt *in l. 1. §. Scæuola. 15. ſi is qui teſt. lib. eſſe iuſſ.* Itaque hanc rem accipiens bona fide vſucapere poterit, dum tamen ne alius interſit eam non eripi. Nam *d. l. 1. §. 15.* omnino ita accipienda eſt, quod non fiat furtum hereditati, & heres poſt non poſſit agere furti; ceteroquin ſi ſeruus cuius vſusfructus legatus eſt, & quem heres non poſſedit, nec fructuarius, ſubreptus ſit, fructuario competere actionem furti reſponſum eſt *in l. ſi homo 35. h. t.* quo pertinet quod eſt in *l. hereditariæ 68. de fur.* hereditariæ rei non fieri furtum niſi commodata aut pignorata fuerit: & addenda diſtinctio Dd. quod rei quæ iam non poſſidetur fiat furtum, modo qui eam ante poſſidebat ſuperſit, qui videlicet eam caſu amiſit per *§. pen. & vlt. ſup. tit. 1. de rer. diuiſ.*

TEXTVS.

3. Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expeditius procedit, vt ſi quis loci vacantis poſſeſſionem propter negligentiam aut abſentiam domini, aut quia ſine ſucceſſore deceſſerit, ſine vi naniſcatur, quamuis ipſe mala fide poſſideat, quia intelligit ſe alienum fundum occupaſſe, tamen ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res adquiri: quia neque furtiuum, neque vi poſſeſſum acceperit. Abolita eſt enim quorundam veterum ſententia, exiſtimantium, etiam fundi locíue furtum fieri. Et vtilitati eorum qui

qui res ſoli poſſident, principalibus conſtitutionibus proſpicitur, ne cui indubitata & longa poſſeſſio debeat auferri.

Commentarivs.

1 *De huius loci lectione.*
2 *Res vacans quæ dicatur.*
3 *Immobilium rerum cur non fiat furtum.*
4 *Mutatio iuris quod eſt in hoc §.*
5 *Reſpectio & limitatio* auth. malæ fidei C. de præſcr.long.temp.

ITa Pacius edidit, *expeditius procedit*, ſecutus Cuiacium, qui ita explicat, quod facilius
1 † & ſæpius accidat, vt vſucapiantur res immobiles, quæ videlicet in vitium furti non cadunt, & quomodo hic explicatur, facile quoque & non paucis caſibus initio citra violentiam occupari poſſunt. Et iſtud quidem verum eſt. Sed ſi hæc fuiſſet mens Iuſtiniani, ita porro ſcribendum fuiſſet, *expeditius procedit, vt illa poſſint vſucapi.* quomodo ſcriptum non eſt; tum etiam ita eſt defectiua locutio, *Quod ad eas res quæ ſolo continentur.* quomodo ſcripſiſſe Tribonianum veroſimile non eſt: ſed potius, verbo *expedit* vſum pro, *attinet.* Et itaque omnino retinenda eſt vulgata lectio, quæ Baroni, Hottomanno & aliis quoque probatur. *Quod ad eas res quæ ſolo continentur, expedit, im ita procedit.* Et ſtatim nimirum oſtendit, quomodo citra vitium violentiæ res immobilis ad aliquem peruenire poſſit. Et proponit caſus dubitabiliores, quibus quis etiam ſciens prædium alienum occupat, vt tamen vſucapere poſſit, non quidem ipſe, cum ſit in mala fide, (procedit enim hic in dubio illud, quemque debere ſcire, quod ſuum non eſt, ad alium pertinere) ſed qui rem ab eo bona fide accepit: Quod ſecus eſt in rebus mobilibus, quas qui ſciens alienas animo lucrandi occupat & detinet, protinus furtum committit: vt proinde iam res vitio affecta, à nullo quamuis bonæ fidei poſſeſſore, vſucapi poſſit. Itaque protinus remouet rationem dubitandi, & docet cur aliter obtineat in prædiis, quoniam videlicet horum furtum non committatur, abolita, vt ait veterum ſententia, qui etiam fundi 3
locive furtum putabant fieri; atque hæc ex *l. furtum 37. §. 1. cum l. ſeq. h. tit.* eamque olim fuiſſe Sabini ſententiam refert *Gell. Lib. XI. cap. XVIII.*

Ceteroquin multi alii ſunt caſus, quibus quis etiam rem immobilem bona fide putans eſſe ſuam alienare poteſt, veluti ſi quis in hereditate reperiat ædes oppignoratas, (nam & immobilia creditori in ſecuritatem debiti tradi poſſunt) commodatas (nam immobilia commodato dari poſſunt *l. 1. commod.*) precario conceſſas, aut ex mandato alicuius à defuncto emtas &c.

Vacantis loci.] Vacans † dicitur res vel ra- 2
tione dominii vel ratione poſſeſſionis; & vbi quis ſine ſucceſſore deceſſit, poteſt etiam res dici vacua ratione dominii, ſed magis eſt vt hic dicatur ſine ſucceſſore decedere, qui non habet certum heredem; quinimo & amplius puto, iſtud & hic & in *l. 38. h. t.* ita proponi, vt tanto magis conſtet rem vacuam eſſe; conſtat enim, etiamſi quis deceſſerit inſtituto certo herede, tamen poſſeſſionem in eum nec adita quidem hæreditate tranſire *l. cum heredes 23. in princ. de adquir. poſſ.* & hereditas interim domini quidem *§. ſeruus etiam 4. infra de hered. inſt.* ſed non poſſeſſoris vicem ſuſtinet, ex quo etiam fit, vt iacente hereditate rerum hereditariarum negetur fieri furtum *l. 1. §. Scæuola 15. Si is qui teſtam. lib. iuſſ.* Itaque fatendum eſt, ſi quis occupet hereditarium fundum ſine vi, etiamſi certus ſucceſſor ſit relictus, tamen procedere quod hic traditur, vt qui ab hoc occupante eum bona fide accepit, eum vſucapere poſſit; quod omnino hic ſupplendum eſt & ad *d. l. 38. eod.*

Neque obſtat quod etiam iacente hereditate impletur cœpta vſucapio *l. cœptam 40. h. t.* non autem poſſunt duo rem eandem ſimul

ſimul vſucapere, quia nec poſſidere iuxta *l. 3. §. per contrarium. de adquiren. poſſ.* Etenim 1. ponemus rem fuiſſe propriam defuncti, non quam vſucapere ceperit. Deinde & rectius, quod *in d. l. 40. h. t.* dicitur receptum eſt iure ſingulari *l. iuſto 44. §. nondum 3. h. tit.* & quidem dum res vacua manet, nec ab alio poſſeſſa eſt *l. qui cum 6. §. vlt. pro emptore, iunct. l. poſſeſſio 19. h. tit.* Hæc de re eius, qui deceſſit. De altero membro, ſi quis occupauit rem domini abſentis, obiicitur: Quod aut rem dominus habet pro derelicto, aut non habuit. Illo caſu non opus eſt vſucapione. Sed res vtpote quæ nullum habet dominum, protinus fit occupantis per notata *ad §. pen. ſup. de rer. diu.* hoc caſu nec qui eam accepit videtur poſſe vſucapere, cum dominus abſens poſſeſſionem non amiſerit, vt proinde nec vacans dici poſſit: quod autem abſens quoque retineat poſſeſſionem, probatur *ex l. clam Cod. 51. de adquir. poſſ.* Reſpondebo 1. Quod quis poſſit ignorare rem habitam eſſe pro derelicto, & eam occupare tamquam alienam; eoque mala fides in eius perſona inhibet vſucapionem. 2. Quod poſſeſſio quam retinet abſens, ſit tantum ciuilis, quæ non impediat, quominus naturalis poſſeſſio interim occupata, accedente bona fide accipientis proſit ad vſucapionem. 3. Et apertius, loqui hic Iuſtinianum de re vacante, & de domino non ſimpliciter abſente, ſed ſimul res ſuas negligente, quem non retinere poſſeſſionem certum eſt. Illud hic addendum eſt, errare gloſſ. & reprehendi communius ab Interpp. quæ putat hunc locum correctum per *l. vlt. C. vnde vi.* Etenim ne inducatur correctio textuum, dicendum erit, occupatorem clandeſtinum vacantis poſſeſſionis, hactenus pro prædone haberi, vt ipſe eo remedio de quo ibi agitur, conueniri poſſit, ceteroqui quo ad alia minime omnium pro violento haberi.

Abolita eſt ſententia.] Sed quare non placuit, 3 etiam † immobilium rerum furtum fieri? ſcilicet furtum eſt interuerſio poſſeſſionis, rei immobilis poſſeſſio non interuertitur, ſi quis clam fundum verbi cauſa ingrediatur; nimis enim abſurdum ſit, ſtatim hoc modo dominum priuari poſſeſſione fundi, cui ipſe ſemper corpore incubare non poſſit, & ſi quis ingreſſus fundum, dominum aduenientem non admittat, vi poſſidere dicitur, *d. l. 6. §. 1. de adq. poſſ.* & delicta violentiæ & furti diſtincta eſſe placuit. Accedit notatio nominis, fur dicitur à Græco φὼρ quod Gellius oſtendit *1. Noctium Attic.* & φὼρ ἀπὸ τοῦ φέρειν. quod & magis probat Iuſtin. *in §. 2. infra de furt.* poſt ICtum *in leg. 1. Dig. eod.* res autem mobiles, non item immobiles ferri dicuntur.

Fundi locive.] Loci nomen generalius eſt, nam & ædes & area locus eſt, fundus non eſt; itaque in pr. §. ſimpliciter ait Iuſtin. *Loci vacantis.* Ineptæ ſunt diſtinctiones Mynſ. Cuiacii, & Pacii, quod fundus ſit integrum aliquid, Locus, portio fundi, quod fundus finibus regatur, locus non regatur, nam & quælibet minima portio, fundus recte dicitur *l. quod in 24. §. 3. de legat. 1.* ſpecialis acceptio eſt quod ager ſine ædificio dicatur locus; cum ædificio, fundus *l. fundi 211. de verb. ſignif.* ex qua etiam apparet, locum proprie magis in vrbe dici aream, non etiam ædes. Illud perſpicuum eſt, locum hic non vſurpari, vt in Phyſicis, pro ſuperficie continente corpus.

Et eorum vtilitati.] Aut intelligit conſtitutiones, quibus etiam ante ipſius tempora poſſeſſores in prouinciis quoque per longam poſſeſſionem tuti erant, vel per exceptionem, vel per vtilem actionem, iuxta tractata ad Rubr. nam ex XII. Tabb. vſucapio anni vel biennii eſt, non præſcriptio longi temporis; aut eas, quibus omnimodo XXX. annorum poſſeſſio eos defendebat, iuxta *l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. ann.* Hodie vbique per longi temporis poſſeſſionem res adquiruntur eodem iure quo olim per vſucapioné. Illud autem addendum, iuri quod hic refertur,

4 vt † qui bona fide rem accepit à poſſeſſore malæ fidei, vſucapere poſſit, derogatum eſſe iure nouiſſimo. *Nou.119.cap.7.* ex qua deſumpta eſt *auth. malæ fidei.C.de long. temp. præſcr.* per quam conſtitutionem tum demum locus eſt vſucapioni aut longi temporis X. & XX. annorum præſcriptioni, ſi dominus ſciens rem ſuam ab alio poſſeſſam, conteſtatus id non ſit poſſeſſori; Ceteroquin demum per longiſſimi temporis XXX. annorũ præſcriptionem poſſeſſor rem ſibi adquirit; & ita ſimul tollitur diſpoſitio *l. vlt. in fin. C. de long. temp. præſcr.* vbi dicitur, non eſſe attendendam (ſcilicet domini) ſcientiam aut ignorantiam, & ita fit, vt non ſufficiant amplius dominis ſpatia X. aut XX. annorum ad inquirendas res ſuas, contra *pr. ſup. h.t. & l. vn. C. de vſucap. transform.* Doctores id latius produxerunt contra manifeſtam rationem iuris, vt domino qui ignorauit, etiam poſt LX. annos detur reſtitutio, quod ſi ita iuris eſſet, non opus fuiſſet, iam d. noua conſtitutione N. 119. *cap.7.* Nihil etenim effectu intereſt, an per ordinarium an extraordinarium reſtitutionis remedium poſſeſſori res auferatur. Cum autem in *d. Nouel. 119. cap. 7. & auth. malæ fi-*
5 *dei* † *C. de long. temp. præſcr.* agatur de præſcriptione X. aut XX. annorum, & ius iſtud ſit correctoriũ, recte proinde Dd. videntur id reſtringere ad vſucapionem rerum immobilium & alias verius eſt, vt poſſeſſor rei mobilis ſciens alienando non faciat furtum: ſicut & iidem recte reſtringunt vel declarant *d. Nouel. 119.* vt procedat, ſi ipſo tempore alienationis adſit mala fides alienantis. Quin & amplius voluut, vt tantum hic non poſſit vſucapere, qui rem immediate accepit à malæ fidei poſſeſſore, ſecus in tertio. Quod haud ſcio an probare debeam, ſiquidem indiſtincte loquitur Iuſtin. nec videtur ratio, cur alia ſit ratio poſſeſſoris primi, qui & ipſe habet bonam fidem: & ſi hic ſtatim rem alienet, iam fieret fraus conſtitutioni Iuſtiniani: Et ita tamen vt retuli, etiam cenſet *Fabern.* 8. ex hac ratione, quod mala fides non ſit vitium reale, ſed hac ratione nec obeſſet primo emptori, contra quam cõſtituit Iuſtinian. Amplius *Ang. in § furtiua h. t.* reſtringit *d. auth.* ad alienationem voluntariam; & porro, quod notandum eſt, ad eum qui initio poſſeſſionis habuit malam fidem, non cui poſt superuenit.

TEXTVS.

4. Aliquando etiam furtiua, vel vi poſſeſſa res vſucapi poteſt: veluti ſi in domini poteſtatem reuerſa fuerit: tunc enim vitio rei purgato, procedit eius vſucapio.

COMMENTARIVS.

HÆc limitatio tribuitur Legi Atiniæ in *l.4.§. quod autem 6. h. t.* & non vno loco præterea de ea tractant textus iuris *l. quamuis 84. de furtis l. vlt. h. t.* Et mihi tamen ſemper hæc exceptio inſubtilis viſa eſt, & veriſſime hic adnotatum ab Accurſ. quod hoc caſu, vbi in poteſtatem domini res rediit, deſierit eſſe vitioſa; & velut ipſe hic ait Iuſtin. vitium ſit purgatum. Quod ſi vitium purgatum eſt, ergo res non amplius eſt vitioſa, & conſequenter nimis quam craſſe dicitur hoc §. & alibi, rem furtiuam vel vi poſſeſſam vſucapi poſſe; perinde ſi quis dicat, rem ſacram, vel religioſam poſſe vſucapi, poſtquam deſiit eſſe ſacra; neque profecto hoc videtur ſatis defendi, vel ſaltem excuſari poſſe.

Et ſane ICti iſtud præcipue hic tractant, cum non tantum auferendo rem dominis, ſed etiam aliis eam tenentibus furtum committatur *§. furti 13. infra de oblig. ex del.* an omnino in domini poteſtatem rem rediiſſe oporteat, an ſufficiat veniſſe in eius poteſtatem, penes quem res erat cum auferretur, & an omnino neceſſe ſit, dominum apprehendiſſe rurſus poſſeſſionem. Et id minime ita præciſe accipiendum eſſe dolent ICti, ſed ſufficere, ſi quomodocunque domino ſit ſatisfactum, veluti ſi æſtimationem litis dominus acceperit *d. l. quamuis 84. de furt.* vel ſi cum fure tranſegerit, aut à fure pretium acceperit *d. l. 84.* Et

Et haud dubie ſiue in ipſius domini, ſiue in alterius, domini voluntate, poteſtatem peruenerit, vitium purgatum eſſe intelligetur. Quod ad prius autem attinet, ita accepta eſt Lex Atinia, vt oporteat rem in domini poteſtatem redijſſe, non eius cui ſubrepta fuit, veluti commodatarij, conductoris, *l. 4. § quod autem 6. h. t.* quoniam hi tantum actionem mere pœnalem, nullam autem pro re ipſa perſequenda habent actionem, de quo dicemus *infra §. 13. cum ſeqq. de obl. ex delicto.* Eadem eſt ratio ſi creditori ſubrepta res ſit *dict. lg. 4. § 6. h. t.* purgatur enim vitium vbi in manum domini debitoris reuerſa res eſt, vbi videlicet ab alio ſubrepta eſt, quod ſi enim ipſe debitor rem propriam ſubripiat debitori, (quo caſu furtum quoque committi conſtat §. *aliquando* 10. *infr. de furt.*) cum ipſe dominius furtum faciat, purgatur vitium, vbi in creditoris poteſtatem redijt *l. vlt. h. t.* videlicet omnimodo, & ſiquidem hic aliqua ratio debet eſſe purgandi vitij per reditum in manus alterius quam furis: Ceteroquin & inſuper ſubtili quadam ratione, cum ipſe fur ſit dominus, videtur ſimul & res furtiua facta & vitium purgatum; quo fit, vt, (ſi forte res non fuerit propria debitoris) non ſi diſtraxerit debitor, vſucapioni ſit locus *l. 5. pro emptore l. 4. §. ſi rem 21. de vſuc.* quamuis alias etiam in re propria debitoris, per varias commutationes poſſit accidere, vt quæratur de iure vſucapiendi; Et ſane Porcius poſt alios, hic diſtinguit, inter rem propriam & alienam pignori obligatam, & ab ipſo debitore ſubtractam. Cetera huc pertinentia ſatis copioſe exponuntur in *l. 4. §. 6. cum multis ſeq. h. t.*

TEXTVS.

5. Res fiſci noſtri vſucapi non poteſt: Sed Papinianus ſcripſit, bonis vacantibus fiſco nondum nuntiatis, bonæ fidei emtorem traditam ſibi rē ex his bonis poſſe vſucapere: & ita Diuus Pius, & Diuus Seuerus & Antoninus reſcripſerunt. Nouiſſimè ſciendum eſt, rem talem eſſe debere, vt in ſe non habeat vitium, vt à bonæ fidei emptore vſucapi poſſit, vel qui ex alia iuſta cauſa poſſidet.

COMMENTARIVS.

1 *Variatio Triboniani.*
2 *De ſententia* l. 13. de diuerſ. præſcript.

PErtinet ad tractatum §. 1. *& 2. ſupr. h. t.* de rebus, quæ vſucapi poſſunt. Variæ ſunt res quæ effugiunt vſucapionem, & pro earum diuerſitate variæ quoq; huius iuris cauſæ: Iſtud priuilegium eſt rerum fiſcalium, *h. §. & l. vbi 24. inf. h. t. & l. 18. eod. l. 2. C. comm. de vſucap.* ne princeps per vſucapionem damnum patiatur; cum præſertim in eo ceſſet ratio negligentiæ, cum aliæ ſint ipſius curæ, quam vt inquirat, quæ res ſint eius vel publicæ, quæ cura eſſe debet procuratoris fiſci, qui cum dominus non ſit, non debet negligentia ſua damnum principi inferre. Eademque cauſa videtur, ob quam nec res ciuitatum vſucapi poſſunt *l. vſucap. 9. h. t.* Et tanto magis id procedet in rebus quæ dicuntur patrimoniales principis, quippe quæ conferuntur cū fiſcalibus in §. *vlt. h. t.* Et tamen poſſeſſoribus prodeſſe vetuſtatis auxilium reſcriptum eſt in *l. vlt. C. de fund. priu.* quod de tēpore XL. annorum accipiendum docet *l. vlt. C. de fund. patrimon.* & arg. ex *l. 4. C. de præſ. 30. ann.* Secundum quam quoduis etiam ius publicum & publica perſecutio excluditur præſcriptione 40. annorum quo facit, quod tantum excipitur, tributorum collatio *l. comperit 6. C. de præſcript. 30. ann.* Sed rurſus aliud Iuſtiniano placuiſſe videtur in *l. vt inter 23. Cod. de ſacroſ. Eccleſ.* vbi ciuitatibus demum vult obſtare præſcriptionem centenariam, & multo igitur magis hoc iure vtetur fiſcus; ita parum memor fuit † Tribon. eorum quæ ſcripſit *ſub tit. C. de præſcr. 30. ann.* Quæ res facit ineptire Dd. vt 1
ſpeciale ſtatuant, in hereditate, donatione,

venditione legato, quorum mentio in *d.l.23.* cuius ſpecialitatis nulla penitus ratio reddi poteſt. Sed Iuſtinianus, aut potius Tribonianus deſultoria leuitate iura mutauit; quippe qui cum *d.l.23.* etiam Eccleſijs vindicantibus res; velit obſtare demum 100. annorum præſcriptionem, quod confirmat N.9. tamē poſtea N. 111. *&* 131. *cap.* 6. mutat, & 40. annorum præſcriptionem Eccleſijs obſtare conſtituit; qua conſtitutione puto etiam pro correcto habendum, quod de ciuitatibus diſpoſitum erat in *dict. leg. vt inter* 23. *Codic. de SS. Eccleſ.* tum quia ibi confert ciuitates & Eccleſias, tum quia ratio qua ſe motum refert, vt mutaret priorem conſtitutionem in *dict. Nouell.* 111. *in pr.* itidem militat in ciuitatibus: & cum Eccleſiæ alias ſint magis fauorabiles, rationis non eſt, vt plus tribuatur ciuitatibus. Placet tamen fere communius, excipi Eccleſiam Romanam, & huic tantum opponi poſſe centum annorum præſcriptionem, ſed recte hoc improbat *Cuiac. 5. obſ. 5.* Etenim N.9. non datur ſpeciale priuilegium Eccleſiæ Romanæ ſc. quod ante diſpoſitum erat in Oriente, etiā producitur ad Occidentem: nec tantum de Romana Eccleſia. Sed de omnibus Occidētis Eccleſijs ibi tractatur & diſponitur. Ceterum de rebus fiſci ſcrupulum mouet *l. in om-*
2 *nibus* 13. *de diuerſ.* † *& temp. praſcr.* vbi dicitur in fiſci quæſtionibus, (niſi ſpecialem minora tempora ſint conſtituta) præſcriptionem vicennij cuſtodiri, Acc. id quidem refert ad bona needum fiſco nuntiata. ſed obſtat, tū quod ſimpliciter ita reſpondetur de omnibus fiſci quæſtionibus, tum quod bonorum needum fiſco nuntiatorum videtur eſſe vſucapio; & vix dubito, quin in *l. quamuis* 18. *h. t. in fin.* pro *vſuſucapio* ſubſtituerit Tribonian. *diuturna poſſeſſio*. Ego malim *d.l.13.* referre ad cauſas criminales, ex quibus bona damnatorum, & ex quibuſdam cauſis etiam non damnatorum pertinent ad fiſcum, vel etiam bonorum pars: vt nimirum ſicut ipſorum delictorum perſecutio, ita & perſecutio bonorum, quam fiſcus habet, vicennij præſcriptione excludatur.

Bonis vacantibus.] Idem in *d.l.18. h.t.* Eſt hoc ex numero regalium, quæ pertinent ad locupletandum fiſcum: ius occupandi bona vacantia: veluti ſi quis ſine ſucceſſore decedat. Et erant delatores, qui aliquo lucro inuitati denuntiabāt fiſco, huiuſmodi bona. Poſſunt etiam huc referri bona caduca vel in cauſa caduci: nam & hæc ita diſponente Lege pro vacantib. habentur. Ea autem fere ſuſtulit Iuſtin. in *l. vn. C. de caduc. toll.*

Vſucapere poſſe.] Iuſtinian. vetera & noua iura confuſe tractet. Super bonis vacantibus & non nuntiatis olim poſt 4. annos fiſcus quæſtionem mouere non poterat, *leg.* 1. *Codic. de quadr. praſcript. l.* 1. §. *diuus de iure fiſci. leg.* 10. §. 1. *de diuerſ. praſcript.* Eo iure vtile erat ea accepiſſe titulo & bona fide, quo vſucapio erat anni vel biennij. Hodie immobilia demum 10. aut 20. annis vſucapiuntur. Et an igitur fiſcus hodie vſque ad 10. annos poterit mouere quæſtionem ſuper bonis vacantibus? Vix dixerimus, ſed aut referam hunc §. ad res mobiles, aut dicam hoc ita ex iure veteri huc relatum. Adde, quod ius fiſci quod habebat in bonis reorum adnotatorum demum finiebatur præſcriptione 20. annorum *l.* 1. §. 3. *de iur. fiſci*; quoniam hoc ius potentius erat, ex delicto. Adde quod fiſco petenti res quæ in commiſſum cecidiſſe dicuntur, obſtat præſcriptio quinquennij *l.* 2. *Cod. de vectigalibus*, & iſtis ſcilicet caſibus, quia actionibus fiſci eiuſmodi tempus præſcriptum eſt, obſtabit exceptio ſine vlla bonæ, vel malæ fidei conſideratione.

Non ſumme ſciendum eſt.] Diximus ad §. 1 *h.t.* hoc eſſe præcipuum & primum requiſitum, vt res ſit habilis, & id ante omnia præſupponendum. Ait autem *non ſumme*, quia aliquot §§. tractauit de rebus, quæ vſucapi poſſunt, vel non poſſunt.

TEXTVS.

6. Error autem falſæ cauſæ vſucapionem non parit: veluti cum quis non emerit, emiſſe ſe exiſtimans poſſideat: vel cum

Digitized by Google

cum ei donatum non fuerit, quaſi ex donatione poſſideat.

Dixi ad pr. huius tit. in verbu, Rem. emerit.

TEXTVS.

7. Diutina poſſeſſio, quæ prodeſſe defuncto cœperat, & hæredi & bonorum poſſeſſori continuatur, licet ipſe ſciat, alienum prædium eſſe. Quod ſi ille initium iuſtum non habuit, hæredi & bonorum poſſeſſori, licet ignoranti poſſeſſio nõ prodeſt. Quod noſtra conſtitutio ſimiliter, & in vſucapionibus obſeruari conſtituit, vt tempora continuentur. Inter venditorem quoque & emtorem coniungi tempora Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt.

COMMENTARIVS.

1 *Continuatio poſſeſſionis & n. 8.*
2 *Interruptio ciuilis.*
3 *Continuatio poſſeſſionis in diuerſis perſonis.*
4 *Mala fides autoris an noceat ſucceſſori.*
5 *Et quid ſi hæres nolit acceſſione defuncti vti.*
6 *Caſus vſucapionis pro hærede.*
7 *De ſucceſſore ſingulari.*

POſſeſſio fundamentũ eſt vſucapionis *l. ſine 25. h. t.* poſſeſſio ſc. cum animo domini cõiuncta, quippe cum vſucapione dominium adquiratur: in qua poſſeſſione eſt, vſus rei, ex quo vſucapio appellata eſt. Poſſeſſio requiritur temporis, lege definiti *leg. 3. h. t.* de quo in *princ. h. t.* Et eam poſſeſſionem opor-
1 tet eſſe continuatam, † non interruptam: adeo vt ſi quis poſſeſſione 10. vel 20. annorum interrupta rem tenuerit, rem non vſucapiat. Interrumpitur poſſeſſio naturaliter ac ciuiliter: Naturaliter, ſi quis poſſeſſionem amittat, veluti de ea deiectus, *l. naturaliter 5. h. t.* ciuiliter per litis conteſtationem: quamuis reuera hoc modo non interrumpatur poſſeſſio, quæ manet apud reum conuentum. Sed interrumpitur adquiſitio. Et de naturali interruptione dubium non eſt, quin olim etiam & in vſucapione & in præſcriptione ita ius fuerit, vt ſi quis ante vſucapionem impletam rem deſierit poſſidere, poſſeſſione iterum apprehenſa, tempora priora computata non fuerint, ſed oportuerit tempora de nouo inchoare, & conſequẽter vſucapioni non fuerit locus, ſi tẽpore rurſus apprehenſę poſſeſſionis quis ſciuerit rem eſſe alienã; probatur iſtud in *d. l. 5. h. t.* & apertiſſime in *l. qui fundum 7. §. qui bona 4. pro emptore. l. ſi is qui 15. §. pen. h. t.* Neque obſtat *d. l. 7. in pr.* cuius ea ratio eſt, quod vſucapio cœpta & hæreditate iacente licet nemo poſſideat, cõtinuatur & impletur, vt ſupra diximus ex *l. cœptam 40. h. t.* Quod attinet interruptionem † ciuilem, illud quoque conſtat, vſuca- 2
pionem in ſpecie dictam iure veteri per litis conteſtationem non fuiſſe interruptam, ſed pendente etiam lite impletam obtinuiſſet, vſucapio quoad effectum eſſet inutilis, cũ poſſeſſor licet ſubtilitate iuris dominus effectus cogeretur iuxta ſententiam rem reſtituere, & inſuper cauere, ſi forte poſt impletam vſucapionem rem oppignoraſſet, aut ſeruũ pecitum manumiſiſſet *l. ſi poſt 18. de rei vindication.* Adeo abſoluto poſſeſſore dubium non eſt, quin propter vſucapionem impletam perpetuo iure dominus fuerit effectus. De præſcriptione ſecus fuiſſe conſtitutum communiter placuit, vt ea per litis conteſtationem ita fuerit interrupta, vt licet abſolutus poſſeſſor, priora tempora imputare non potuerit, ſed de nouo præſcriptionem inchoare neceſſe habuerit; probatur ex *l. nemo 10. C. de adq. poſſeſſ. leg. 1. & 2. & leg. nec bona 10. Codic. de long. tempor. præſcript* adeo quidem vt iuxta *dict. leg. 2.* nec ſufficiat poſt motam quæſtionem & litis conteſtationẽ, eãdem longo tẽpore poſſediſſe; quoniam ex quo interrupta vſucapio eſt, & per litis conteſtationem inducta mala fi-

des

des *d.l.*10. perinde eſt, ac ſi quis tempore poſſeſſionis adprehenſæ fuerit in mala fide. Videri abſurdum equidem poſſit, vt propter conteſtationem litis ius iam quæſitum amittatur, cum in eodem ſtatu maneat poſſeſſio. Sed hic effectus tributus eſt quæſtioni motæ, quæ facit, vt poſſeſſor incipiat de iure ſuo dubitare *dict. leg.* 10. *Codic de adquiren. poſſeſſ.* adeoque longe eſt maior effectus litis conteſtationis, quam ſi ſimpliciter ſuperueniat rei alienæ ſcientia, per quam interrumpit præſcriptionem nuſquam ſcriptum eſt. Hodie cum vſucapionis ius & effectus tributus ſit præſcriptioni per *l. vn. C. de vſucap. transf.* defendendum videatur, quod præſcriptio amplius per litis conteſtationem non interrumpatur, aut illa confuſio ſecundum quid erit accipienda: Ceteroquin non poterit ab inſigni incuria & ſocordia Tribonianus excuſári, quod textus abrogatos noua conſtitutione Iuſtiniani nobis tradiderit. Illud quoque addendum, hodie vt interrumpatur vſucapio, non opus eſſe litis conteſtatione, ſed etiam ſufficere oblationem libelli *l.* 2. *&* 3. *C. de ann. except.* Hæc de continuatione poſſeſſio-
3 nis. Continuatur autem † poſſeſſio non tantum in vna & eadem perſona, ſed etiam in diuerſis, vbi ab vno ad aliũ res legitime tranſlata eſt; ita vt ſi v.c. vnus inter præſentes quinque, alter alijs quinque annis rem poſſedit, vſucapio completa intelligatur. Et hoc 1. in ſucceſſore vniuerſali, hærede, qui acceſſione vtitur eius temporis quo defunctus poſſedit, *h.§. in pr.* 2. etiam in ſucceſſore ſingulari, *§. Inter h.t.* vbi hoc tribuitur conſtitutioni Impp. Seueri & Antonini, adeo ante hos continuatio in ſucceſſore ſingulari non habuit locum; nec dubitandum eſt, quin quod de venditore hic dicitur, idem habeat locum in eo, qui permutatione, aut alio titulo ſingulari rem accepit, per *leg. Pomponius* 13. *§. in dote* 6. *§. ſed &* 10. *de adq. poſſ.* vbi pluribus agitur de acceſſione temporis, quæ etiam probatur in *l. de acceſſ.* 14. *§.* 2. *de diuerſ. præſcr. l.* 2. *§. pen. pro empt.* Illa altera huic connexa quęſtio eſt, an noceat ſucceſſori mala fides autoris ſui, à quo rem accepit. Et hic quoque duplex ſucceſſor diſtinguendus eſt. De vniuerſali hic expreſſe traditur, & ei prodeſſe & nocere vitium, & ſcil. malam fidem † autoris, vt 1. ſi defunctus habue- 4
rit bonam fidem, vſucapiat hæres, licet ſciat ipſe rem alienam eſſe *h.§. & l. hæres* 43. *in pr. h.t.* Quod accidit propter repræſentationem defuncti, cum quo vna perſona cenſetur. 2. vt ſi defunctus rem acceperit mala fide, hæres vſucapere non poſſit, licet putet rem fuiſſe defuncti *h.§. & l. cum hæres* 11. *de diuerſ. præſcr.* quod fit propter eandem repræſentationem. Ad quem caſum pertinet *l. vitia* 11. *C. de adq. poſſ.* vt apparet ex verbis *culpa autoris*, &, *maioribus*, quę etiam faciunt, vt de vitio reali ille locus non recte explicetur; & mala fides quoque ſuo ſenſu, vitium poſſeſſionis dici poteſt. Vbi tractat Dd. an idem ſit, ſi hæres ex ſua perſona incipere vſucapionem & tempora poſſeſſionis computare velit. Et placuit multis poſſe hoc hæredem facere, † atque ita malam fidem 5
defuncti ei non futuram impedimẽto, quos ſequitur & probat *Ang. in §. ſed tamen h.t. num.* 2. quamuis contrarium magis probet *Balb. de præſcr. pt. p.* 2. *tert. part. pr. queſt.* 12. Et communiter hoc teneri confirmat *Weſemb. hic.* Et hæc ſententia omnino veriſſima eſt. Etenim 1. alias iure veteri, quo vſucapio anno vel biennio abſoluebatur, non magnus fuiſſet effectus illius ſententiæ, quod mala fides defuncti noceat hæredi, & impediat rem vſucapi, quinimo non impediiſſet. Deinde conſtat hac in re differre ſucceſſorem vniuerſalem & ſingularem; atquin de hoc reſponſum eſt, ei non nocere malam fidem autoris, niſi eius acceſſione vti velit, *l. Pompon.* 13. *§.* 1. *de adq. poſſ.* Ergo vniuerſali nocebit vitium defuncti, licet eius acceſſione velit non vti. Tertio ſuadent hoc textus generales *h.§. & in d.l.* 11. *de diuerſ. præſcr.* Et denique omnino euincit hanc ſententiam repræſentatio illa quam diximus, & quod hæres vna perſona cum defuncto cẽſetur, ita vt perinde habeatur; ac ſi ipſe defunctus adhuc rem poſſideret; neque quiſquam ſibi mutare poteſt cauſam poſſeſſionis, & in arbitrio hæredis non eſt, an velit re-

præ-

præſenta i defunctum, vel non. Neq; obſtat *l. pen. pro hered.* quoniam ibi nullum vitium fuit defuncti, neque defunctus rem ibi mala fide poſſedit: veluti vbi res fuit defũcto commodata vel pignorata, quam heres defuncti eſſe putabat; quo caſu nihil eſt quod heredi ex perſona defuncti nocere poſſit; quamuis ſupra dixerimus, magis obtinuiſſe vt hoc caſu quoq; heres vſucapere non poſſit. Non obſtat adeo *l. non ſolum 33. §. 1. verſ. hoc amplius h. t.* nam & ibi nullum vitium eſt defuncti, ſed quæritur de heredis ſolius vſucapione, v. c. Titius fundum emit alienum, qui fuit Sempronii, & poſtea Titius inſtituitur heres à Sempronio, iam fundum, quem pro emptore antea inceperit poſſidere, pro herede poſſidet. Et cum vt ſupra probauimus ad *pr. tit.* iuſtus error facti non impediat vſucapionem aut titulum, idem erit, ſi quis ex iuſta cauſa heredem ſe eſſe cum reuera non eſſet, exiſtimet: qui caſus eſt *d. verſ. hoc amplius.* Sed cum
6 in his terminis † defunctus, de cuius hereditate quæritur, fuerit dominus, non poterit de vſucapione tractari vbi quis verus heres eſt: ſed tractabitur de ea, vbi putauit ſe heredem eſſe; & hic erit caſus, quem ſupra quæſiuimus in §. *vnde in rebus*, quo vſucapioni erit locus titulo pro herede. Et dicam ei eſſe locum, etiamſi fundum emerit Titius mala fide, & poſtea vere ſuccedat ei quem putat fuiſſe dominum: & itidem, ſi putat ſe eſſe verum heredem eius, qui vere erat dominus: ſiquidem iuxta *d. l. 33. §. 1. h. t.* ſi quis mala fide emerit, ſuperueniente noua cauſa, vitium tituli præcedentis non amplius nocere probatur. Et de hoc caſu poteſt etiam explicari *l. pen. pro herede.* Nec eadem ratio eſt, vbi nullum ante habuit titulum heres nec poſſeſſionem, velut in re defuncto commodata aut pignorata, ad quem caſum recte refertur *l. 1. & vlt. C. pro her.* & vbi poſſeſſionem rei & titulum per ſe habilem ad vſucapionem habuit heres, qui per ſucceſſionem vel iuſtam opinionem ſucceſſionis iuſtificatur; ſed vix quidquam hic certo affirmare poſſim: & in huiuſmodi quæſtionibus, non omnibus idem placuiſſe, non eſt abſurdum.

Hæc de ſucceſſore vniuerſali. Quod ad ſingularem † attinet, conſtat iure veteri non no- 7
cuiſſe ei rem bona fide accipienti, quod autor eius rem alienam eſſe ſciuit, vt expreſſiſſimum eſt in §. *quod autem h. t. l. quam rem 38. eod.* Ceſſat enim hic repræſentatio & vnitas perſonarum. Et hinc vice verſa quoque bona fides autoris non prodeſt ſucceſſori mala fide rem accipienti, vt apparet ex *pr. h. t.* Iuſtin. tamen contra prius illud conſtituit in *N. 119. cap. 7. auth. malæ fidei. Cod. de præſcr. long. temp.* vt ſi v. c. venditor ſit in mala fide, non poſſit emptor, licet bona fide rem accipiat, vſucapere, iuxta ea quæ explicauimus *ſup. ad §. quod autem h. t.* Et ſcilicet non nocet vitium autoris, vbi ſucceſſor à ſe incipit, & poſſeſſionis tantum ſuæ tempora computat, ceteroquin ſi velit vti acceſſione autoris, nocebit ei vitium eius, quippe non poterit vti eius poſſeſſione, niſi cum adiunctis qualitatibus, vt docet ICtus in *d. l. 13. §. 1. de adq. poſſ. l. apud 4. §. de autoris 17. de doli except.* obiicitur tamen hic *d. l. 4. §. ſi quis autem 29.* Neque poteſt dici, quod ibi quis voluerit vti acceſſione autoris, quippe cum ibi diſerte diſtinguat ICtus inter titulos, & aliud in donatione & legato, aliud in emptione obtinere ſtatuat, & in hac re quoſdam ita inter titulum lucratiuum & oneroſum diſtinxiſſe, apparet ex *l. pen. in f. C. de long. temp. præſcr.* Atquin hoc caſu itidem nocet mala fides venditoris, cuius acceſſione quis vult vti *d. l. 13. & d. l. 4. §. 27.* Diſtinguendum omnino eſt, quod aut conuenitur is, qui rem accepit ab eo qui mala fide rem tenuerat: aut agit contra alium. Illo caſu indiſtincte verum eſt, non nocere malam fidem autoris, poſſidenti, qui ex ſua perſona computat tempora, licet titulo lucratiuo rem teneat. Hoc caſu, & ſi agat, nocere malam fidem autoris, ſi titulus ſit lucratiuus: quæ Dd. communiſſima eſt ſententia. Et alias conſtat facilius dari exceptionem, quam actionem. Et tamen ſcrupulum mouet, quod vtique vſucapio certo iure procedit etiam ex titulo lucratiuo: *t. t. pro don. & pro legat.* vbi adeo quis vſucapione dominium quæſiuit, non conuenire videtur, vt

Digitized by

agens dominus, repellatur exceptione malæ fidei autoris, quæ non fuit impedimento vſucapioni. Vt fortaſſe cogitandum, an non probanda diſtinctio Accurſii inter ſimplicem malam fidem, & dolum malum autoris, qui longe eſt odioſior. Sed nimis fortaſſe de his multa. Videamus cetera huius loci. Ait Iuſtin.

8 Conſtitutione ſua † introductũ, vt in vſucapionibus quoque tempora continuentur, quem *verſ.* Cuiacius putat, tranſpoſitum, & ſubiiciendum poſt §. *Inter.* hoc ſenſu, quod Iuſt. produxerit etiam ad vſucapionem quod olim tantum in præſcriptione & adquiſitione per longum tempus obtinebat: ſiquidem non videbatur rationis, vt in tam breui ſpacio anni vel biennii tempora continuarentur. Verum minime neceſſum eſt mutare locum huius §. cum id referatur commode ad *pr.* §. quo dixit, diutinam poſſeſſionem continuari in heredem; cui recte ſubiicitur, idem in vſucapione & ſcilicet rerum mobilium habere locum. Cum porro iſti ſententię obſtat, quod ſimpliciter ſcriptum eſt, ſucceſſorem ſingularem quoq; vti acceſſione autoris ſui, *l. id tempus* 14. *h.t.* late in *l. Pompon.* 13 §. 1. *cum multis ſeqq. de adq. poſſeſſ.* Nec iniqua conditio infertur domino priſtino, ſi eo temporis ſpatio res adquiritur, quo adquiſita fuiſſet, ſi penes veterem poſſeſſorem manſiſſet: cum imo hactenus fiat melior conditio domini, quod ſi nouus poſſeſſor rem apprehenderit mala fide, vſucapioni locus non eſt, quam non interrupiſſet mala fides, ſuperueniens priſtino poſſeſſori. Et eſt textus expreſſus in *l. de acceſſ.* 14. §. 2. *de diuerſ. præſcr* eſſe acceſſioni locum etiam ſi ſeruus venditus ſit; atquin res mobiles olim vbique anno vſucapiebantur, in *pr. ſup. h. t.* ita quoque in *l. 2. §. pen. pro empt.* tempus venditoris emptori ad vſucapionem procedere reſpondetur; & temerarium eſt iſta adſcribere Triboniano cum Cuiacio in *l. id tempus* 14. *h.t.* & *VVeſemb. hic.* Nec obſtat *l. ſi ædes* 32. §. 1. *de ſeru. vrb. præd.* vel quia propria ſeruitutum ratio eſt: vel potius quia ibi non poſſeſſio ab vno in alium rite translata, ſed alias ab vno amiſſa, & poſt ab alio apprehenſa fuit. Et an igitur falſo Iuſtinianus hoc ſibi tribuit, quod etiam aliis locis factum eſt? An aliter explicamus hunc locum, & cum Hottomanno, & coniungimus hunc *verſ.* cum eo quod in pr. ſcribit Iuſtin. bonam fidem defuncti prodeſſe heredi, etiamſi hic ſciat prædium eſſe alienum; quod nimirum Iuſtinianus etiam ad adquiſitionem rerum immobilium produxerit, ſcilicet in *l. vn. C. de vſucapion. transform.* quod olim ſecus fuiſſe putat Hottom. In herede quoque, qui rem à defuncto licet bona fide poſſeſſam adprehendens, ſciens alienam eſſe committere furtum intelligatur, *arg. §. vnde in rebus ſup. h. t.* Et tamen ſimpliciter ſcriptum legimus continuationem non impediri heredis ſcientia *l. 2. §. ſi defunctus* 19. *pro empt.* & *l. heres* 43. *h. t.* vbi nominatim diſtinguitur an heredi primo res tradita ſit (ſcilicet ex contractu quem defunctus geſſit,) an poſſeſſio iam fuerit quæſita defuncto: neque ſimplex ſcientia rei alienæ poteſt inducere furtum; cum & hic militet ratio à repræſentatione defuncti. Percurramus quædam verba Iuſtiniani.

Diutina poſſeſſio.] Intelligit adquiſitionem rerum immobilium, quas ille vbique longo tempore demum adquiri conſtituit. Sed eadem recte vſucapio Iuſtinianea appellatur, itaque & mox ſubiicit exemplum de prædio.

Heredi & bonorum poſſeſſori.] Intelligit non ſucceſſorem ſingularem, ſed heredem prætorium, qui & effectu vice heredis eſt, & ſæpiſſime appellatione heredis venit: quippe cum in omnibus (effectu inſpecto) loco heredis eſſe dicatur *l. 2. de bon. poſſ.* de quo *infr. lib. 3 tit.* 10.

Similiter in vſucapionibus.] Abutitur verbo vſucapionis, dum hoc refert ad res mobiles, vt ex oppoſitione in *pr.* §. apparet: & ſcil. quia breue illud tempus fere quo olim adquirebantur res immobiles, ipſe ad res mobiles retulit; & rebus immobilibus illud tempus præſcripſit, quod olim præſcriptioni in prouinciis proprium erat, poſſit tamen & ita accipi Iuſt. vt velit in vſucapione ſua à ſe reformata obtinere, quæ olim in diutina poſſeſſione, & præſcriptione longi temporis obſeruabantur. Ex his conſtituitur definitio vſucapionis, quod ſit

ſit rei per continuationem legitimæ poſſeſſionis adquiſitio, ſiue adeptio: quomodo omnino rectius legitur in *l.3.h.t.* Neque enim vſucapio adiectio eſt, ſed ipſa adquiſitio eſt; quamuis fateor dominio nudo bonitario, per vſucapionem adiici Quiritarium: ſed iure ciuili bonitarius pro vero domino non eſt. Legitima autem poſſeſſio dicitur, quæ eſt ciuilis cum animo domini, iuſto titulo & bona fide apprehenſa.

TEXTVS.

8. Edicto D. Marci cauetur, eum qui à fiſco rem alienam emit, ſi poſt venditionem quinquennium præterierit, poſſe dominum rei exceptione repellere. Conſtitutio Diuæ memoriæ Zenonis proſpexit bene iis, qui à fiſco per venditionem aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: vt ipſi quidem ſecuri ſtatim fiant, & victores exiſtant, ſiue experiantur, ſiue conueniantur: aduerſus ſacratiſſimum autem ærarium, vſque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro hypotheca vel dominio earum rerum quæ alienatæ ſunt, putauerint ſibi quaſdam competere actiones. Noſtra autem diuina conſtitutio, quam nuper promulgauimus, etiam de iis qui à noſtra vel venerabilis Auguſtæ domo aliquid acceperint, hæc ſtatuit, quæ de alienationibus in fiſcalibus præfata Zenoniana conſtitutione continentur.

COMMENTARIVS.

1 *Quid Ærarium, fiſcus, & res Cæſaris.*

Diſtinctio hic ante omnia notãda eſt Ærarii, Fiſci, & rerum † quæ in ſpecie dicuntur Cæſaris. 1 Ærarium ſub libera Repub. dictum fuiſſe conſtat, in quod pecuniæ publicæ referebantur: quod erat in æde Saturni, in quam etiam Senatuſconſulta & ſententiæ referri ſolebant, quod innumeris locis Liuii & aliorum paſſim autorum, conſtat. Quod ante populi & Reipub. id poſtea Principes occupauerunt, itaque recte ærarium Principis appellatur, vt & diſerte hoc noſtro §. *& in leg. vltim. Cod. de quadrien. praſcr. in princip.* & hic ſacratiſſimum ærarium nihil aliud eſt, quam fiſcus Principis. Et tamen ſub primis Principibus (cum & Auguſtus aliquot prouincias populo & Senatui permiſerit) adhuc veteri ſenſu ærarium ſeparatum videtur à fiſco, in quem referebantur quæ Princeps ſibi vindicabat, caduca, vacantia, bona damnatorum &c. Indicio eſt locus apud *Plinium in Panegyr. ad Traianum.* At fortaſſis inquit, non eadem ſeueritate fiſcum, qua ærarium cohibes: imo tanto maiore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico, credis.

Ex quibus tamen verbis hoc licet intelligere. 1. quod Princeps quoque ius tum habuerit in ærarium: & diſtinctio illa prouinciarum videtur non multo poſt Auguſtum ſublata fuiſſe. 2. quod res fiſcales quaſi propriæ Principis habitæ fuerint: quomodo & Iuriſconſultus in *leg. 2. §. hoc Interdict. 4. Ne quid in loc. public.* res fiſcales quaſi proprias & priuatas Principis eſſe ſcribit, & in *l.2. C. de priuil. fiſ.* rationes fiſci dicuntur rationes Principis.

Sed plane diſtinctio illa ærarii & fiſci ſub Principibus poſterioribus in deſuetudinem abiit: & reliqua tantum manſit diſtinctio fiſcalium bonorum, & eorum quæ patrimonialia Principis appellabantur.

Licet enim, vt diximus, fiſcalia quoque, propria Principis eſſe cenſerẽtur, tamen alio ſenſu patrimonialia, propria dicebantur:

tur: & nimirum fiſcalia erant propria principis qua principis, ſed patrimonialia propria Iuſtiniani: nam cum ſæpe ex priuatis eligerentur Impp. bona eorum propria vtique diſtincta à fiſcalibus fuerunt: Sed & quibus ad vſum domeſticum & quotidianum ſuum ſuorumq; vtebantur principes, patrimonialia dicebantur: vnde procuratores, & poſt comites rerum priuatarum, quibus harum rerum cura & adminiſtratio permiſſa erat *l. 1. Cod. de offic. com. rer. priu.* qui olim procuratores patrimonii dicti *l. cum ſeruus alias l. apud 39. §. vlt. de lega. 1.* Hæc præmittenda fuerunt, iam textum videamus. Triplex ius proponitur circa res fiſcales & patrimoniales principis. Primum ex Edicto Marci: vt emtor rei fiſcalis poſt quinquennium ſit ſecurus, cuius mentio in *l. vlt. C. ſi adu. fiſcum.* Quod intelligo, vt ſimpliciter dominus repellatur exceptione quinquennii citra conſiderationem bonæ fidei: ceteroquin, quod abſurdum fuerit, deteriori conditione fuiſſet qui à fiſco emit quam qui à priuato: cum qui ob hoc rem accepit titulo & bona fide etiam rem immobilem biennio vſucaperet, niſi ad prædia in prouinciis vendita hoc quis referre velit, quod generalitati Edicti minus conuenit: cum id temporis Impp. in Italia haberent ſedem in vrbe Roma. Obiicitur hic inepte ex *cap. intellect. de iureiur.* res fiſci non poſſe alienari. Hoc enim ſimpliciter acceptum falſum vtique eſt, cum conſtet ſub haſta multas res publice venditas à fiſco fuiſſe: & venditionem legitime factam præſupponi oportet. Alterum ius eſt ex conſtitutione Zenonis in *l. 2. C. de quadrien. præſc.* vt qui rem emit à fiſco ſtatim ſit ſecurus, ſiue conueniatur à domino aut à creditore, cui res obligata hypothecæ fuit: ſiue caſu aliquo amiſſa poſſeſſione, agat: dominus autem & creditor ſuper indemnitate, ius agendi intra quadriennium habeant aduerſus fiſcum, condictione ex *lege, vt gl. & Interpp.* hic notant. Quod ita conſtitutum eſt, tum vt eo facilius, fiſcus reperiat emptorem: tum vt ne conuellatur venditio, publica autoritate celebrata. Habet alias hoc ius non parum iniquitatis. 1. quia aufertur domino ius vindicandi & perſequendi rem ſuam, quam forte habere potius quam pretium ipſius intereſt. 2. quoniam ita domino vel creditori durior obiicitur aduerſarius. 3. quia ita breui nimis ſpatio dominus rem ſuam amittit, quam alias ampliatis vſucapionum temporibus demum 10. aut 20. annis amitteret: cum præſertim non diſtinguatur, an in mala an bona fide emptor fuerit. Et hinc eſt, quod Dd. communiter hic notant *h. §.* contineri ius iniquum, quod improbetur iure canonico, *c. cum placuit 16. q. 3. c. quicunq; 17. quæſt. 4.* Oportet tamen rem talem à fiſco venditam eſſe, quæ vitio careat, & quam fiſcus eſſe exiſtimet ſuam, & inſuper, quæ non ſit eorum, qui ex iuſta & probata cauſa reſtitutionem merentur, per textus in *l. neque 5. C. de reſtit. milit.* (In qua obſeruandum eſt, quod Tribonianus, pro *quinquennio*, ſubſtituit *quadriennium*, quod Zeno introduxerat) *l. non ideo 5. C. de lib. cauſ.* vbi tamen hoc annotandum, quod ſi pro fiſcali debito res vendatur, reſtitutio non habeat locum *l. quacunq; 5. C. de iur. haſt. fiſc.* quoniam hic fiſcus non vendit rem vt ſuam, ſed vt alienam pro debito ſuo, quod maxime eſt priuilegiatum. Sed & inſuper hic locus limitandus videtur, ſi fiſcus communi iure rem ſuam vt totam ſuam vendat: ſecus ſi ſpeciali iure rem ſibi cum priuato communem diſtrahat: quo caſu contra emptorem videtur domino integra eſſe actio per text. in *l. vn. Cod. de vendit. rer. fiſc.* Porro huic quod Edicto & conſtitutione Zenonis diſpoſitum hic dicitur, obiicitur quod vendita hereditate, actiones creditorum, & ipſa vtilis petitio hered. contra fiſcum non datur, ſed contra emtorem *l. 1. C. de hered. vend. l. nec vllam 13. d. l. etiam 5. item ſi quis 9. de hered pet.* Plane in ſpecie *d. l. 1.* fiſcus vendidit hereditatē quæ ad ſe iure pertinebat, quo caſu ſpeciali priuilegio actiones creditorum perſonales in emptorem dantur: nec hoc ad caſum noſtrum pertinet. Difficilius eſt reſpondere ad *d. l. 13.* & vix videtur ſufficere diſtinctio inter vniuerſitatem, & res ſingulares. Expedita eſt reſponſio Ioh. Fabri, præſcriptionem iſtam Zenonianam iure Dig. incognitam

tam fuiſſe : adeo veſtigium antiquati iuris nobis reliquit ſocordia cópilatorum. Tertiũ denique Iuſtiniani ius eſt, qui conſtitutum de rebus fiſcalibus, produxit etiam ad res quæ in principis vel Auguſtæ patrimonio eſſe dicuntur *h. §. in f. & l. vlt. C. de quadrienn. præſcr.* vbi recte ait non eſſe differentiam conſtituendam, inter res quæ fiſcales ſunt, & quæ patrimoniales, cum omnia Principis eſſe intelligantur nimirum fiſcales quoque. (vt ridiculi ſint qui hinc omnia principis eſſe colligunt, etiam bona ſubditorum) per ea quæ ſupra ad *pr.* §. diximus. Et imo videatur iſta Iuſtiniani conſtitutione non fuiſſe opus, & etiam ante obtinuiſſe hoc ius in Principis & Auguſtæ rebus, per textum generalem in *l. fiſcus 6 §. vlt. de iur. fiſc. iunct. l. princeps 31. de legib. fac. l. pen. C. de don. int. vir. & vx. l. 3. C. de prepoſ. ſacri cubic.* Nec obſtat *l. quod principi 56. cum l. ſeq. de legat.* 2. ibi enim ſpecialis eſt ratio Principis, quæ in Auguſta non habet locum, quippe quæ ſucceſſorem non habet: quod ſecus eſt in Principe, cui quod legatum eſt, non tam perſonæ huic, quam Principi qua tali legatum eſſe intelligitur. Ait Iuſtin.

Aut donationem.] Videlicet vbi præcedit expreſſum mandatum principis: ceteroquin procurator principis ius donandi non habet: quin nec vendere ſine conſenſu principis poteſt *l. 1. §. 1. de procur. Cæſ.* Et omnino præſupponendum eſt alienationem legitime factam eſſe. Plane res à fiſco alienata latius accipi poteſt, ſi ſub haſta iuxta ſententiam magiſtratus res debitoris damnati diſtrahantur: ad quem caſum tamen haud ſcio, an hic §. ſit referendus: & magis eſt vt non ſit referendus.

Noſtra autem diuina.] Iam ſupra monuimus Impp. Chriſtianos parum pie paſſim ita de ſe tamquam Diis aut diuis loqui: ſane apud Græcos vox θεῖα de quauis re excellente vſurpari ſolet.

* * *

AD TITVLVM VII.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE DONATIONIBVS.

TEXTVS.

1. Eſt & aliud genus adquiſitionis, Donatio. Donationum autem duo ſunt genera, mortis cauſa, & non mortis cauſa. Mortis cauſa donatio eſt, quæ fit propter mortis ſuſpicionem: cum quis ita donat, vt ſi quid humanitus ei contigiſſet, haberet is qui accepit: ſin autem ſuperuixiſſet is qui donauit, reciperet, vel ſi eum donationis pœnituiſſet, aut prior deceſſerit is cui donatum ſit. Hæ mortis cauſa donationes ad exemplum legatorum redactæ ſunt per omnia: nam cum prudentibus ambiguum fuerat, vtrum legati an donationis inſtar eam obtinere oporteret, & vtriuſq; cauſæ quædam habebat inſignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant: à nobis conſtitutum eſt, vt per omnia fere legatis cõnumeretur, & ſic procedat, quemadmodum noſtra conſtitutio eam formauit. Et in ſumma donatio mortis cauſa eſt, cum magis quis ſe velit habere, quam eum cui donat, magiſque eum cui donat, quam heredem ſuum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo, &c.

Commentarivs.

1 *An donatio ſit modus adquirendi ciuilis. & numer. 3.*
2 *De genere donationis.*
4 *Quæ ſint iuris gentium.*
5 *Donationis diuiſio.*
6 *Quid ſit donatio mortis cauſa.*
7 *Caſus quibus reſoluitur aut reuocatur hac donatio.*
8 *Collatio huius donationis & legati.*

PRopoſuit Iuſt. in *f. tit. 5.* ſe acturum de modis adquirendi † ex iure ciuili. Et talis ſane modus eſt vſucapio, ſi fidem habemus Iuſtiniano, talis modus adquirendi, habendus quoq; erit donatio. Verum iſtud in principali ſpecie donationis ſine cõtrouerſia falſum eſt. Nimirum principalis ſpecies eſt, donatio quæ dicitur inter viuos, de qua in §. *ſeq.* quam qui retulerit inter modos adquirendi iuris ciuilis, ille ſane ad agnatos & gentiles fuerit deducendus: quin & ipſi Iuſtiniano contradixerit qui in §. *per traditionem 41. ſup. de rer. diuiſ.* donationem refert inter cauſas adquirendi ex iure gentium; & res ipſa loquitur ſatis. Videndum hic eſt quid ſit donatio, † & videlicet an modus adquirendi, an ſaltem titulus & cauſa. Cauſam eſſe probat *d. §. 41.* ibi, *ex cauſa donationis.* Modum eſſe adquirendi probat *h. t. in pr.* & methodi ratio. Breuiter reſpondeo, donationis verbum videri ſignificare ipſam actualem rei traditionem, cum aliquid in alium gratuito confertur, & ita tranſlationem rei, quæ habet implicatam cauſam: ſed vſu receptum fuiſſe, vt conuentio quoq; de donando, cum quis gratuito ſe alteri quid daturum promittit, diceretur donatio; quo ſenſu donatio dicitur eſſe ſtricti iuris contractus in *l. cum qui 22. de donat.* atq; hoc modo accipitur verbum donationis in *l. 2. in pr. & §. 1. & 2. & alibi h. t.* & ex donatione hoc modo accepta, non dominium ſed obligatio adquiritur, itaq; in priori ſignificatu donatio hic vſurpatur. Vt redeam ad illud, vnde digreſſus ſum, vt defendatur methodus Iuſtiniani, † dicimus propoſitum fuiſſe principaliter agere de donatione mortis cauſa & propter nuptias, quæ non inepte ad ius ciuile referuntur. Donatio inter viuos iuris gentium eſt, de qua quidem *Weſemb. ad rub. h. t.* tantum obiter actum ait, vt eius collatione illuſtretur donatio mortis cauſa. Sed refellit hunc colorem prolixitas, qua vtitur §. 2. Neſcio autem quid hic nugetur Hottom. Et inprimis vehementer errat, dum ea omnia iuris ciuilis eſſe ſtatuit, quæ Romani ciuibus tantum ſuis, non peregrinis communia eſſe voluerunt & ea iuris † gentium, quæ Romani etiam cum peregrinis recte agunt. Sed imo ea iuris gentium ſunt, quæ apud omnes pene gentes obſeruantur, & quæ ita obtinerent, etiamſi nuſquam Reſp. Romana exſtitiſſet: ceteroquin iuxta opinionem Hottomanni, ſucceſſiones, nuptiæ & alia plurima iuris ciuilis, non gentium dicenda eſſent; penitus abſurde. Et feramus licet ea dici iuris ciuilis, quæ pleraque à ſolemnibus ciuilis iuris dependent, veluti teſtamenta (quod ipſum tamen non ſatis recte dicitur) at vt donationem inter viuos referamus ad ius ciuile, nulla ratione defendi poteſt. Quin amplius non dubitarim, donationem hanc recte inter peregrinum & ciuem Romanum celebratam fuiſſe; licet non negarim, aliquando vt dominium Quiritarium transferretur, adhibitum donationi quoq; fuiſſe nexum & mancipationem per æs & libram, quæ & in teſtamento, & in omnibus alienationibus fere adhiberi ſolebat: quæ tamen ſolemnitas procul dubio iampridem ante Iuſtinianum ſublata fuit. Illud vero ridiculum, quod Hottom. ait ſi res ſimpliciter tradita fuiſſet donationis cauſa, nec inter ciues aliquid actũ fuiſſe; quod omnimodo falſiſſimum eſt: Ridicula etiã ratio, quod Romani voluerint admittere vt diſperderentur patrimonia: An enim etiã actiones liberalitatis & beneficẽtiæ tollere voluerũt? Quo quid abſurdius? Et inepta ratio, quod Vlp. non meminerit donationis in *ti. 19. de adqu. rer.* Nec enim integrum habemus Vlpianũ. Deinde donatio aut ſumitur pro cauſa, & non

& non pertinet ad illum titulum; aut pro modo adquirendi, & vtique comprehenditur ſub traditione: Et docet ille ipſe titulus, quod rerum nec mancipi dominia ſimplici traditione fuerint translata; in rebus mancipi vt dominium Quiritarium tranſiret, v.c. mancipatione opus erat; ceteroquin tantum tranſibat dominium bonitarium, vt docet *Vlp. in §. qui tantum XI. de liberta.* Ex quibus apertiſſimum eſt, quaſcunq; res per donationē recte translatas fuiſſe. Item apparet, falſiſſimum eſſe quod Hottom. ait, rem donatam non fuiſſe factam donatarii, niſi poſtquam eam vſucepiſſet. Nec pro eo facit *l.1. pro donat.* quia, (vt ex ceteris textibus apparet) accipienda eſt de caſu, quo aliquid licet pro ſuo donatum, fuit alienum: tum etiam, quo caſu res mancipi ſimpliciter tradita erat, ex ratione iuris veteris dominio bonitario Quiritarium adiiciebatur. Hæc contra Hottom. dicenda fuerunt. Iam his præmiſſis ad textum noſtrum accedamus.

Proponitur initio diuiſio; quod donatio
5 alia ſit mortis † cauſa, alia non mortis cauſa. Sed enim membra diuiſionis affirmatiuis verbis ſunt proponenda. Diuiditur rectius donatio in propriam & impropriam per *l.1. de donation.* Eſt enim donatio ex numero eorum generum, quæ ſunt homonyma, & dicuntur *πρώτως* quæ nimirum non æqualiter prædicantur de ſpeciebus ſingulis. Donatio propria eſt rei gratuita & perpetua in aliquem translatio. Impropria plures habet ſpecies. Talis eſt donatio propter nuptias, de qua in *§. eſt & aliud 3. infr. h. t.* Talis etiam donatio omnis ſub modo, de qua *t. t. Cod. de donat. ſub mod.* cum aliquid ita transfertur, vt viciſſim quid donans conſequatur: & magis incidit in contractum innominatum, do vt des, vel facias.
6 Talis etiam eſt † donatio mortis cauſa, quoniam res non transfertur omnimodo, ſed ita vt ex caſu, imo & ex pœnitentia reuocari poſſit: de qua agitur *§.1. h. t.* Videamus quæ de ea hic proponuntur. Ait Iuſtin.

Fit propter mortis ſuſpicionem.] Non tantum mortis propriæ, ſed etiam alterius, filii, fratris, ſororis *l. mortis 11. l. mortis 18. de mort. cauſ. don. l. 3. C. eod.* Et quidem fit dupliciter, vel propter periculum aliquod imminens (vt in exemplo quod refertur ex Homero) & ob morbum quo quis iam laborat vel ſimpliciter, cogitatione mortalitatis *l. 2. h. t.* Nugatur hic Hottom. qui negat iſtam poſſe dici veram donationem mortis cauſa: neminem enim donaturum omnino niſi ſe moriturum ſciret: tum cum ſemper duret cogitatio mortalitatis, non eſſe quomodo reuocetur hæc donatio. Prius illud perſpicue falſum eſt: tum non intelligitur cogitatio mortis in mente retenta, ſed expreſſa: quo facto morte demum confirmatur donatio, pœnitentia autem & præmortuo donatario corruit. Et præter *d. l. 2.* idem expreſſum eſt in *l. ſenatus 35. §. mortis 4. h. t.* & illud ipſum eſt, quod ait Iuſtin. in *l. vlt. C. eod.* donationes has fieri ſiue iuxta mortem, ſiue longiori mortis cogitatione.

Cum quis ita donat.] Duplici † modo, vel 7
vt ſtatim dominium transferatur in accipientem: vel vt non ſtatim transferatur, ſed ſecuto caſu mortis. *l. 2. in f. de mort. cauſ. don.* Cuius differentiæ in hoc fere conſiſtit effectus, quod hoc caſu ſublata cauſa donationis, actionem in rem donans vtpote dominus adhuc habeat: illo condictionem & actionem perſonalem *l. ſi mortis 29. cum l. ſeq. h. t.* & quod in *d. l. 29.* etiam iſto caſu in rem actio competere dicitur, accipiendum eſt de actione vtili in rem, aut fatendum erit, ipſa poteſtate iuris, ſublata donandi cauſa reſolui donationem, & in nihilum redigi. Et iuxta hanc poſteriorem ſententiam, obſeruandum erit, quod in *d. l. 29.* agitur de caſu quo periculum ob quod donatio eſt facta, ceſſauit; ceteroquin per pœnitentiam nō poteſt dici ſublata ipſo iure donatio; itaq; hoc caſu tātū actioni perſonali erit loc⁹.

Sin autem ſuperuixiſſet.] Tres proponuntur modi, quibus reſoluitur hæc donatio, aut ius repetendi competit donatori. Vnus eſt, ſola pœnitentia donatoris *h. §. & l. mortis 16. eod. l. qui mortis 30. eod.* Alter ſi ſuperuixit, qui donauit. Tertius, ſi prior deceſſit cui eſt donatum; qui modi ne videantur non differre

differre, ita ſunt diſtinguendi, & ita explicanda verba Iuſtiniani, vt poſterior ſignificet ſimpliciter caſum præmortui donatarii, licet durante adhuc periculo cuius contemplatione donatum fuit: prior autem liberationem à periculo, licet ſuperſtite adhuc donatario.

Redactæ ſunt per omnia.] Ita quidem hic ait Iuſtin. ſed mox addit particulam FERE, quæ omnino neceſſaria eſt: & ſi per omnia inſtar legatorum eſſent, iam eſſent legata, at enim omnino differentias aliquas ſupereſſe fateri oportet: neque probo quod Baro particulam *fere* eo refert, quod donatio non ſit omnino legatum, ratione modi relinquendi & verborum, ceteroquin nullam penitus ſupereſſe differentiam: adeo nec verum puto, quod omnes differentiæ, quas poſt *gl. Dd.* referunt, ſint ſublatæ per *l. vlt. Cod. de mort. cauſ. donat.* Et rectiſſime iſta ita coniunxit Theoph. κατὰ πάντα σχεδὸν. Etiam olim inſtar legatorum obtinuiſſe has donationes docent *l. Marcellus* 15. *l. illud* 37. *h. t.* Et comparantur 1. quod ſicut legatum, legatario, ita hæc donatio præmortuo donatario corruit. 2. quod vt legatum, ita & hæc donatio ſola pœnitentia reuocatur 3. quod vt in legatis, ita & in iſtis donationibus Falcidia locum habet *l. Seia* 42. §. 1. *h. t. l. 5. & l. pen. C. ad l. Falcid. l. cum pater* 77. §. 1. *de legat.* 2. Addidit Iuſtin. quod præcipuum eſt, & in quo maxime ad vltimas voluntates accedit hæc donatio, vt opus ſit quinque teſtibus *l. vlt. C. de mort. cauſ. donat.* cum in conuentionibus regulariter ad earum probationem ſufficiant duo teſtes: vt appareat, in donatione mortis quinq; teſtes ad ſolemnitatẽ actus pertinere. Superſunt tamẽ non pauca, in quibus etiamnum à legatis & vltimis voluntatib. differt donatio mortis cauſa. Et 1. donatio mortis cauſa vt plurimum fit ab ipſo donante ita vt res ſtatim tradatur donatario: ſed legatum qua tale ſemper præſtatur ab herede 2. quod donatio mortis cauſa in annos ſingulos, vna eſt, ſed legatum tale multiplex eſſe cenſetur *l. ſenatus* 35. §. *vlt. h. t.* 3. quod non vt legatum, ita donatio mortis cauſa ad confirmationem ſuam vlla aditione hereditatis opus habet, ſed ſola morte donantis confirmatur. 4. quod in donatione mortis cauſa an capax ſit donatarius ſpectatur tantũ tempus mortis *l. in mortis* 22. *de mort. cauſ. don.* cum in legatis ſpectetur etiam & præcipue teſtamenti facti tempus *l. 1. de reg. Caton.* Et denique quod legatum perficitur ſola voluntate diſponentis, abſente etiam & ignorante legatario; ſed donatio mortis cauſa confertur in præſentem *l. inter* 38. *h. t.* vel vtique, quod iſti loco addendum eſt in ſcientem, veluti ſi quis abſenti per nuntium aliquid mortis donationis cauſa mittat, aut etiam ſe donare citra traditionem promittat: ſiquidem quod in *l. ſi quis* 35. *Cod. de donat.* ſancitum eſt, vt etiam pactum nudum de donando efficax ſit, procul dubio vt ex communiſſima Dd. ſententia etiam ad donationem mortis cauſa pertinet. Hæc ita ſi reuera debent eſſe donatio mortis cauſa. Quod ſi enim dicat quis ſimpliciter, ſe aliquid donare abſenti & ignoranti, valiturum iure fideicommiſſi communiter hic tradunt Interpp. Et his de cauſis hæc donatio quodammodo ad contractus referri videtur *d. l. ſenatus* 35. §. 3. *h. t.* ex quo etiam eſt vt filiusfam. qui nullo modo nec patris conſenſu vltimam voluntatem condere poteſt, in *pr. inſ. quibus non eſt perm. fac. teſt.* patris tamen conſenſu mortis cauſa donare poteſt *l. tam is* 25. §. 1. *h. t.* Et communiter Dd. quos refert Weſemb. hic *Gomez. 2. reſol. 4. n. 16.* hanc donationem accenſent magis contractibus, dum in eſſe producitur; ſed magis legatis, dum in eſſe producta eſt: quamuis illi non ſatis conueniat, quod ex *l. vlt. C. de don. mort. cauſ.* requiruntur quinque teſtes; quod vtique ad conſtitutionem pertinet: ceteroquin quo ad eſſentiam intrinſecam donatio fit inter duos, nõ autem legatum.

Prudentibus ambiguum fuerat.] Ita ſolet fere ſemper Iuſtin. dum aliquid noui conſtituit, allegare ambiguitatem veterum ICtorum. Sed ſæpe falſo, forſan & hic: apparet enim ex iam dd. inter prudentes ſic conueniſſe, in quibus donatio mortis cauſa cenſeretur iure legati, & in quibus non.

Vtrum

Digitized by Google

Vtrum donationis.] Scil. inter viuos.

Vtriuſque cauſæ.] In quibuſdam enim ſapiebat naturam legati, in quibuſdam donationis.

A nobis conſtitutum eſt.] Exſtat conſtitutio in *l. vlt. C. de mort. cauſ. donat.*

Et in ſumma.] Ex ICto in *l. 1. & l. ſenatus 35 §. 2. h. t.* & hinc apparet ratio, cur hæc donatio pœnitentia reuocari poſſit, quia mauult ſe habere, &c. Ceterum hæc deſcriptio etiam legato competit.

Sic apud Homerum.] Apparet igitur nec hanc donationem eſſe pure iuris ciuilis: licet per conſtit. dictam Iuſtin. & ante quoq; quædam habeat & habuerit introducta à iure ciuili (Locus apud Homer. eſt in *lib. 17. Odyſſ.*) Itaq; licet admittas cum *Gomez. 2. reſolut. 4. num. 17. Weſembec. ad rubr. hic. Schneid. in h. §.* (qui plures allegant) ex donatione hac citra traditionem tranſire dominium ad inſtar legati, per *l. vltim. Codic. h. t.* vbi Iuſtinian. omnino, quo ad effectum iſta inter ſe comparat, (licet contradicat *Cuiacius 1. diſp. 12.*) non tamen propterea ſine vitio ſimpliciter iuris ciuilis adquiſitio iſta dici poteſt, ſufficit tamen hoc ad excuſandum Iuſtin.

TEXTVS.

2. Aliæ autem donationes ſunt, quæ ſine vlla mortis cogitatione fiunt, quas inter viuos appellamus: quæ non omnino comparantur legatis: quæ ſi fuerint perfectæ, temere reuocari non poſſunt. Perficiuntur autem, cum donator ſuam voluntatem ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtauerit. Et ad exemplum venditionis, noſtra conſtitutio eas etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit; vt etiamſi non tradantur: pleniſſimum habeant & perfectum robur, & neceſſitas traditionis incumbat donatori. Et cum retro principum diſpoſitiones eas actis interuenientibus inſinuari volebant, ſi maiores fuerant ducentorum ſolidorum: noſtra conſtitutio eam quantitatem vſque ad quingentos ſolidos ampliauit, quam ſtare etiam ſine inſinuatione ſtatuit: Sed & quaſdam donationes inuenit, quæ penitus inſinuationem fieri minime deſiderant, ſed in ſe pleniſſimam habent firmitatem. Alia inſuper multa ad vberiorem exitum donationum inuenimus, quæ omnia ex noſtris conſtitutionibus, quas ſuper his expoſuimus, colligenda ſunt. Sciendum eſt tamen, quod etſi pleniſſimæ ſint donationes, ſi tamen ingrati exiſtant homines, in quos beneficium collatum eſt, donatoribus per noſtram conſtitutionem præſtitimus licentiam, certis ex cauſis eas reuocare: ne illi qui ſuas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur iniuriam vel iacturam, ſecundum enumeratos in noſtra conſtitutione modos.

COMMENTARIVS.

1 *Donatio propria quæ.*
2 *De modo donandi.*
3 *Inſinuatio donationum.*
4 *De donatione in piam cauſam.*

HIc agitur de donatione propria quæ † dicitur inter viuos; h. §. & in *leg. vbi ita 27. de donat. mort. cauſ.* quoniam fit ſine vlla mortis contemplatione. Directam eam appellat Conſtantinus in *leg donatio 25. Codic. h. t.* propriam Iuriſconſultus in *l. 1. eod.* Diximus ſup. hanc donationem eſſe rei in aliquem gratuitam & perpetuam translationem. Per verbum *gratuita* excluditur 1. datio, quæ fit ex vin- 1

culo aliquo obligationis; tali videlicet, quod vel actionem vel vtique ſoluti retentionem & exceptionem inducit; veluti ſi quis ſoluerit, quod nudo pacto promiſit; quæ obligatio multos quoque iure ciuili effectus habet alios, de quibus *lib. ſeq. tit.* 14 Ceteroquin nuda obligatio honeſtatis, qua qui beneficium accepit naturaliter ad ἀντίδωρα obligari dicitur, *l. ſed & ſi* 25. §. *conſuluit. de petit. hæred.* non impedit quo minus donatio gratuita habeatur, & inſtar propriæ donationis: ſecus ſi quis pro opera aliqua præſtita, alicui honorarium (quod in factis locari ſolitis merces eſſet) dederit, quo pertinet, quod Dd. donationem remuneratoriam propriam donationem eſſe negant, *arg. l. hoc iure* 19. §. 1. *l. Aquilius* 27 *l. ſi pater* 34. §. 1. *h. t.* itaq; nec hic inſinuatione opus erit. Deinde per verbum iſtud excluditur datio, vel donatio quæ ita fit, vt viciſſim quid detur vel fiat: quod genus incidit in contractum innominatum, de quo *ſub t. t. C. de don. quæ ſub mod.* Addo in definitione verbum, *perpetua* ſiue, *irreuocabilis*, vt diſtinguatur à donatione mortis cauſa, quæ facile reuocatur & corruit, iuxta *dd. ad §. præced.* Eadem qualitas, remouet donationem propter nuptias; quæ amplius iuxta formam, quam hodie habet, de qua in § *ſeq.* nec vere gratuita dici poteſt. Dicitur autem perpetua & irreuocabilis, tum oppoſitiue ad donationem mortis cauſa, quæ facile reuocatur: tum ratione intentionis eius, qui donat, *l. 1. in pr. h. t.* ibi, *nec vllo caſu ad ſe reuert.* & in *l. vbi ita* 27. *de mort. cauſ. donat.* ibi, *vt nullo caſu reuocetur.* Et omnino rebus ita ſe habentibus nullum ius reuocandi eſt. Verum vbi donatarius pro beneficio accepto grauiſſimas rependit iniurias, quod ſi futurum cogitaſſet donator, numquam contuliſſet beneficium, placuit locum eſſe retractationi donationis, iuxta *l. vlt. C. de reuoc. donat.* vbi cauſæ ex quibus reuocare licet hanc donationem, recenſentur.

Et hac gratia adiecit hic Iuſtin. *Temere* reuocari non poſſe; Nam donatio mortis cauſa pro libitu, & ita temere poteſt reuocari. Addunt Dd. communiſſime & alium modum reuocandi, ſi poſt, donatori, qui [illegible] [illegible] fuerint, ex *l. ſi vmquam* 8. *Cod. de reuoc. donat.* [illegible] eſt, cum conſtitu[illegible] ſimul ibi expreſſum, quo [illegible] reque quæ ple[illegible] ſententia eſt, *Corāſ.* [illegible] *A. Fab.* 7. *coniect.* 14. & 15. & veterum quoq; multorum quos refert Tiraq. ad *d. l. ſi vmquam*, de quibus, pluribus hic agere fuerit præter inſtitutum.

Non omnino.] Notauit Cui. in veteribus legi, *omnino non*; nam & de alienatione mortis cauſſa ita dici poſſit. Et ineptum eſt, quod affertur, pro recepta lectione à Pacio, quod comparentur omnino, ſiquidem vterque ſit titulus lucratiuus, & vtrobique modus adquirendi particularis; Neque enim vllæ res tam inter ſe diuerſæ ſunt, vt non in aliquo generali concurrant.

Perficiuntur autem.] Non ſatis plenus hic locus eſt. Donatio † perficitur, aut traditione, (quæ vera perfectio eſt,) aut conuentione, ita vt iuxta dicta ad *prin. tit.* donatio ſumatur pro conuentione de dando aliquid gratuito, quomodo emptio perfici dicitur nudo conſenſu; Conuentio eſt vel veſtita, veluti ſtipulatio, vel nuda. Et cum ſtipulatio ſcriptis fieri non poſſit, Iuſtin. hoc loco, dum ſcribit de voluntate ſcriptis, aut ſine ſcriptis manifeſtata, videtur reſpexiſſe fere tantum ad pactionem nudam, & ad conſtitutionem ſuam, in *l. ſi quis arg.* 35. *C. h. t.* vbi conſtituit vt quæuis declaratio voluntatis etiam citra ſtipulationem, valida ſit & obſtringat donatorem: & ita pactum donationis vt legitimum eſſet, effecit; idq; eſt quod hic ait, habere conuentionem & declarationem quamuis neceſſitatem tradendi; & quidem, vt ait, ad exemplum venditionis. Quæ comparatio ſecundum quid accipienda eſt; venditio enim contractus eſt; at ſimplex pactio de donando cont. actus recte dici non poteſt. In eo 2

Digitized by Google

eo conſiſtit autem comparatio, quod emptio perficitur ſtatim, vbi de re & pretio conuentum eſt in *pr. inſ. de emption.* & mox ex ea conuentione emptori efficax actio ad rem tradendam competit; Ad hunc modum per *d. l. 35. C. h. t.* ſi vel ſcriptura quis & per Epiſtolam, vel quibuſcunque idoneis verbis ſi quid donare dixerit, vtcunque ſtipulatio nulla interuenerit, tenetur ad rem tradendam. An potius, ait, ſcriptis & ſine ſcriptis, vt inſinuet donationem quandam, de qua mox, indigere inſinuatione, quæ non fit ſine ſcriptis? An autem præciſe emptor tradere teneatur, an liberetur præſtando intereſſe, alia quæſtio eſt nec huius loci; ſicut nec iſta, in quo differat præſtatio ex donatione, ab obligatione ex venditione, cum donator ad dandum, ſed venditor tantum ad tradendum teneatur, verbo traditionis in ſpecie ſumpto, de quibus agemus infra *d. Verbor. obligatione & de emption.*

Et cum retro principum.] Intereſt Reipubl. ne quis re ſua male vtatur, & bona ſua temere profundat. Donare iure noſtro fere eſt, perdere; & verendum ne potius ſit actio prodigi quam hominis liberalis. Itaque & L. vetus Cincia modum impoſuit donationibus; & illa ipſa cauſa principis poſteriores, donationes paulo maioris quantitatis, non aliter
3 validas eſſe voluerunt; quam ſi actis † inſinuarentur, id eſt in acta referentur; & literis publicis conſignarentur; & quiſquis liberali animo alterius inopiam ſubleuare vult, non grauabitur aperte & palam apud magiſtratum quoque hoc agere. Summam 200. ſolidorum Iuſtinianus porrexit vſque ad 500. ſolidos, infra quam ſummam non ſit opus inſinuatione: forte quod aurei eius ſeculi minoris erant valoris & ponderis, quam olim; ex quo quidam exiſtimant, cum hodie noſtri aurei viliores ſint, quam Iuſtiniani ætate, quo tempore 72. aurei faciebant libram, hodie quoque ampliorem debere ſtatui ſummam, vſque ad quam citra inſinuationem etiam liceat donare. Fortaſſe autem ea nobis licentia non eſt conceſſa; & forte nec vera ratio illa, ob quam ſummam veterem Iuſtinianus auxit; ſed quia (an ob illius ſeculi diuitias) plus voluit indulgere priuatorum liberalitati, de qua re præter alios tractat *Alciat. in leg. etiam aureos. de V. S. & diſpunct. 9.* Et illam rationem veram non eſſe inde patet, quod Iuſtinianus initio ſummam veterem 200. ſolidorũ, produxit tantum ad 300. ſolidos *leg. Sancimus 34. in princ. Codic. h. t.* mox ſolita leuitate ad 500. ſolidos *l. penult. in fin. Cod. eod.* neque vero ipſius ætate mutatio tanta aurei facta fuit.

Illud communiſſime receptum eſt inter omnes, ſi donatio excedat ſummam definitam, nec inſinuata ſit, eam ſolum modo irritam quo ad ſummam excedentem, non autem penitus nullam eſſe, vt expreſſum eſt in *l. ſancimus 34. in pr. & §. 1. inf. C. h. t.* Porro cum Iuſtin. hic principibus attribuat diſpoſitionem de 200. aureis, non puto verum eſſe quod Cui. ſcribit 6. obſ. 18. eam eſſe ex Lege Cincia. Notant autem Dd. hic inſinuationem eſſe iuriſdictionis voluntariæ, & poſſe adeo fieri apud iudicem & magiſtratum non ſuum, per *leg. data 27. & leg. in hac 30. Codic. h. t.* Equidem illud in genere affirmatum verum non videtur, tum longe alia Reipubl. Roman. ratio fuit, vbi omnes magiſtratus, vnum communem principem habebant; nec vnquam crediderim quidquam eorum valuiſſe, quæ ciuis Rom. apud magiſtratum extra Remp. Rom. egiſſet. Et quod ad hanc rem attinet illud non requiri docet *l. 27. inf.* vt res donata ſit ſub iuriſdictione magiſtratus, apud quem fit inſinuatio; Ceteroquin oportere & debere magiſtratum eſſe competentẽ oſtendit ipſa *l. 30. C. h. t.* quod id fieri poſſit in prouincijs, (ſi municeps aliquis donet) apud præſidem prouinciæ, & magiſtratus ſc. ciuitatis, aut municipij ita in ſpecie dictos, & apud defenſores ciuitatum, nam & hi inſtar cuiuſdã magiſtratus ſunt, ſecundum quid, vt patet ex *t. t. C. de defenſ. ciuit. & Nou. 15.*

Et quaſdam donationes inuenit.] Nimiorum quæ fiunt à principe, & in principem con-

conſeruntur *dict. leg. 34. in princ. verſ. exceptis. Nouell. 52 cap. 2.* Item donationes propter nuptias & ſponſalitias largitates, *dict. l. 34. §. 1. authen. vt ſponſalit. largit.* & alias quaſdam *leg. penultim. Codic. h. t.* Vbi notandum quaſdam donationes ſimpliciter liberari à neceſſitate inſinuationis; quaſdam hactenus priuilegiatas, vt maior ſumma poſſit ſine inſinuatione donari; qualis eſt donatio ad pias cauſas iuxta *dict. leg. ſancimus 34. §. 1. Codic. h. t.* quæ citra inſinuationem valida eſt vſq; ad 500. aureos, cum ex illo adhuc textu cæteræ donationes tantum vſque ad 300. aureos non inſinuatæ, ſubſiſterent. Ex quo non immerito dubitatur: cum poſt ex *l. 36. in f. Cod. h. t.* hoc ius commune ſit, vt vſque ad 500. ſolidos valeant donationes quæuis, an nullum priuilegium hodie
4 habeãt hacten⁹ donationes ad pias † cauſas; an vero proportionaliter priuilegium in *d. l. 34.* iis conceſſum, cenſeri debeat productũ per *d. l. 36.* vt circiter vſque ad 700. ſolidos, & paulo amplius iſtæ donationes abſq; inſinuatione ſubſiſtant. Sed difficile eſt, citra LL. aliquid ſtatuere; & cũ Iuſtin. in *d. l. 36.* vbi diſponit de 500. aureis, non auxerit priuilegium cauſarum piarum, (cum tamen ibi ab obſeruatione illa liberet donationes pro redimendis captiuis) nõ eſt noſtrum, producere iſtud: & igitur, quod ante priuilegium erat, hodie non amplius erit, ſed piæ cauſæ vtentur iure communi priuatorum; quæ etiam cõmunis Dd. ſententia eſt in *l. illud 19. C. de ſacr. Eccl.* & in *d. l. ſancimus 34. in pr. C. h. t.*

Alia inſuper multa.] Quænam ſunt iſta, quæ hic inueniſſe ſe profitetur ad vberiorem exitum donationum? nam quod etiam nudum pactum efficax eſt, de eo iam ante h. §. dixerat. An intelligit; quod etiã omiſſa inſinuatione non vitiatur tota donatio *d. l. ſancimus 34. §. 1. C. h. t.* an quod diuerſis temporibus plures factæ donationes, non coniunguntur, *dict. l. 34. §. ſi quis 3.* adeo vt licet coniunctim excedant ſummam 500. aureorum, non ſit opus inſinuatione; vbi tamen videndum, ne in fraudẽ diuidatur donatio, quam quis alias ſimul facturus fuiſſet. Illa autem quæ addit Acc. hic plane ſpecialia ſunt, quo ſufficiat eum [illegible] pit pecuniam donatam in redemptionem captiuorum, iurare de pecunia bona fide expendenda *l. pen. in f. pr. C. h. t.* quod itidem habeatur fides domino cuius ædes ruerunt, iuranti ſe pecuniam donatam in ædes nouas expendiſſe, *dict. l. pen. §. 1. in f.* quæ ipſa nec quidem proprie pertinere videntur, ad vberiorem exitum donationum. Rectius forte huc referatur *l. vltim. Codic. h. t.* vbi vult reiici verba, quæ in donationibus ante poni ſolebant, *Seſtertij, nummi, &c.* quibus ſcilicet vti ſolebant, cum, vt notauimus ad *pr. tit.* donatio per interuenientem mancipationem & nexum perficiebatur, &, vnus nummus dicis cauſa interueniebat, vt hoc modo Quiritarium dominium in donatarium transferretur; quas ſolemnitates imaginarias ſuſtulit Iuſtinianus.

Si ingrati exſiſtant homines.] De hoc diximus ad pr. §. Ratio optima eſt, quod donatarius, naturaliter tenetur gratiam referre *l. ſed & 25. §. conſuluit de petit. her.* Qui ergo eſt ingratus exuit naturam donatarij: cui proinde merito aufertur quod donatum eſt. Et ius tamen reuocandi datur ſoli donatori, non eius hæredi; quoniam eſt vindicta quædam iniuriæ; perſecutiones autem iniuriarum non dantur hæredibus iniuriam paſſi, de quo in *§. 1. infr. de perp. & temp. act.* Iſtud expreſſum eſt in *l. his ſolis 7. & l. vltim. Codic. de reuocat. donat.* Sed quid ſi ſucceſſor donatarij ſit ingratus, an poterit donator reuocare. Rectius negatur argument. dd. textuum, nec proprie donatarij ſucceſſor ingratus dici poſſe videtur. Et alia ratio eſt feudorum, vbi ipſe vaſallus primus, & ſucceſſores ad certa officia obligantur. Quid ſi donatarius ingratus præmortuus ſit, an poterit donator reuocare bona ab hærede? Si comparationem ſequimur actionis iniuriarum, non poterit, ſi poſt annum deceſſit donatarius.

Tractatur & hoc à Dd. ad *d. l. vlt. Cod. de reu. donat.* an præter cauſas ibi expreſſas admittantur aliæ ſimiles, vel grauiores; quod mihi recte & inprimis à Iohann. Fabro hic affir-

Digitized by Google

affirmari videtur, ſicut & communiſſime placet admitti alias exheredationis cauſas præter enumeratas in N. 115. *cap. 3.* de quo forte dicemus *infr. de inoffic. teſt.* .

TEXTVS.

3 Eſt & aliud genus inter viuos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum. Poſtea autẽ à iunioribus Diuis Principibus introductum eſt, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in ſe conditionem habebat, vt tum ratum eſſet, cum matrimonium eſſet inſecutum. Ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, & numquam poſt nuptias celebratas talis donatio præcedebat. Sed primus quidem Diuus Iuſtinus, pater noſter, cum augeri dotes & poſt nuptias fuerat permiſſum, ſi quid tale eueniret, etiam ante nuptias augeri donationem, & conſtante matrimonio, ſua conſtitutione permiſerat. Sed tamen nomen inconueniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, poſt nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos pleniſſimo fini tradere ſanctiones cupientes, & conſequentia nomina rebus eſſe ſtudentes, cõſtituimus, vt tales donationes non augeantur tantum, ſed etiam cõſtante matrimonio initium accipiant, & non ante nuptias, ſed propter nuptias vocentur, & dotibus in hoc exæquentur: vt quemadmodum dotes conſtante matrimonio non ſolum augentur, ſed etiam fiunt: ita & iſtæ donationes, quæ propter nuptias introductæ ſunt, non ſolum antecedant matrimonium, ſed eo etiam contracto augeantur & conſtituantur.

COMMENTARIVS.

1 *Progreſſus huius donationis.*
2 *De reuocatione non ſecutis nuptiis.*
3 *Quæ hodie natura iſtius donationis.*
4 *Ius vxoris in donatione propter nuptias.*

E*ſt & aliud genus.*] Si Stichus & Pamphilus ſpecies ſunt, vt iure noſtro appellari ſolent, homo poterit dici genus: & ita quoque donatio propter nuptias: ceteroquin ſicut homo ita & donatio iſta reuera & Logice loquendo, non genus, ſed ſpecies infima eſt.

Veteribus incognitum.] Prout ſcilicet poſt iſta donatio fuit conformata, & quæ omnino eſt iuris ciuilis, & impropria donatio. Ceteroquin originem traxit hæc donatio † à donatione vera, & quæ iuris gentium fuit. Nimirum ſponſi & ſponſæ affectionis & amoris erga munera ſibi dare ſolebant, & quidem efficaciter: quoniam inter iam coniuges erãt prohibitæ donationes, ſed non inter adhuc ſponſos, qua de cauſa diſtinguit ICtus an ante nuptias an poſt aliquid ſit donatum *l. pen. in fin. de donat. int. vir. & vx.* & eodem modo Imp. *in l. cum in 6. C. de don. ant. nupt.* & de validitate huius donationis, ad inſtar alterius cuiuſuis inter viuos, ſunt textus *in l. ſi ante 8. cum 6 ſe 15. C. de donat. ant. nupt.* Et licet frequentius eſſet, vt ſponſus donaret ſponſæ, *l. ſi à ſponſo 16. C. de don. ant. nupt.* ibi, *quod raro accidit*, tamẽ & ſponſam recte donaſſe ſponſo dubium eſſe non poteſt, arg. *l. ſi mater 12. C. d. t. & l. 1. §. 1. de donat.* vbi ait ICtus ſimpliciter, inter ſponſum & ſponſam valere donationem, iure alterius donationis, quæ liberalitatis gratia exercetur, cum donans rem donatam numquam ad ſe reuerti velit. Adeoque apparet etiamſi nuptię ſecutæ non fuiſſent, tamen donationẽ manſiſſe integram, quæ pure facta fuiſſet. Potuit autem hac Lege donari, vt ſi nuptiæ ſecutæ non fuiſſent, res reſtituatur, *d. l. 1. §. 1. in fi.* vbi quod ait, *hac mente* intelligendum eſt, mentem fuiſſe etiam expreſſam. *arg. l. 2. C. de donat.*

ant. nupt. ibi, *niſi Eutychia tibi nupſerit.* &c, *vt Eutychiam vxorem duceres.* Item *l. ſi mater* 12. *eod. tit.* ibi, *ſine vlla repetendi lege.* quamuis admitti poſſit, aliquando ex cõiecturis etiam hanc mentem colligi potuiſſe, ſemper autem hoc ſubintellectum non fuiſſe apertiſſimum eſt ex oppoſitione *d. l.* 1. §. 1. *de donat.* & *ex l. cum veterum* 5. *C. de don. ant. nupt.* vbi Conſtantinus ait ſibi diſplicere veterum ſententiam, ſecundum quam donationes manebant firmæ, licet nuptiæ ſecutæ minime fuiſſent. Et igitur hoc demum eſt ex Imp. Conſtantini conſtitutione, vt omnis donatio inter ſponſum
2 & ſponſam † facta, habere in ſe cenſeatur tacitam conditionem, ſi nuptiæ ſequutæ fuerint: videlicet non ſuſpenſiuam, ſed reſolutiuam. Etenim ita non poteſt fieri donatio, vt res ſit ſponſæ cum ſecutę fuerint nuptię, quoniam incideret in caſum à quo incipere non poteſt *l. quod ſponſæ* 4. *C. de donat. ant. nupt.* ſed donatio pura, nuptiis non ſecutis reſoluitur *l.* 1. §. 1. *in fin. de donation.* Et non immerito ita conſtituit Conſtantinus: quoniam præſumitur quiſque adfectione ſponſi donaſſe, nec id fuiſſe facturus, ſi nuptias non ſecuturas putaſſet. Et igitur ſi nuptiæ ſecutæ non ſint, condictio datur, ſi videlicet per donatarium ſteterit, quominus ſequerentur, quia cenſetur ob cauſam datum. Ceteroquin ſi ſteterit per donantem, non tantum donati retentio, ſed etiam exactio eſt *d. l.* 15. *C. de donat. ant. nupt.* Hęc ita, vbi ſtat per donantem vel donatarium, vbi autem alteruter mortuus eſt, diſtinguitur, quod aut ſponſa donauit, aut ſponſus: Illo caſu omnimodo repetitio eſt & repetitio totius, hoc ſubdiſtinguitur, quod aut interuenit oſculum, aut non interuenit; hic totum, illic dimidium tantum repetitur: (quaſi per oſculum aliqua delibata videatur pudicitia) *l. ſi à ſponſo* 16. *C. de donat. ant. nupt.* Iſta occaſionem dederunt donationi, de qua hoc §. agit
3 Iuſtin. quia † nunquam à ſponſa, ſed à ſolo fit ſponſo: nec eo effectu quo olim, vt res omnino fiat ſponſæ, ſed imo ita vt ſponſæ vel vxori reuera non adquiratur, ſed tantum ius aliquod in ea vxori conſtituatur. Solet dici *ἀντιφέρνη*, antidos, quæ quaſi à marito conſtituitur vxori ſicut ab vxore dos conſtituitur marito. Quæ ipſa res arguit eſſe inuentum Græculorum Impp. qui nimio quam multum vxoribus tribuerunt, quid enim turpius quam vt maritus quaſi dotem afferat vxori, & ita ei quodammodo nubat. Ius autem quod mulier adquirit, eſt 1. Quod ita
donatum † ſecuriorem & cautiorem facit 4
dotem, pro qua ſpeciatim res donatæ propter nuptias obligatæ eſſe intelliguntur. *l. vbi* 29. *C. de iur. dot. N.* 61. *cap.* 1. ex qua nec oppignorandi quidem aut alienandi eas res facultatem habet maritus, ita vt alienatio ſit nulla, licet mulier conſenſerit, etiam iterato, vbi videlicet non alia ſunt bona ex quibus vxori ſatisfiat, adeo apparet, hanc cautionem eſſe pleniorem, quam hypothecæ generalis, cui renuntiare poſſe mulierem, ſimpliciter reſcriptum eſt *in l iubemus* 21. *C. ad SC. Velleian.* & ſpecialis hypotheca in quibuſdam vtilior eſt. Alterum ius eſt, vt ſicut mulier temere diuertens multatur parte dotis, vel etiam integra; ita & maritus temere diuortium faciens amittat partẽ ex iſta donatione, vel eam totam, quæ cedat lucro vxoris, *l. conſenſu* 8. §. *hac mihi* 4. *C. de repud.* Tertium ius, vt quibus caſibus maritus ex pacto partem dotis vel decem, iiſdem mulier donationem propter nuptias vel partem lucretur, vt docet *N.* 61. *cap.* 1. *in princ.* ibi, *conueniente lucro, Nou.* 91. *cap.* 1. & *Nou.* 97. *cap.* 1. vbi etiam hac ipſa cauſa voluit donationem propter nuptias eſſe æqualem doti. Extra hos caſus, ſicut mulier ſoluto matrimonio dotem, ita maritus donationem propter nuptias recipiet, *cap. vlt. de donat. int. vir. & vx.* vel potius retinebit. Neque enim ſicut dos in maritum, ita donatio propter nuptias actualiter in vxorem confertur. Poſſeſſionem rerum transferri in eam poſſe crediderim, ſed id minime neceſſarium erit: quippe cum fructus earum rerum ad vxorem non pertineant: ſiquidem ea non dicitur ſuſtinere onera matrimonii, ſed maritus: & alias omnino fructus dotis euacuarentur, quod præſertim iuxta *d. Nou.* debeat eſſe æqualis

qualis doti donatio propter nuptias. Sed an dominium tranſit in vxorem harum rerum? Licet Dd. communiter affirment, magis tamen eſt, vt negandum putem: cum ſpeciales ſint LL. expreſſi caſus, quibus ſine traditione dominium tranſit, traditio autem rerum hic neceſſaria non eſt; & vt diximus certos tantum fines habet donatio, quos vt conſequatur, non eſt neceſſum, vt dominium transferatur in vxorem: adeo non videtur eſſe iſta habilis cauſa transferendi dominii; nec eadem eſt ratio huius donationis & dotis, cuius tamen dominii exigua veſtigia reliquit Iuſtin. per *l. in rebus C. de iur. dot.* & ſi ſunt hę res mulieri hypothecatæ, non poſſunt eſſe in eius dominio. Sed & fruſtra interdixiſſet Iuſtin. in N. 61. marito alienationem & oppignorationem, ſi dominus ipſe amplius non eſſet. Nec mouet; quod *in d. Nou. 61. §. 1. verſ. non enim*, vxori pro iſtis rebus datur vindicatio; quoniam ea demum ſoluto matrimonio competit, neque directa, ſed vtilis eſt; cuiuſmodi aliis quoque non dominis aliquando conceditur ex æquitate. Et ait Iuſtin. in *d.* N. 61. non immoderate feciſſe quoſdam iudices, quod vxori rerum harum dederint vindicationem: a iudicibus aliis autem hoc fuiſſe contemtum, quod ſi ordinario iure dominium rerum ita donatarum fuiſſet in vxorem translatum, nullus iudex actionem in rem negare vxori potuiſſet; vt appareat actionem iſtam in rem, non tam natiuam quam datiuam eſſe. Et hæc pro explicatione donationis huius eiuſque naturæ ſufficiant. Eius videl. quam Iuſtin. propter nuptias vocat, rectius dixiſſet propter dotem. Etenim propterea non eſt negandum, poſſe maritum ante nuptias ita donare ſponſæ, vt pleno & perpetuo iure res eius fiat; quod genus donationis, penitus ab iſta Iuſtinianea differt. Percurramus, quæ in textu porro ſequuntur.

Iunioribus principibus.] Hic Conſtantinus intelligi ſolet, qui introduxit, vt donatio ante nuptias tacitam conditionem haberet *l. cum veterum 15. C. de donat. ant. nupt.* Sed enim ea conſtitutio non fecit, quo minus quod donatum erat, pleniſſimo iure, ſecutis nuptiis maneret donatarii; & vt apparet ex *l. 16. C. eod. tit.* etiam tum ſponſa ita ſponſo donare potuit. At quin donatio iſta penitus à ſponſa fieri non poteſt, ſed à ſolo ſponſo, & quidem ita vt plene res non fiat ſponſæ; cæteroquin non potuiſſet permittere Iuſtinus, vt poſt nuptias augeretur donatio iſta; quippe quæ incidiſſet in donationem inter coniuges, vetitam; nec à Iuſtino quidquam mutatum aliud ait Iuſtinianus, ſed tantum hoc diſpoſitum, ſcilicet in eadem ſpecie donationis, vt poſt nuptias augeri poſſet, aucta dote: quod ipſum argumentum eſt, iam tum, quaſi fuiſſe iſtam antidotem, quod à donatione veteri in ſponſas collata eſt alieniſſimum. Itaque intelligendi ſunt principes, qui poſt Conſtantinũ rerum potiti ſunt, ſub quibus ſenſim hoc receptum, aut etiam ita conſtitutum fuit, vt donatio vetus ante nuptias, in aliam quaſi ſpeciem degeneraret; & tum valeret demum vbi matrimonium eſſet ſecutum; tum non ita valeret, vt vxor plenum & verum dominium conſequeretur, ſed tantum iura aliqua, vt paulo ante expoſuimus; qualem iam ſub Theodoſio eam donationem fuiſſe, apparet ex *l. conſenſu 8. §. 4. C de repud.*

Sua conſtitutione.] Eſt in *l. ſi conſtante 19. C. de donat. ant. nupt.* Iuſtinianus inſuper & conſtitutionem & augmentum iſtius donationis æquale vult eſſe *N. 97. c. 1.* adeo cum ex *d. l. 19.* aucta poſt nuptias dote poſſit augeri donatio propter nuptias, hodie per *d. N. 97.* augenda neceſſario eſt, quod tamen & iſtam æqualitatem vſu non obſeruari, alii notant.

Nomen inconueniens.] Recte ait Hottom. non propterea fuiſſe nomẽ incõueniens, licet aliquando poſt nuptias aliquid accederet; cum appellari rem ſatis ſit à principali & quod vt plurimum accidit. Ieiuna obſeruatio eſt hic Interpp. quod iſtud procedat in nominibus rerum appellatiuis, vt vocant, non propriis, quibus ſæpe minime reſpondent homines, quippe quæ ſint mere ex arbitrio hominũ, & adhuc infantibus imponuntur. Nomina autẽ

rerum

rerum ſæpe ad ipſarum cognitionem deducunt, de quo prolixe tractat Plato in Cratylo.

Sed nos pleniſſimo.] Iſta & leuia, & iam ſatis explicata ſunt.

TEXTVS.

Erat olim & alius modus ciuilis adquiſitionis, per ius adcreſcendi, quod eſt tale. Si communem ſeruum aliquis cum Titio habens, ſolus libertatem ei impoſuerit, vel vindicta vel teſtamento: eo caſu pars eius amittebatur, & ſocio accreſcebat. Sed cum fuerat peſſimum exemplo, & libertate ſeruum defraudari, & ex ea dominis quidem humanioribus damnum inferri, ſæuioribus autem lucrum accedere: hoc quaſi inuidia plenum pio remedio, per noſtram conſtitutionem mederi neceſſarium duximus. Et inuenimus viam, per quam & manumiſſor, & ſocius eius, & qui libertatem accepit, fruantur noſtro beneficio, libertate cum effectu procedente, (cuius fauore antiquos legumlatores multa etiam contra communes regulas ſtatuiſſe manifeſtum eſt) & eo qui eam libertatem impoſuit, ſuæ liberalitatis ſtabilitate gaudente, & conſeruato indemni ſocio, pretiumque ſerui ſecundum partem dominii, quod nos definiuimus, accipiente.

COMMENTARIVS.

Alius modus ciuilis.] Hinc ſane apparet, Iuſtinianum hactenus de modis adquirendi ciuilis iuris agere voluiſſe, adeoque adiicit hic extra huius tituli materiam, quaſi pro cõcluſione, proprium modum adquirendi eiuſdem iuris.

Per ius adcreſcendi.] Hic eſt caſus quo extra cauſam vltimæ voluntatis locum habet ius accreſcendi: quod alias habere in contractib. locum, negant Dd. communiter per *l. ſi mihi & Titio* 110. *de verb. oblig.* ſed parum ſubtiliter, vt enim de iure adquirendi quæri poſſit, oportet, vt pluribus ad rem ius ſit quæſitum. Atquin in terminis *d. l.* 110. vbi quis ſibi & Titio ſtipulatus eſt, cum ex ratione iuris Titii perſona nulliter ſit adiecta, non poteſt eſſe locus quæſtioni de iure accreſcendi.

Vel vindicta vel teſtamento.] Non eſt abs re, quod in ſpecie Iuſtinianus facit mentionem horum modorum, per quos nimirum ſeruus conſequebatur iuſtam libertatem & fiebat ciuis Roman⁹, in quibus terminis hoc obtinuiſſe, quod hic ſcribitur, ceteroquin nihil actum fuiſſe per vnum ex dominis, non obſcure traditum eſt à *Paulo 4. ſent.* 12. *in pr.* & ab *Vlpiano tit. de libertis. §. cõmunem* 13. ſed generalius loquitur Iuſtin. *in l.* 1. §. 1. *C. de comm. ſeru. manu.* nec hodie poterit diſtingui, poſtquã ex quauis manumiſſione ſerui fiunt ciues Romani.

Pars amittebatur.] Cum enim per modos illos pars ſocii ab eo abiiſſet, nec tamen ſeruus per vnum dominum in libertatem perduci poſſet, eueniebat neceſſario, vt pars illa accreſceret, & accederet alteri ſocio; quomodo accidiſſe diximus *in §. pen. ſup. de vſufr.* non diſſimili ratione, vt ſi fructuarius in iure cederet vſumfructum extraneo, nihil ageretur quo ad extraneum, ſed vſusfructus recurreret ad proprietatem.

Sed cum peſſimum fuerat.] Emendatio iuris veteris, ex *l.* 1. *C. de comm. ſeru. manum.* vbi quod ante in militibus obtinebat, ipſe fecit ius cõmune. Res perſpicue exponitur hic & *in d. l.* 1. & caſus hic eſt, quo quis rem ſuam cogitur vendere, cuiuſmodi plures notant *Ioh. Faber. Angel. & Plat. hic.* Plura in non diuerſis valde terminis, ſerui cõmunis ab vno domino heredis inſtituti, dicemus ad §. 1. *infra de hered. inſt.*

Quam nos definiuimus.] Videtur accurate diſtinguere circa quantitatem pretii *in d. l.* 1. §. *ne autem* 5. *C. de comm. ſeruo manum.* ſed imprudenter meo iudicio; Neque enim certa hic definitio

Digitized by Google

nitio dari poteſt, ſed arbitrio magiſtratus id permittendum eſt.

AD TITVLVM VIII. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

QVIBVS ALIENARE *licet vel non.*

TEXTVS.

1. Accidit aliquando, vt qui dominus rei ſit, alienare non poſſit, & contra qui dominus non ſit, alienandæ rei poteſtatem habeat. Nam dotale prædium maritus inuita muliere, per Legem Iuliam prohibetur alienare: quamuis ipſius ſit, dotis cauſſa ei datum. Quod nos Legem Iul. corrigentes in meliorem ſtatum deduximus. Cum enim Lex in ſolis tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant, & alienationes inhibebat, quæ inuita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea, vtrique remedium impoſuimus, vt etiam in eas res, quę in ſolo prouinciali poſitæ ſunt, interdicta alienatio ſit vel obligatio: vt neutrum eorum neque conſentientibus procedat mulieribus, ne ſexus muliebris fragilitas in perniciem ſubſtantiæ earum conuertatur.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Ratio Legis Iuliæ.*
3 *An res mobiles poſſit maritus alienare.*
4 *An & quatenus maritus ſit dominus dotis.*

POſt explicatos ſingulares adquirendi modos, (nam cur de legatis ſeparatim agat, in fi. tit. rationem redditurus eſt) ſeqq. duobus
titulis † tractat, tum quis alienare poſſit: tum 1
per quos nobis adquiratur. Nam niſi perſona ius alienandi habeat, dominiũ accipienti non quæritur, & vbi de adquirendi modis agitur, illud vel præcipue explicandum eſt, an quiſq; ſibi tantum an per alios etiam adquirat. Oportebat autem iuxta rubr. inprimis doceri, quis nam haberet ius alienandi, propoſita regula aliqua & nota generali. Et inprimis ita conſtituendum eſt, quod qui dominus eſt, & adminiſtrationem habet, alienare poſſit, vel ipſe, vel alius eius voluntate per §. *nihil autem* 43. *ſup. de rer. d. u.* ceteroquin ſæpe fit, vt qui domini ſunt, alienare non poſſint, veluti minores ætate, furioſi prodigi, qui ius adminiſtrandi non habent. At dixerit
quis, maritum & dominum † eſſe rei dotalis, 2
& eius adminiſtrationem habere, nec tamen alienare poſſe. Sed ipſe Iuſtin. in pr. huius tit. reſpondet, id fieri ob Legẽ Iuliam, hæc enim eſt poteſtas Legis, vt poſſit modum ſtatuere alienationibus rerum ex iuſta cauſa; cuiuſmodi eſt hic in rebus dotalibus, & quidem non omnibus, ſed tantum immobilibus, & vno verbo, in prædio dotali. Nam cum interſit Reip. mulieres eſſe dotatas *l. 1. ſolut. matrim.* agendum hoc fuit, vt mulieri in caſum ſolut. matrimonii dos integra eſſet, vt porro iterum nubere poſſet. Enimuero cum maritus ſoluto matrimonio teneatur iure dotem reſtituere vxori, reuera nec iſta exceptio eſt, à regula, ſecundum q̃ is demum pro libitu alienare poteſt, qui dominium perpetuum & irreuocabile habet; quale ſane dominiũ non habet maritus. Et tamen quia matrimonia hac intẽtione contrahuntur, vt perpetua ſint, quo reſpectu dotis cauſa perpetua dicitur *l. 1. de iure dot.* ne alienatio prædii dotališ ob id valida cenſeretur, Legi perſpiciendum viſum fuit. His præmiſſis iam textũm videamus.

Qui dominus rei ſit.] Ad hanc partem etiam pertinet §. 2. de pupillo, qui dominus cum ſit, alienare non poteſt, vt ibi dicemus.

Qui dominus non ſit.] Huius partis exemplum proponitur in §. 1.

Dotale prædium.] Et maxime fundum; *arg. t. t.*

de fund. dot. nam fundi quoque pupillaris aut minorum alienatio vetita eſt, ſine decreto, quo opus non eſt in alienatione prædii vrbani, iuxta *tit. de reb. eor. qui ſub tut.* licet id poſtea fuerit mutatum *l. lex quæ 22. C. de admin. tut.* ſed Lex Iulia de qua hic agitur, cum de prædio locuta ſit, etiam ad ædes dotales pertinet.
3 Mobilium alienatio † inhibita marito non eſt, vt patet *ex l. 3. §. 2. de ſuis & legit. l. 3. C. de iur. dot. l. vlt. C. de ſeru. pign. dat. man.* quod & diſerte ſcribit Theoph. hic, alienando res dotales maritum transferre dominium excepto prædio dotali. Neque obſtat limitatio *ſi ſoluendo ſit d. l. 1. & l. ſeruum 21. de manumiſſ.* quoniam talis maritus cenſetur in fraudem id facere vxoris, quæ præſumitur dotem mox repetitura, & factura diuortium; idque iure Iuſtinianeo minus dubium eſt, quo etiam conſtante matrimonio, hoc caſu dotem repetere poteſt vxor *l. vbi 29. C. de iur. dot. l. ſi conſtante 24. D. ſolut. mat.* qui locus procul dubio à Tribon. eſt interpolatus. Errant adeo manifeſte Dd. qui putant maritum tantum poſſe alienare res mobiles, quæ ſeruando ſeruari non poſſunt, inepte adducta *l. res 42. de iur. dot.* inepta enim conſequentia eſt, poteſt alienare res fungibiles. Ergo has tantum: ſed iſtas maritus liberrimo iure alienat, tamquã quaſuis res æſtimatas, quia nõ dantur, vt eædem, ſed vt tantundem reſtituatur. Et plus habet iuris maritus quam tutor, ideo fruſtra adducitur *l. Lex quæ 22. C. de admin. tut.*

Inuita muliere.] Iſtud mox apertius proponit, quod ex L. Iul. fundum non poterat oppignorare maritus etiã cum conſenſu mulieris, ſed alienare poterat ea cõſentiente. Ratio vulgo nota eſt, quod L. Iulia voluerit non nimium derogare iuri mariti, & proſpicere in caſum in quem maius erat periculum. Facile conſentit mulier in oppignorationem, ex qua nullum oſtenditur periculum præſens: & ſperat mulier maritũ luiturum pignus ſoluto debito: proinde omnino hoc ne fieret prohibuit Lex Iulia; ſed non ita facile in alienationem, quæ omnino rem ſtatim transfert. Eademque ratio eſt, cur SCto Velleiano irritentur interceſſiones mulierum, in quas ſunt faciliores, ſed non irritentur donationes, in quas mulier minime eſt facilis *l. ſed ſi ego 4. in fin. Ad SC. Vell.* vbi nominatim hæc ratio redditur, quod facilius ſe mulier obligat, quam donet; eoque non ita fuit neceſſarium in hunc caſum auxilium Velleian. & hanc rationem L. Iuliæ affert quoque *Theoph. hic.* ſed quoniam tamen mulieres perſuaſæ à maritis poſſunt conſentire alienationi prædii dotalis, non immerito Iuſtinianus hactenus derogauit Legi Iuliæ, & diſpoſuit nullam quoque eſſe alienationem, licet ei conſenſerit mulier.

Quamuis ipſius ſit.] Dotis † cauſam & titulum eſſe habilem ad transferendum dominium, probat *tot. tit. pro dote.* nec enim alias ex hac cauſa procederet vſucapio: & *§. vnde in rebus ſup. de vſucap.* ibi, *aut dotis nomine dederit §. per traditionem 41. in fin. ſup. de rer. diuiſ.* ibi, *donationis aut dotis*: & amplius marito dominium adquiri probant *l. dotis 7. §. ſi res. 3. de iur. dot. l. 1. §. 1. l. dotale 13. §. 2. de fund. dot. l. quoties 47. §. vlt. de fund. dot. l. 3. §. 5. de public. act. l. ſi prædium 13. C. de iur. dot.* 4
neque neceſſaria fuiſſet L. Iulia prohibens alienari prædium dotale, niſi maritus dominus fuiſſet; idque & arguit effectus, quod actiones quæ dominis dantur, pro re dotali competunt marito *l. dote 9. C. de rei vind. l. de his 11. C. de iur. dot.* & ſeruus dotalis heres inſtitutus, iuſſu mariti adit aut repudiat hereditatem *l. ſeruus 58. ſolut. matrim.* argumentum etiam certum eſt, quod ſoluto matrimonio vxori pro repetenda dote olim non niſi actio perſonalis competebat. Quæ omnia confirmant maritum effici dominum rerum etiam non æſtimatarum, ſed nimirum dominium habet non abſolutum & irreuocabile, ſed reuocabile, ſublata cauſa, quæ eſt dos, & tollitur ſoluto matrimonio, quod vbi accidit, maritus rem reſtituere vxori tenetur, quod non tenetur facere vbi res ſunt æſtimatæ, quas & libere alienat, & ſoluto matrimonio precium reſtituit, qua conſideratione de hoc caſu in ſpecie reſcriptũ eſt, marito dominium quæri *l. 5. C. de iur. dot.* ſcil. perpetuum & irreuocabile, quamuis ex textibus præſertim Codicis, argumentum à contrario ſenſu & quidem

Digitized by Google

contra expreſſos textus nullam vim habeat. Illud autem plane nouum & rationi iuris veteris contrarium eſt, quod Iuſtin. *in l. in rebus 30. in pr. C. de iur. dot.* vxori etiam pro rebus æſtimatis actionem in rem concedit, quod tamen de vtili accipiendum eſt, & quidem ſoluto matrimonio in ſubſidium, vbi maritus non eſt ſoluendo, & alii creditores cum vxore concurrunt. Itaque nec attendendum eſt, quod *in d. l. 30.* ſcribit Iuſtin. naturaliter rem dotalem in dominio vxoris permanſiſſe; quod ita ſcribere neceſſe habuit, ne alias videretur contra rationem dediſſe actionem in rem, quamuis tamen fatendum eſt, ineſſe hic aliquid iuris ciuilis, quod maritus ſit rei dotalis dominus: Nam vt maxime nuptias & dotis quoque dationes à iure gentium eſſe fateamur, non tamen ob id conſequitur, hoc quoque eſſe iuris gentium, vt maritus ſit dominus dotis, cum ſatis eſſe poſſit, ſi maritus interim habeatur pro fructuario, cum nec multo plus ciuili iure habeat in effectu, ſiquidem ſi ceciderit arbores, earum pretium, ſi in fundo theſaurum repererit, eius dimidium tanquam inuenti in alieno cogitur reſtituere vxori *l. fructus 7. §. ſi fundum 17. ſol. matrim.* & omnino intuitu ſoluti matrimonii, res dotalis quaſi aliena mariti habetur *l. Pomponius 6. de pact. dot. l. in rebus 17. de iure d. t. l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus 5. ſolut. matrim. iunct. l. 8. §. 1. qui ſatisd. cog.* & licet ſeruus dotalis mariti iuſſu adeat, ſi ſit heres inſtitutus, lucrum tamen (quia in fructu hoc non eſt) ad vxorem pertinet *l. ſeruus 58. ſol. mat.* hinc etiam quod legatur ſeruo dotali, non marito, ſed vxori quæritur, ita vt ſcil. poſt ſolutum coniugium ei ſit reſtituendum *l. 3. de fund. dot.* Ex quo ipſo huius controuerſiæ explicatio ſumenda eſt, quod nimirum cum ſoluto matrimonio vxor ius habeat repetendi dotem, eamque maritus reſtituere cogatur, videatur dos quodammodo non tam mariti quam vxoris eſſe, quo reſpectu etiam proprium filiæ patrimonium dici videtur *l. 3. §. ergo 5. de minorib.* quamuis illud potius dicatur ad diſtinctionem dotis à profectitio peculio, & comparatiue non ad maritum, ſed ad patrem, quod licet dos ſit profectitia, tamen proprium quoddam eius in ea filia habeat, de quo alibi tractatur. Plane autem hac conſideratione dicitur, *in l. quamuis 75. de iur dot.* quamuis dos ſit in bonis mariti, tamen eſſe mulieris. Quod autem quidam hinc inter dominium Quiritarium & bonitarium ex ratione iuris veteris diſtinguunt, & huc etiam afferunt, quod itidem *in l. 7. §. ſi res de iure dot. & in l. Lucius 21. §. Idem 4. ad municip.* dos in bonis mariti eſſe dicitur, ex his cauſis admitti non poteſt. 1. Quod plurimis locis maritus ſimpliciter dominus appellatur. 2. Quod cauſa dotis ſimpliciter cõfertur cum titulis & cauſis, ex quibus adquiritur etiam dominium bonitarium. 3. Quod pro dote titulus, eſt habilis ad vſucapionem, quæ eſt modus adquirendi dominium Quiritarium. 4. Et præcipue, quod diſtinctio dominii bonitarii & Quiritarii, non pendet à titulo & cauſa adquirendi, ſed à qualitate & diuerſitate modi, quo res accipitur & transfertur; & non dubium eſt, olim rerum mancipi, ſimplici tantum interueniente traditione, dominium tantum bonitarium translatum fuiſſe, interueniente vero mancipatione & nexu, aut ceſſione in iure, translatum fuiſſe Quiritarium: vix autem quis dubitare poſſit, quin etiam res dotalis per aliquem eorum modorum transferri potuerit, ex quibus hoc dominium adquirebatur, quos refert *Vlp. tit. 19. de adquiſit. rer.* ſed plus ſatis de iſta quæſtione.

In rebus quæ Italicæ fuerant.] Ergo prædiũ dotale prouinciale ſtipendiarium & tributarium maritus libere potuit alienare, quod durius videtur, poſtquam præſertim ab Antonino omnes quoq; prouinciales ciues Rom. effecti ſunt. Et licet earum rerum & ſcil. prædiorum iſtorum nõ eſſet Quiritariũ dominiũ: tamẽ erat ius valde affine dominio, & ꝙ omne emolumentum poſſeſſori præſtabat, excepto quod ſtipendium ſoluendum erat. Et ita fiebat, vt mulier eſſet indotata in prouinciis alienato prædio: ſi maritus forte non eſſet ſoluẽdo. Hottomannus putat id per cõſequentiã effectum, ꝙ Lex Iulia de ciuib. Romanis tan-

tum locuta eſſet, ea autem prædia & bona tantum, quæ iuris Italici erant, vtebantur iure ciuili. Et ante L. Iuliam quoque quæ poſterioribus temporibus lata fuit, remedia fuerunt quibus conſuleretur vxoribus: nec proinde adeo abſurdum, ſi in prouinciis non obtinuit ea Lex. Sed Iuſtin. hoc quoque mutauit, hic & *in l. vn. §. Et cum 15. C. de rei vx. act.*

Alienationes.] Alienatio hic vt & alibi ſignificat omnem actũ per quem dominiũ transfertur *l. 1. C. de fund. dot.* adeo nec legari poteſt *l. dotalem 16. de milit. teſt.* Pertinet Lex etiam ad vſucapionem, vt dotale prædium vſucapi non poſſit iuxta *l. ſi fundum 16. de fund. dot.* & quorũ Lex alienationem vetat, in his vſucapioni locus non eſt, ex ratione *l. ſi ab eo 11. de vſucap. l. qui fundum 7. §. quo ſciens pro empt.* Et habet Lex locum in quouis marito etiã milite *d. l. 16.* quin & in ſponſo *l. 4. de fund. dot.* Illud denique addendum, quod Lex Iulia non tantum pertinet ad fundum in dotem datum, ſed etiam ad eum quem mulier per ſeruum dotalem adquiſiuit *l. 3. de fund. dot.*

Ne ſexus fragilitas.] Ratio eſt, ob quam nec conſentiente muliere alienatio rata eſſe debet, quæ ob fragilitatem mulier facile perſuadetur.

TEXTVS.

2. Contra autem creditor, ex pactione pignus, quamuis eius ea res non ſit, alienare poteſt. Sed hoc forſitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur alienari pignus, qui ab initio contractus, pactus eſt, vt liceret creditori pignus vendere, ſi pecunia non ſoluatur. Sed ne creditores ius ſuum perſequi impedirentur, neque debitores temere ſuarum rerum dominium amittere viderentur, noſtra conſtitutione eſt conſultum, & certus modus impoſitus eſt, per quem pignorum diſtractio poſſit procedere: cuius tenore vtrique parti creditorum & dbitorum ſatis abundeque prouiſum eſt.

COMMENTARIVS.

ALienandi ius, eſt effectus dominii, ſi modo etiam competat ius adminiſtrandi, vt notatum ad *pr. tt.* Conſequens hinc eſt, vt dominus alienare poſſit, & vt qui non dominus eſt, non poſſit, & hoc procedit expeditius: ſiquidem cum alienationis effectus ſit, translatio dominii, qui iſtud non habet, nec transferre poterit. Limitatio eſt expeditiſſima & certiſſima, vt qui non eſt dominus poſſit alienare voluntate domini, veluti qui mandatũ habet de alienando *§. Nihil autem 43. ſup. de rer. diuiſ.* Quin reuera iſta limitatio non eſt, ſiquidem dominus ipſe ita videtur alienare. Adeo nec vera erit limitatio, quę hic proponitur de creditore, qui debitore non ſoluente, alienat pignoratam rem, & ſcilicet, qui alienat, vt Iuſtin. hic proponit, ex pactione, qua conuentum eſt ab initio, vt creditori in iam dictum caſum pignus vendere liceret. Propius accedit ad limitationem, ſi nihil ſit conuẽtum expreſſe de alienando, ſed pignus ſimpliciter fuerit datum. Neque enim quod pactionis hic meminit Iuſtinianus, exiſtimandum eſt, eam eſſe neceſſariam; ſed imo licet nihil dictum ſit, ius vendendi competit creditori ex natura pignoris, quod in debiti ſecuritatem datur; adeo quidem vt licet conuentum ſit, ne diſtraheretur pignus, trina tamen denuntiatione præcedente vendere liceat, vt eſt ſcriptum *in l. 4. de pignor. act.* quia cenſetur inutile pignus, quod non liceat diſtrahere; adeoque pactum tale eſt contra pignoris naturam. Itaque cum hoc naturæ pignoris inſit omnimodo, vt diſtrahere liceat, videatur nec iſta eſſe vera limitatio, ſed ſemper intelligi tacite quaſi conuentum, vt debitore non ſoluente pignoratam rem diſtrahere liceat creditori.

Sed ne creditores.] Olim liberius erat ius diſtrahẽdi; quod coercuit Iuſtin. *in l. vlt. C. de iur. dom. imp.* Et ſicut noluit ademptum creditorib. ius quæſitum, ita etiam proſpexit debitoribus, ne

ne facile res ſuas amitterent: & diſpoſuit, vt poſt elapſum demum biennium à denuntiatione vendere non liceat; vt nimirum interea ſpacium debitor legitimum habeat expediendi ſolutionem. Et cum ſine controuerſia Iuſtin. hic intelligat *d. l. vlt. C. de iur. dom. impet.* & hic indefinite de deſtractione pignoris agat: hinc apparet manifeſto errare Donellum, qui *d. l. vlt.* & ſolemnitates ibi requiſitas ad caſum ſingularem reſtringit, quo creditor cupit adquirere & impetrare dominium rei pignoratæ: cum præterea nec hoc ſit ſingulare, ſed ita ſemper obtineat, vt ſi res pignorata venum expoſita, non reperiat emptorē, tum demum creditor ſupplicare principi poſſit, vt pro debito res pignorata dominij iure ſibi addicatur. Apparet autem ex *d. l. vlt. C. de iur. dom. impet.* falſum eſſe, quod Weſembec. ſcribit, non eſſe opus denuntiatione aliqua præcedente, niſi hoc conuentum ſit: quippe cum expreſſe *dict. leg. 3.* denuntiationem requirat: & rationi plane repugnat, vt debitori prius non monito de ſoluendo, pignus diſtrahi poſſit: contra quam & olim obtinuiſſe patet ex *l. debitores 10. Cod. de pignorib. l. creditor. 4. Cod. de diſtract. pign.* & inepte in contrarium adducitur *§. appellamus 15. de action.* Longe enim aliud eſt, creditorem qui conuenire aliquem in iudicio vult, non habere neceſſum vt prius ei denuntiet actionem, vel alias admoneat: & debitore non monito de ſoluendo, poſſe diſtractionem pignorum fieri, cum præſertim debitoris magnum hic verſetur præiudicium, qui amittit rem ſuam, vt docet expreſſe hic Iuſtinianus iſtis verbis, *ne debitores temere ſuarum rerum dominium amittere viderentur*: & omnino indiſtincte in *d. l. vlt. Cod. de iur. dominij*, requiritur denuntiatio præcedens: quem textum nimis quam abſurde Weſembec. refert ad caſum, quo conuenit; ne pignus diſtrahatur, abſurde etiam *Ioh. de Plat. poſt Ang.* reſtringit ad caſum fœneratoris; cum ſimpliciter loquatur de creditore, adeo etiã ſi ſine vſuris pecunia data ſit: quin ex quocunque etiam contractu. Nec poteſt pignus diſtrahi, niſi ſi pecunia debita non ſoluatur, h. §. atquin non poteſt imputari debitori, quod non ſoluerit, ſi prius interpellatus non fuerit, cum nec antea conſtituatur in mora. Et licet ponas ipſo iure debitorem eſſe in mora, ſi forte ad diem ſoluturum ſe pecuniam promiſerit; tamen quo ad ius diſtrahendi pignoris, debitorem prius interpellatum eſſe oportet. Adeoque etiamſi conuenerit, vt liceat diſtrahere, tamen denuntiatione opus eſt: non tamen hic requiretur lapſus biennij, ſed duobus reliquis caſibus, vbi aut nihil actum, aut vt ne diſtraheretur actum eſt: hac differentia, vt hoc caſu res denuntietur: quæ triplex denuntiatio olim ſufficiebat intra minoris temporis ſpatium; vbi autem nihil actum erit, vnam denuntiationem ſufficere communiter placet, quamuis *Paul. 2. ſent. de pignorib.* & hoc caſu tres denuntiationes requirat: atque ita ſecundum cum nulla erit differentia, ſiue de vendendo actum nõ ſit, ſiue actum ſit ne vendatur: quamuis id nõ ſatis videatur conuenire ſententiæ *Vlp. in l. 4. in f. de pignor. act.*

Quamuis eius ea res non ſit.] Etenim pignore dominium mutatur, ſed res in ſecuritatem obligatur creditori.

Alienare poteſt.] Eo effectu, ſicut ſi dominus alienaret, vt in accipientem & ementē transferatur dominium *l. qui à creditore 18. Cod. de diſtrah. pign. l. 4. in pr. de pign. act.*

Creditore pignus.] Pignus in ſpecie dicitur cuius poſſeſſio in creditorem eſt translata *l. 9. §. 3. de pign. act.* Quod ſi res tantum pignori obligata, & poſſeſſio eius penes debitorem vel alium eſt, debitore non ſoluente, prius actione Seruiana rem creditor euincit *§. Item Seruiana 7. infr. de act.* & tum eam diſtrahit. Vẽdit autem creditor pignoratam rem ei fini, vt ex precio ſibi de debito ſatisfiat, adeo quidquid vltra debitum conſecutus eſt, pro eo reſtituẽdo, ſibi, pignoratitiã actionem debitor habet *l. quãtũ 6. §. vlt. de pign. act. l. quæſitũ 9. de diſt. pign.* ſicut ibidem ſi minus debito conſecutus fuerit creditor, reſiduum iure perſequi poteſt *l. 3. Cod. de diſtr. pignor.*

TEXTVS.

5 Nunc admonendi ſumus, neq; pupillum neq; pupillam, vllã rem ſine tutoris autoritate alienare poſſe. Ideoq; ſi mutuam pecuniam alicui dederit, ſine tutoris autoritate, non contrahit obligationem: quia pecuniam nõ facit accipientis. Ideoq; nummi vindicari poſſunt, ſicubi extant, ſed ſi nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit, bona fide cõſumpti ſunt, condici poſſunt: ſi mala fide, ad exhibendum de his agi poteſt.

COMMENTARIVS.

1 *Pupillus an poſſit amittere poſſeſſionem.*
2 *De caſu nummorum ſolutorum à pupillo, & conſumtorum.*
3 *De oppoſitione condictionis & actionis ad exhibendum.*
4 *Hottomanni erroris exploſi.*
5 *Singularia de actione ad exhibendum.*

PErtinet ad primum membrum huius tit. quo dominus alienare non poteſt: ex perſpicua ratione, quia pupillus tutorem habẽs, adminiſtrare ſua bona non poteſt. Itaq; omnis à pupillo facta venditio, aut permutatio ipſo iure nulla eſt, ſine tutoris autoritate, vt eſt in *pr. huius §.* Et an igitur cum tutore pupillus res quaſuis poteſt alienare? Vtique olim potuit, exceptis prædijs ruſticis, in quibus opus erit decreto magiſtratus. Poſtea magis poteſtas tutoris hac in re conſtricta *l. lex quæ 22. C. de admin. tut.* Et hinc eſt, quod iuxta *verſ. & ideo h. §.* ſi pupillus mutuam pecuniam det, non contrahat obligationem; quoniam mutuum non contrahitur, niſi dominium transferatur in debitorem *h. §. l. 2. §. 2. de reb. cred.* & in genere ita obtinet, vt pupillus ex contractibus ſuis nullo modo obligetur, & nec actio perſonalis contra eum competat, vt dictum *ſupr. libr. 1. de autor. tut.* Et hinc etiam eſt quod in extremo huius tit. dicitur, pupillum nõ poſſe ſoluere etiam quod ex obligatione efficaci debeat, quæ forte à patre in eum deſcẽdit, quia effectus ſolutionis eſt translatio dominii, quæ ſi non fiat, non poteſt liberatus intelligi debitor, *h. t. in f. l. obligari 9. §. 2. de autorit. tut.* Et igitur nec mutuum dando obligationem adquirit pupillus: nec ſoluendo debitum liberatur: Sed vtrobique vindicatio eſt nummorum, quorum dominium non diſceſſit à pupillo, *h. §.* At ſcrupulum facere poſſit, quod cum non poſſit vindicari res cuius poſſeſſionem quis adhuc habet, pupillus non videtur † amittere poſſeſſionem ſine tutore, nec naturalem quidem, vt eſt in *l. pupillus 11. de adq. rer. dom.* cui tamen videtur contradicere *l. poſſeſſionem 29. de adq. poſſ.* quæ affirmat pupillum poſſe ſine tutore amittere poſſeſſionem, quatenus facti eſt, & in corpore conſiſtit; quod ſatis eſt vt vindicatio locũ habeat, maxime in reb. mobilibus, *arg. l. officium 9. de rei vindic.* idque & rationi conuenit. Et reſpondebo ad *d. l. 11. de adq. rer. dom.* quod non poſſit perdere naturalem poſſeſſionem, ſicut alius poteſt, qui & animo ſolo eam perdit, & deſertione; at nos ponim⁹ caſum, quo pupillus rem naturaliter, & corporaliter, in alium tranſtulit. Nec dubium eſt hoc ita obtinere, vbi nummi adhuc extant. 1
Quid autem ſi conſumpti ſint? Diſtinguitur: an qui accepit, bona an mala fide † eos conſumpſerit. Vel potius diſtinguendum, an pupillus ſolutionis cauſſa nummos dederit, an obligationis contrahendæ cauſã. Illo caſu, vbi videl. debitum iuſtum fuit, nõ ab ipſo pupillo ſine tutore cõtractum, (quo caſu omnimodo nummorum condictio eſt *l. interdum 29. de cõd. ind.*) conſumptis nummis pupillo adquiritur liberatio, ſiue ſciens pupillũ debitor eos acceperit & conſumpſerit, ſiue ignorans: hoc n. vtile eſt pupillo vt liberetur, quo caſu efficaciter ad ſoluendum cõueniri potuiſſet; & ita indiſtincte reſponſum eſt in *l. non omnis 19. §. 1. de reb. cred. l. quod ſi 14. §. vlt. de ſolut.* & cũ vtiq; ſciat creditor ſibi deberi, nõ videtur eſſe reuera in dolo; niſi hactenus, quod à tutore vel eius autoritate pecuniam accipere debebat. Et tamẽ 2

in

in *l. 9. § 1. de aut. tut.* proponitur bona fide pe-
cuniam fuiſſe conſumptam. An hoc forte ad-
iectum, vt tanto minus ea de re dubitari poſ-
ſet? an facit hoc ſubtilis ratio ciuilis iuris, vt
qui mala fide pecuniam conſumpſit, non
poſſit eam conſumſiſſe videri, tamquam ex
debiti cauſa ſolutam. Exiſtimarim plane nec
maxime ſubtili iure ad exhibendum conue-
niri poſſit debitor, cum fore tutum exceptio-
ne, ne reſtituere cogatur, quod poſtea iure
ſuo iterum petere poſſet: cum & dolo faciat,
qui petat, quod reſtituturus eſt. Quid autem
ſi nummi quos ſoluit pupillus fortuito caſu
perierint, incendio, ruina, rapina, an pupillo
damnum erit? Et quidem vulgo traditur, rem
perire domino. Sed recte probant commu-
niter Dd. ad pupillum non pertinere iacturã
quoniam hoc fit ob pupilli perſonam, vt do-
minium nequeat peruenire recta ad debito-
rem, ſed hoc non poteſt, nec debet conditio-
nem debitoris, qui à pupillo pecuniam acce-
pit in alijs facere meliorem, ſed omnia quo ad
iſtud & alia perinde habebit, ac ſi non pupil-
lus ſoluiſſet pecuniam, eiuſq; dominiũ in ac-
cipientem creditorem tranſlatum fuiſſet. In
altero caſu, vbi obligationis contrahẽdæ cau
ſa, & v. c. pecuniam mutuam dedit pupillus,
non habet dubium, quod qui mala fide pecu-
niam conſumpſit, ad exhibendum teneatur,
iuxta hunc §. *inf.* Sed qui bona fide conſum-
pſit, teneatur condictione quaſi ex mutuo, *h.*
§. quoniam conſumptio iſta eſt modus quidã
adquirendi dominium, & facit adeo, vt mu-
tuum quod ab initio inutiliter contractum e-
rat, quodammodo conualeſcat, vt communi-
ter notant *Dd. ex l. rogaſti 11. in f. cum 2. ll. ſeqq. de
reb. cred.* & ad eũdẽ modũ diſtinguitur in *d. l. 11.
§. vlt.* & ita Theoph. hic, ὅπερ οὐκ ἐποίησεν ἡ τῶν χρη-
μάτων ἀπαρίθμησις τὸ συστῆναι τὸ δάνειον, τοῦτο ποιεῖ
ἡ βόνα φίδει δαπάνη. id eſt: quod non fecit pecu-
niæ numeratio, vt conſtitueretur mutuum,
id facit, bona fide ſecuta conſumptio. Hoc
autem amplius notandum, non accipiendam
3 æqualiter † iſtam oppoſitionẽ cõdictionis &
actionis ad exhibendũ, vbi bona vel mala fide
res conſumpta eſt, nã illo caſu tantũ eſt condi
ctioni loc⁹, nõ etiam actioni ad exhibendũ: at
hoc caſu equidem excluditur condictio tamq̃
ex mutuo: ſed non protinus omnis cõdictio,
nam cum etiam contra prædonem, q̃ mala fi-
de fructus conſumpſit, condictio detur *l. pen.
de cond. ſine cauſ. l. 4. in f. C. de crim. hered. expil.* quid
ni etiam condictioni poſſit dari locus contra
hunc, qui mala fide conſumpſit, cũ præſertim
ſup. in §. ſi tamen 27. de rer. d u. oſtenderim⁹, non
obſtare malam fidem, quominus per cõſum-
ptionem, aut alios id genus modos dominiũ
adquiratur. Itaque ſi quis mitius agere & hĩc
velit, recte vtetur condictione. Sed Iuſtin. vo-
luit proponere actionem grauiorem, quæ eſt
ad exhib. in qua iuratur in litem, quoniã, qui
mala fide conſumpſit tenetur, tamquam ſi rẽ
dolo malo deſierit poſſidere. Explodendi au-
tem hic nobis & confutandi ſunt errores
Hottomanni † hoc loco. Ait dari ita actio- 4
nem ad exhib. vt poſt in rem agatur per *l. 3. §.
3. ad exhib.* Ego iſtud autem in noſtris his ter-
minis falſum eſſe dico. Actio nimirum iſta
ad exhib. tum præcedit actionem in rem cum
res mobilis ſeparatim extat apud poſſidentẽ,
ſed cui⁹ qualitates nõ nouit exacte dominus,
quæ in rei vindicatione exprimendæ ſunt *l. 6.
de rei vind.* quas vt exprimere poſſit dominus,
prius agit, vt ſibi res exhibeatur. Deinde actio
ad exhibendum preparatoria † eſt vindicatio- 5
nis, vbi res ita extat apud aliquem, vt propter
coniunctionem cum alia re poſſeſſor ſummo
iure rei dominium conſecutus eſt, ita vt vin-
dicari res non poſſit: & hoc caſu effectus eſt a-
ctionis ad exhib. vt res ſeparata poſtmodum
vindicari poſſit, *§. ſi tamen 27. ſup. de rer. diu. l. gẽ-
ma 6. ad exh. v. l. in rem 23. § Item 5. de rei vind.* Ex-
tra hos caſus actio ad exhibendum nullam
poſt ſe habet vindicationem; veluti vbi, qui
rem tenebat, eam dolo malo poſſidere deſijt,
quod & factũ intelligimus, vbi res dolo malo
conſumpta eſt: totum enim quod & quantum
poteſt, conſequitur actor per hanc actionem
ad exhib. vt intereſſe præſtetur, vel iurata æ-
ſtimatio *§. ſi ad 3. in fin. infr. de offic. iud.* ſiquidem
perinde eſt, contumaciter rem non reſtitue-
re & dolo malo feciſſe, quominus reſtitui res
poſſit

poſſit, illo autem caſu certo iure in litem iuratur *l. 3. §. 2. ad exhib.* quod ſi æſtimationem iuratam vel omne intereſſe actor conſecutus ſit, nihil habet amplius, quod alia actione & rei vindicatione perſequatur. Ait porro Hottoman. licet, qui rem dolo malo poſſidere deſijt, vtili in rem actione teneatur, tamen quia actio ad exhib. directa ſit, eam potius Iuſtinianum propoſuiſſe; quod & Cuiac. in notis inconſiderate adſcripſit. Enimuero rurſus omnino falſum eſt, quod contra eum, qui rem dolo malo poſſidere deſijt, detur directa actio ad exhibendum: Fieri enim non poteſt, vt directa actio hic habeat locum, cum vt res exhibeatur; impoſſibile ſit, & hic ſaltē color ſit, quod dolus hactenus ſit pro poſſeſſione, quæ cum fictio ſit, vtili actioni facit locum: nec hac in re vlla inter actionem ad exhib. & rei vindicationem differentia dari poteſt. Vtraque contra poſſidentem directa, vtraque contra eum qui dolo poſſidere deſijt, eſt vtilis. At quæ ratio igitur eſt, cur non potius actio in rem vtilis proponatur, quæ vtique etiam pro re mobili competit? Subtilis & vera ratio eſt; quod hæc actio ad exhib. eſt præparatoria actionis in rem, & in caſu vero & in ficto; id eſt ſiue de vtili ſiue directa actione in rem quæratur. Igitur, ſicuti actio ad exhibendum directa, præparatoria eſt vindicationis, vbi res mobilis extat apud poſſidentem; ita & actio vtilis ad exhibendum, eſſe debet præparatoria actionis in rem, vbi rem dolo malo reus poſſidere deſijt. Fit autem ex accidenti, vt actio in rem non poſſit ſequi hoc caſu: ſicut nec ſequitur vbi reus conuentus directa actione ad exhib. rem quam reuera poſſidet, contumaciter reſtituere recuſat, ſiquidem propter contumaciam ex ipſius actionis ad exhib. natura iuratur in litem; quo facto cum conſequatur actor, quod agendo in rem conſecutus fuiſſet, non habet, quod iam alia actione vtatur. Idem autem eſt vt diximus; ſiue reus contumaciter non reſtituat, ſiue ante dolo fecerit, quominus eam reſtituere poſſit. Quæ omnino notanda ſunt.

TEXTVS.

4. At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ ſine tutoris autoritate recte dari poſſunt. Ideoque ſi debitor pupillo ſoluat, neceſſaria debitori eſt tutoris autoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam euidentiſſima ratione ſtatutum eſt in conſtitutione quam ad Cæſarienſes aduocatos ex ſuggeſtione Triboniani viri eminentiſſimi, quæſtoris ſacri palatij noſtri promulgauimus, qua diſpoſitum eſt, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem ſoluere, vt prius iudicialis ſententia ſine omni damno celebrata hoc permittat: quo ſubſecuto, ſi & iudex pronuntiauerit, & debitor ſoluerit, ſequatur huiuſmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas. Sin autem aliter quam diſpoſuimus, ſolutio facta fuerit, pecuniam autem ſaluam habeat pupillus, aut locupletior ex ea ſit, & adhuc eandem pecuniæ ſummam petat, per exceptionem doli mali poterit ſubmoueri. Quod ſi male conſumſerit, aut furto, aut vi amiſerit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, ſed nihilominus condemnabitur: quia temere ſine tutoris autoritate, & non ſecundum noſtram diſpoſitionē ſoluerit. Sed ex diuerſo pupilli vel pupillæ, ſoluere ſine tutoris autoritate non poſſunt; quia id quod ſoluunt, nō fit accipientis: cum ſcil. nullius rei alienatio eis ſine tutoris autoritate cōceſſa ſit.

COMMENTARIVS.

PVpillus ſine tutore cōditionem ſuam poteſt facere meliorem, & ſine eo ſibi adqui-

quirere in *prin. ſup. de aut. tut.* Ad eum modum hic dicere videtur Iuſtinianus, licet pupillus ſoluere non poſſit, ſicut neq; poteſt obligari *d. princ.* tamen ei recte ſolui poſſe, etiam ſine tutoris autoritate. Sed comparationem hanc ineptam eſſe, ex eo apparet, quod Iuſtin. mox ait, ſi debitor pupillo ſoluere velit, neceſſariam eſſe tutoris autoritatem. Et igitur falſum eſt, quod ei ſine tutoris autoritate omnes res ſolui poſſunt. Et omnino inepte iſta ita ſimpliciter proponuntur, eaque de cauſa Weſemb. aliquid ſubintelligendum eſſe putat, aut pro *ideoq;* legendum, *quamquam*, ſed nimirum hactenus pupillo recte ſoluitur, quod ipſe nullum damnum inde ſentit; & hoc modo accipiendum eſt prin. huius §. Sed ſi velit debitor eſſe ſecurus, male omnino ſoluet pupillo ſine tutoris autoritate, (pupillo ſc. debitori; nã ſi adiectus ſit ſolutioni per ipſum creditorem, recte ei etiam ſine tutore ſoluitur *l. ſi ſtipulatus 11. de ſolutio.* Quippe cum hoc modo omnimodo ipſo iure non liberetur, ſed demũ ope exceptionis, ſi pupillus vel pecuniam ad huc habeat penes ſe, aut illam vtiliter expenderit, vt locupletior inde, vel certe non ſit factus pauperior *l. in pupillo 4. de ſolut.* Hoc enim cum æquitati repugnet, vt bis idem cõſequatur pupillus, obſtat ei rurſus petenti exceptio doli mali *h. §. ver. ſin autem. l. pupillo 15. de ſolut. l. vlt. C. pro empt. l. 4. §. ſi quis 4. de doli excep.* quæ eadem æquitatis ratio facit, vt licet pupillus ſummo iure non obligetur, tamen ſi locupletior ſit factus, ex re alterius, vtili actione conueniatur *l. pupillus 5. in fin. princ. de autorit. tut. l. naturaliter 13. in fin. cum l. ſeq. de condict. indeb.* Conſequenter ſi pupillus, qui rem accepit, locupletior factus non ſit, debitorem nulla exceptio defendit, ſed iterum ſoluere cogitur *h. §. verſ. quod ſi male*, quantum ſcilicet pupillo abeſt, nam ſi partem vtiliter impenderit, aut penes ſe habeat, in partem eam exceptio doli vtilis erit. Debitor itaque ſoluere debebat pupillo autore tutore, vel ipſi tutori, quo caſu liberari tutorem ipſo iure reſpõdet Iuriſconſultus in *l. Luc. 46. §. tutela C. de adminiſtr. tut.* Sed Iuſtinian. hoc amplius accedere voluit, vt autoritate iudicis fieret ſolutio *l ſancimus 25. C. de adminiſtr. tut.* ad quam conſtituit. ſe hic refert in *verſ. ſed hoc etiam*, & fallitur Hottom. qui negat exſtare conſtitutionẽ illam, cuius hic meminit, ipſa enim verba huius loci & *d. l. 25.* arguunt, eam ipſam intelligi conſtitutionem, & non concludit eius ratio, quod illa l. 25. ſit inſcripta Iohanni præfecto prætorio, non aduocationi Cæſarienſi: nam & *l. vlt. C. de poſt.* recte dicitur ſcripta ad Cæſarienſes aduocatos, quorum in *pr. l.* mentio fit, licet eadem ibi ſit inſcriptio ad eundem Iohannem; in cuius auditorio Cæſarienſes Aduocati militabant. Sed & vt Weſem. putat, poteſt ad vtroſque diuerſo tempore ſcripta & miſſa fuiſſe. Ita facta ſolutione ſequitur pleniſſima ſecuritas citra periculum reſtitutionis; quia debitor tenetur ſoluere ex neceſſitate. Itaq; non obſtat, quod minori detur reſtitutio contra alienationem ex decreto factã *l. ſiquidem 11. C. de præd. minor.* Quod ſi tutor hoc omiſerit, & debitor ſine ſolennitate iſta ſoluerit, non erit debitor ſecurus omnino: Sed ſi tutor ſoluendo non ſit, pupillus in integrũ reſtitutionem habebit: quod tamen in ſolutione ſortis, non etiam redituum annuorum neceſſarium vult eſſe Iuſtin. *d. l. 25.* quod declarat ipſe & limitat *l. conſtit. 27. C. eod. tit.* ſi non excedant metas biennij, aut ſummam cẽtum ſolidorum. Debet autem ſententia iudicialis celebrari ſine omni damno, vt loquitur Iuſtin. in *d. l. 25. & h. §.* id eſt, vt ne eo nomine impenſas pupillus facere cogatur; in iudicẽ ſcribas, aut viatores. Ad extremum notãdum eſt, Iſta tãtum videri pertinere ad pupillos, quos etiam nominatim ſæpius ita appellat, de quibus etiam verbum *minoris*, quo poſt pr. §. vtitur, accipiendum eſt, adultos enim non omnino nulliter contrahere & agere indicio eſt, *l. 2. §. ſi à pupillo 15. pro emptore*, de qua re alibi tractatur. Et conſtat, rectius etiam ſolui minori, per *h. 7. §. 2. de minorib.* Et Iuſtin. tamen hic coniungit tutorem & curatorem; & in multis ſane pupillus & minor, præſertim curatorem habens, & vbi de alienatione rerum quæritur conueniunt; quod etiam probat *l. Lex quæ C. de*

admin.tut.& Dd.d.l.2.§.15.pro empt. ad res mobiles referre ſolent. Dicitur conſtitutio *l.25.C. de adm.tut.* lata ex ſuggeſtione Tribon. *QVÆSTORIS*: qui ita appellatur relatione ad tempus quo emiſſa fuit conſtitutio; ſed tempore Inſtitutionum editarum iam finita erat quæſtura, vt ex proœm. Inſtit. apparet.

Sed ex decreto.] Hoc explicauimus ad §. præced.

AD TITVLVM IX. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

PER QVAS PERSONAS NOBIS adquiritur.

TEXTVS.

Adquiritur nobis non ſolum per noſmetipſos, ſed etiam per eos quos in poteſtate habemus: item per ſeruos, in quibus vſumfructum habemus; itē per homines liberos, & per ſeruos alienos, quos bona fide poſſidemus: de quibus ſingulis diligentius diſpiciamus.

COMMENTARIVS.

EST enumeratio perſonarum per quas adquirimus, ſed non æqualiter, nec eodem modo: ideoque diligentius, & diſtinctius, de ſingulis diſpiciendum eſſe ait. Adquirimus ſcilicet, aut immediate per noſmetipſos, aut per alios mediate, quos in poteſtate habemus, qui vel ſunt liberi noſtri, vel ſerui; & adquirimus vel omnimodo & omnia; vel non omnimodo nec omnia. Et circa liberos ſubiicitur diſtinctio mox in *ſeq.* §.1. De ſeruis in §. 3.& 4. omnino enim vt quis nobis adquirat, aliqua oportet eſſe ſubiectum, & qua talis nobis ſolummodo adquirit. Et iuxta *dict.* §.3.& 4. ita diſtinguendi ſunt ſerui, quod alij ſunt plene noſtri, alij non plene, & hoc vel ratione proprietatis quæ pro parte noſtra eſt (qui dicuntur ſerui communes de quibus nihil hic, ſed *infr. de ſtipul. ſeru. & per quas perſ. oblig. adquir.* tractatur) vel vſusfructus, quem tantum habemus. Et rurſus vel ſunt vere ſerui, vel non vere, ſed interim pro talibus habentur; veluti quos bona fide pro ſeruis, aut noſtris ſeruis poſſidemus, & ſunt vel ſerui alieni vel homines liberi conditionis ſuæ ignari, de quibus ſingulis mox explicatius tractatur. Illud parum intereſt, an hic & in ſeqq. legatur in ſecunda perſona, *adquiritur vobis*, vt habent vulgatæ editiones, an in prima perſona, *Nobis.* quod magis probant *Cui. Bar. Weſembec. arg. l. adquiruntur* 10. *de adquirend. rerum domin.* quam lectionem etiam Theophil. expreſſit.

TEXTVS.

1. Igitur liberi noſtri, vtriuſque ſexus, quos in poteſtate habemus, olim quidem quidquid ad eos peruenerat, (exceptis videlicet caſtrenſibus peculijs) hoc parentibus ſuis adquirebant, ſine vlla diſtinctione: & hoc ita parentum fiebat, vt etiam licentia eis eſſet, quod per vnum vel vnam eorum adquiſitum eſſet, alij filio vel extraneo donare, vel vēdere, vel quocunque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum viſum eſt, & conſtitutione generali emiſſa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reſeruauimus. Sancitum etenim à nobis eſt, vt ſi quid ex re patris ei obueniat, hoc ſecundū obſeruationem antiquam totum parēti adquiratur: quæ n. inuidia eſt, quod ex occaſione patris profectū eſt, hoc ad eum reuerti? Quod autem ex alia cauſa filiusfam. ſibi adquiſiuit, huius vſum-

Digitized by Google

vſumfructum patri quidem adquirat, apud eum autem dominium remaneat, ne quod ei ſuis laboribus, vel proſpera fortuna acceſſerit, hoc in alium perueniens luctuoſum ei procedat.

COMMENTARIVS.

1 *Peculium vnde dictum.*
2 *Peculij diſtinctio, & vnde ſumpta.*
3 *An filius quid iuris in peculio profectitio habeat.*
4 *De peculio aduentitio extraordinario.*
5 *Quid ſit, ex re patris adquiri.*
6 *Peculium quaſi caſtrenſe.*

DIximus *ſup. lib. 1. ad tit. de pat. pot.* quale ius & quantum ex lege Romuli, & 12. tabb. parentes in liberos habuerint, ex Dionyſ. præſertim Halycarnaſſeo. Secundum quod omnia omnino parenti filiusf. adquirebat, quod idem autor diſerte ſcribit lib. 8. & eo iure nulla penitus fuit peculiorum diſtinctio: & quod in militia ſibi liberi pararunt, id demum conſtitutionibus Impp. qui oppreſſa Republ. milites ſtudebant ſibi conciliare, ſub tit. caſtrenſis peculij proprium liberorum factum eſt, vt patet ex *tit. 12. inf. in pr. verſ. quod quidem,* vbi ipſe Iuſtin. hoc tribuit Auguſto ſecundũ quod fallacia homonymiæ eſt, in *prin. huius §. in verbo olim,* olim, ait Iuſtin. omne adquiſitum fuiſſe parentibus, exceptis caſtrenſibus peculijs; olim nimirum, & annis quingentis circiter ante ipſius ætatẽ. Et huius exemplo videtur poſtea exceptum fuiſſe & peculium quaſi caſtrenſe. Peculium quidam notant dictum à pecu-
1 dibus, † qua imagine ab initio pecunia fuerit
ſignata. Sed hinc non poteſt ſumi ratio, quare hoc tantum dicatur de bonis, quæ ſerui & filijf. tenent. In *l. ſi chorus 79. §. 1. de leg. 3.* peculium dicitur, ꝙ præſidij cauſa ſeponitur: An forte hinc origo, vt quod domini concederent ſeruis peculiariter ſeparatim à rationibus ſuis, diceretur peculium? Videtur hoc longius petitum; Ceteroquin deſcribitur peculium iſtud in *l. 4. & 5. §. 3. de pecul.* quamuis latius pateat: nam & in peculio ſerui eſſe dicimus, quod ille clam domino comparſit. Vnde illud Senecæ, *peculium quod ventre fraudato comparauerunt, pro capite numerant.* Vnde non vno in loco iuris noſtri mentio, ſuis nummis empti *leg. ſed ſi 10. in princ. de in ius voc.* quos ſcilicet ſeruus alteri dabat, qui eum redimeret à domino: quo pertinet illud *Terent. in Phorm. quod ille de demenſo ſuo comparſit miſer.* Porro ex ratione iuris Iuſtinianei diſtinguitur peculium, quod
vel ſit caſtrenſe, † vel paganicum. Vtrumque 2
duplex. Illud vel vere tale vel quaſi; hoc vel aduentitium vel profectitium. Caſtrenſe & quaſi ita dicuntur ab adquirẽdi cauſa. Illud enim eſt, quod in militia & eius occaſione adquiritur, quin imo & amplius, ſi quid rerum mobilium eunti in militiam donatur iuxta *l. 1. C. de caſtr. pecul. lib. 12.* vbi fit mentio cognatorũ donantium; probo tamen quod *Iob. Fab.* notat, ſi quid directo ad militiam pertineat, velut, equus, arma, id eſſe peculij caſtrenſis, à quocũque etiam datum ſit, v. & *l. caſtrenſe 11. & l. de hered. 19. de caſtr. pec.* Quaſi caſtrenſe eſt, quod ex militia togata & ex officijs publicis adquiritur, vt oſtendit *l. vlt. C. de inoff. teſt.* de quo & in *§. vlt. inf. de milit. teſt. l. cum oportet 6. in f. pr. C. de bon. quæ lib.* nam & aduocati v. c. militant *l. aduoc. 14. C. de aduoc. diu. iud.* & pluſquam notiſſimi ſunt infiniti iuris loci in 3. *poſter. libr. Codicis*, quibus omnia pene officia ciuilia quoq; , militiæ appellantur; & peculij quaſi caſtrenſis mentio eſt in *l. 1. § nec caſtrenſe 25. de collat.* add. quæ noto in *f. in §. vlt. de milit. teſtam.* Et hæc peculia ſunt pleno iure liberorum *infr. in pr. tit. 12. verſ. ex hoc,* in quibus etiam cum patre litigare poſſunt *l. 4. de iudic.* quippe cum patrisfamil. loco habeantur *l. 2. ad SC. Maced.* excepto quod ſi deceſſerint inteſtati iſta quoque bona iure poteſtatis occupat pater, vt dicemus *ad d. pr. tit. 12. quibus non eſt perm. fac. teſtam.* Ex pagano peculio profectitium totum eſt patris, aduẽtitium hodie diuiſo iure eſt patris & filij; quod Iuſtinianus fecit vniuerſale in *leg. cum oportet Cod. de bon. quæ liber.* cum iam ante ipſum

non paucæ ſpecies aduentitiorum hoc eodẽ modo per Impp. eſſent exceptæ, ita vt pater vſumfructum, filius proprietatem haberet; veluti bona materna, itemq; materni generis, ex materna cognatione delata, lucra nuptialia & ſponſalia, & quæ alias ex matrimonio obuenerunt; vt docet *t.t. C. Theod. de bon. mat. l. 1. & 2. C. de bon. mat. l. 1 & 4. C. de bon. quæ lib. & c.* Quæſitum memini cui bono eſſet apud filiũ peculiũ
3 † profectitiũ, ſi quidem illud totũ eſſet patris. Sed quæſierit aliquis eadem ratione, cui bono apud ſeruum ſit peculium, quod vtiq; omnimodo eſt domini. Paretes concedendo peculio, non tam commodum liberorum, quã proprium reſpexiſſe videntur, dum ijs cõceſſerunt peculium, quo negotiarentur in vtilitatem parentum; quæ etiam ratio fuit, ob quã poſtea præter actionem de peculio in parentes conceſſit ex contractib. filiorum *§. actiones 10. inf. de actionib.* Et tamen habuerunt aliquas commoditates in peculio hoc quoq; liberi; nam ex iuſta cauſa donare filiusf. de hoc peculio poteſt, vt eſt in *l. filiusf. 7. §. 1. de donat.* & filiũfam. emancipatum ſequitur hoc peculiũ, niſi nominatim pater ademerit *l. donationes 31. §. pateq 2. de donat.* & damnato patre publicatis bonis peculium profectitium reſeruatur filio, nec publicatur *l. 3. §. ſed verum 4. inf. de muneribus.* Eſt porro iſta quam diximus, ordinaria natu-
4 ra peculij † aduentitij, vt pater vſumfructum filius habeat proprietatem; Ceteroquin idẽ Iuſtin. introduxit aliquot caſus, quib. in hoc peculio plenam proprietatem habet filius *N. 117. cap. 1. l. cum multa 7. & l. vlt. in pr. verſ. ſiue è contrario C. de bon. quæ liber. N. 118. cap. 2. verſ. ſi vero cum Auth. idem eſt Cod. de bon. quæ lib. l. vlt. inf. Cod. de bon. quæ li. N. 134. c. 11* perſpicuo autem falſum eſt, quod *Angel. hic. v. 5.* ſcribit, licet non quæratur his caſibus patri vſusfructus, tamen quæri ei commoditatem vtendi? Ita enim LL. poſitæ eſſent verbis non rebus: nihil enim effectu intereſt vt inde apparet quod Dd. negant vendi vſumfructum, ſed tantum cõmoditatem vtendi; & omne autem emolumentum habet emptor; & huic opinioni diſſerte citati textus repugnant. Hoc autem genus bonorum, qui ad quaſi caſtrenſia referunt, vehementer errant, cum diſtinctiones peculiorum omnino dependeant ab adquirendi cauſis, & nos iſtam opinionem late & ſolide confutauimus in corollar. ad poſtrem diſp. de actionibus, ac dicemus aliquid *infra ad princip. tit. quibus non eſt permiſſ. fac. teſtament.*

Ex re patris.] Ita deſcribitur peculium profectitium. † Itaq; cum res ſit magni effectus, 5
videndum quid ſit ex *re patris.* Doctores quidquid contemplatione patris filio relictũ eſt, ad profectitium peculium referunt: nam & alibi vbi quæſtio eſt inter duos, ita reſponderi ſolet & diſtingui, cuius contemplatione relictum ſit *l. ſed ſi plures 10. §. in arrogato 6. in fin. de vulgar. ſubſt. l. ſi ſerui 21. cum l. ſeq. de vſufr.* nam & ibi hac gratia fructuario adquiritur, tamquam ex re ipſius quæſitum, quod contemplatione eius relictum eſt, quamuis Iuſtin. in *l. 6. in pr. C. de bon. quæ lib.* verbis ſtrictioribus vtatur, ex *ſubſtantia patris.* Illud autem penitus admitti non poteſt, quod Ang. & alij volunt, quidquid filiofam. ſub appellatione filijfam. relictum eſt, cenſeri contemplatione patris relictum, & eſſe peculij profectitij. Quid ſi filiusfamil. laboribus & negotiatione ſua ex re & pecunia patris lucrum fecerit, an erit totum peculij profectitij? Video hoc magis placere Angelo & pluribus quos citat. Sed contraria Bart. opinio mihi verior videtur, vt pars intelligatur peculij profectitij, æſtimante iudice labores filij; idque confirmatur ex *h. §. in fin.* ibi *eius laboribus*: cum ſcilicet citra eius laborem lucrum iſtud ex pecunia patris non prouenisset nec talis labor fuerit, quem filius iure ſubiectionis præſtare neceſſe habuiſſet.

Sine vlla diſtinctione.] Alij intelligunt diſtinctionẽ proprietatis & vſusfructus; Alij aduẽtitij & profectitij peculij; vtraq; cõiungẽda videt: & hanc tamen potius videtur innuere Iuſtin. & quod olim exceptis peculijs caſtrenſibus, cetera omnia vndecunq; ẽt filio obueniſſent, adquirebantur patri. Notantur tamẽ caſus quibus & olim aduentitia patri non adquireban-

bantur, ſed imo in iis filius poterat habere plenam proprietatem quid enim ſi pater repudiet hereditatem delatam filio *arg. l. ii. qui 13. §. vlt. de adq. hered.* Item ſi pater ſit furioſus *arg. l. cum heres 52. eod. ti.* ſimilis caſus *in l. Imper. 50. ad Trebell.*

Vt etiam eſſet licentia] Cum enim pleno iure adquirerentur patri, conſequens fuit, vt pro libitu deſuper ſtatuere poſſet.

Quod nobis.] Viſum & aliis ante Iuſtin. qui & pleraque aduentitia bona ita exceperunt, vt paulo ante diximus.

Liberis pepercimus.] Vt proprietatem haberent.

Parentibus honorem debitum.] Ita quidem cenſuit Iuſtin. ſed viſum fuit aliud priſcis Legumlatoribus, qui putarunt omnia eſſe concedenda patri; contra quos tamen faciunt quæ ſupra diſputauimus *ad tit. de pat. pot.* ius patris in liberos, & iuris gentium ratione eſſe regium, non tyrannicum. Tyranni omnia ſubditorum bona ſua eſſe putant. Bona autem ſubditorum rex ſua eſſe non putat; itaque hoc, vt liberi omnia parentibus adquirant, non ex iure gentium, ſed poſitiuo eſt; & parentes habent ſatis, ſi vſusfructus conceditur in bonis liberorum.

Si quid ex re patris.] In bonis profectitiis nihil mutauit Iuſtinianus, ſed vt hic loquitur reliquit antiquam obſeruationem.

Dominium remaneat.] Hic vſurpat dominium pro nuda proprietate.

Suis laboribus.] Notandum hoc inprimis
6 eſt, peculii eſſe aduentitii, † quod filius adquirit laboribus ſuis; ſcilicet extra cauſam rogatæ militiæ & officii publici, iuxta late tradita à Iuſtiniano, *in l. vlt. C. de inoff. teſtam.* Vt proinde errent & labantur perſpicue, qui ſalaria & honoraria quorumuis procuratorum referunt ſub peculium, quod quaſi caſtrenſe dicimus. Id ſanc hodie fuit recte illis locis, quibus procuratorum in iudiciis ſuperioribus officium publicum habetur. Et in genere placet Ioh. Fab. & aliis, quidquid adquiritur ex eiuſmodi officio quod publicum eſt, & in quo quis cuiuis inſeruire tenetur, id eſſe peculii quaſi caſtrenſis; veluti quod aduocati aut Notarii adquirunt. Apparet primo id iis conceſſum, qui non omnino alieni erant à caſtrenſi militia, arg. *l. vn. C. de caſtr. pub. pec.* poſt ſenſim productum *l. fin. C. de ſilent.* & generalius à Iuſtin. ſtatutum *l. vlt. C. de inoff. teſt.* vt forte temere extendendum non ſit. Vtiq; quod huiuſmodi perſonæ extra cauſam officii adquirunt, erit aduẽtitii peculii. Et ſpeciale omnino eſt *in d. l. vn.* vt quod etiam parſimonia & ex donatione principis quærunt, ſit iure caſtrenſis peculii, quod nimirum ad perſonas ibi expreſſas reſtringendum eſt. Singulare etiam eſt in militibus cæleſtis militiæ, presbyteris diaconis; vt quidquid adquirunt, teneant iure caſtrenſis peculii. Et in talibus diſpoſitionibus fruſtra accurata iuris ratio quæritur ex qua omnino cauſa adquirendi diſtinguit peculia.

TEXTVS.

3. Hoc quoque à nobis diſpoſitum eſt & in ea ſpecie, vbi parens emancipando liberos ſuos, ex rebus quæ adquiſitionem effugiebant, ſibi tertiam partem retinere, ſi voluerat, licentiam ex anterioribus conſtitutionibus habebat, quaſi pro pretio quodammodo emãcipationis, & inhumanum quiddam accidebat, vt filius rerum ſuarum ex hac emancipatione dominio pro parte tertia defraudetur, & quod honoris ei ex emãcipatione additum erat, hoc per diminutionem rerum decreſceret. Ideoque ſtatuimus, vt parens, pro tertia parte dominii quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum retineat, ſed vſusfructus. Ita enim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ſumma ampliore fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.

COMMENTARIVS.

IN *L. 1. & 2. C. Theod. de bon. mat.* ita ſcriptũ eſt, quod filius quaſi pro beneficio emancipationis

 tionis

tionis patrem ita debeat remunerari, (quo dubio procul hic reſpicit Iuſtinianus) vt quaſi pro pretio emancipationis pater retineat partem tertiam bonorum, ſiquidem emancipãdo facit, vt tũ filius omnia omnino bona pleno iure ſibi adquirat. Et ſcil. tertiam partẽ bonorum quę adquiſitionem effugiebant, vt hic loquitur, adquiſitionẽ ſcil. plenariam, & proprietatis intuitu, quæ iam ante ex plerisq; bonis aduentitiis iuxta notata ad §. præced. ad filium pertinebant, hæc enim procul dubio intelligit hic Iuſtin. non autẽ peculium caſtrẽſe, ex quo cum id iure pleniſſimo eſſet filii, & filius in eo pro patrefam. haberetur, certũ eſt; apud patrem nihil relictum fuiſſe, quod & perſpicue tradit *Iuſtin. in l. cum oportet 6. §. cũ autem 3. C. de bon. quæ lib.* ex quo totus hic locus deſcriptus eſt, & vbi ſicut & hoc loco pro parte tertia dominii bonorum, quæ pater pleno & perpetuo iure retinebat, vult partẽ dimidiam vſufructuario relinqui. Et Iuſtin. videtur hac in re detraxiſſe iuri patris, vt proinde nõ recte quidam hinc ſumant proportionem ad alios caſus quaſi ſemper & vbiq; dimidia pars vſusfructus reſpondeat tertiæ parti proprietatis. Poteſt ſane huic iuri pater renunciaſſe, quod niſi expreſſe fecerit, retinet, vtcunq; ſibi expreſſe id nõ reſeruauerit. Cui obiicitur, quod cum in peculio profectitio ius potentius habeat pater, & tamen emancipando, niſi reuocet & adimat donaſſe filio cenſeatur *l. donationes. 31. §. 2. de donationib. arg. l. 1. C. de pecul. eius qui lib.* multo magis videbatur ſimpliciter emancipando peculium aduentitium filio reliquiſſe. Rationem differentiæ reddit hic Ioh. Fab. quod pater iſtud habeat ex diſpoſitione Legis, & quod cum in profectitio peculio pater plenum diſponendi ius habeat, videatur donaſſe quod non ademit. Puto & hanc dari poſſe rationem, quod filiusf. tenet corporaliter peculium profectitium, ſed aduentitium regulariter tenet pater qui vſumfructum habet, itaque in dubio cenſetur ius in illo ſibi reſeruaſſe, & cenſetur vti velle beneficio à iure ſibi conceſſo, niſi id remiſerit. Quid ſi nulla aduentitia habeat filius, an deducetur aliquid ex caſtrenſibus vel quaſi, aut an pater ex poſt quæſitis aliquid ſibi vindicabit? Negandum vtrumque puto, quod nec vſpiam ſcriptum eſt. Ait Iuſtin. *quaſi pro precio quodammodo.* duplici nota improprietatis: neq; enim æſtimationem verã recipit emancipatio: cum & ius patris & poteſtatis alibi inæſtimabile dicatur.

Liberos ſuos.] Cuiac. & Hotrom. legunt *liberum ſuum.* Sed haud ſcio an ita locutus ſit Iuſtinianus: quamuis alias ſciam à quibuſdam notatum, cum moribus Rom. filii eſſent in poteſtate parentum, vt hi in eos ius vitæ neciſque haberent; ideo ne putarẽtur eſſe ſerui, ſed ab his diſtinguerentur, ita appellatos fuiſſe vt liberi dicerentur. Adeo cum hoc ſenſu ſine cõtrouerſia etiam ſingularis numerus in notiſſimo ſit vſu, tanto minus mirum erit, per *liberũ* filium intelligi. Et ſolet huc adduci *l. ſi quis ſuo 33. in pr. C. de inoff. teſt.* ibi, *libero relinquat* (ſed ſane Iuſtin. cuius eſt ea cõſtitutio, peſſimus eſt Latinitatis autor) *l. ius ad 1. 34. de pact.* ibi, *nolle ſuum liberum eſſe*, (ita quidem vulgo, ſed Florentina habet, *nolle ſuum eſſe*) *in pr. infr. de ſctuil. cogn.* ibi, *liberum vel liberos* (ſed iſte quoq; locus eſt Triboniani ſicut & eiuſdem eſt *l. ſi quis 8. §. in illo. 4. C. de ſec. nupt.* vbi legimus, *liberum vel liberos*) *l. nemo prędo. 12. 6. de reg. iur.* ibi *qui liberum adquiſiuit.* Sed & hic in Flor. eſt *qui libertum.* & procul dubio rectius. nulla enim ratio dub. cur debeat videri locupletior, cui natus eſt filius; & inepte pro vulg. adducitur *l. pretia 63. in pr. ad L. Falcid.* quæ eſt de filio naturali ſeruo, quem alias quis magno redemturus fuiſſet, qualem caſum vt reſpexiſſe credamus IC. *in d. l. 126.* ridiculum eſt. Et ICtus *in l. non eſt 148 de verb. ſign.* teſtatur verbum hoc tantum plurali numero proferri, eoque etiam eum qui vnum filium habet, dici non eſſe ſine liberis. Tamen Valla *3. elegant. 8.* ita ſcribit Liberum pro filio. & apud Quintilianum & apud Paulum Caiumque reperio, ſed ſane quod ad hos attinet, vellem textus citaſſet, nam ſupradd. textus *in l. 34. de pactis l. 126. de reg. iur.* Modeſtini ſunt & Vlpian.

Quod honoris ei.] Honos hic poteſt intelligi tum

tum ratione lucri, quod ſibi exinde totum adquirit, tum quod emãcipatus ipſe iam paterfam. & caput familiæ eſſe incipit, quod honorificum eſt, cum filiusf. ſit familiæ pars, & patri ſubditus & ſubiectus.

TEXTVS.

4. Item nobis adquiritur, quod ſerui noſtri ex traditione nanciſcuntur, ſiue quid ſtipulentur, ſiue ex donatione, vel legato, vel ex qualibet alia cauſa adquirunt. Hoc enim nobis inuitis & ignorantibus obuenit. Ipſe enim ſeruus, qui in alterius poteſtate eſt, nihil ſuum habere poteſt. Sed ſi heres inſtitutus ſit, non alias niſi noſtro iuſſu hereditatem adire poteſt. Et ſi nobis iubentibus adierit, nobis hereditas adquiritur, perinde ac ſi nos ipſi heredes inſtituti eſſemus. Et conuenienter ſcilicet nobis legatum per eos acquiritur. Non autem ſolum proprietas, per eos quos in poteſtate habemus, nobis adquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Cuiuſcunque enim rei poſſeſſionem adepti fuerint, id nos poſſidere videmur. Vnde etiam per eos vſucapio, vel longi temporis poſſeſſio nobis accidit.

COMMENTARIVS.

1 *Inuito domino quomodo adquirat ſeruus.*
2 *Cur ſeruus in hereditate.*
3 *Poſſeſſio an & quatenus quæratur domino.*

Dixit de liberis, ſequitur de ſeruis, qui vere & plene noſtri ſunt, in quorum perſona nulla diſtinctio eſt peculii, ſed omnia omnino & omnimodo dominis adquirunt, & in ſumma & dominium & obligationem. Hoc enim ſignificat Iuſtin. dum ait, ſiue ex traditione nanciſcantur, ſiue ſtipulentur; ſtipulatio nimirum frequentiſſima eſt, & quæ quibuſuis contractibus ſolet accedere; ceterum quidquid contrahat & quomodocunque ſeruus, obligatio domino quæritur, ſed cur ſubiicit, *ſiue ex legato, ſiue ex donatione?* Et initio abutitur verbo, *adquirant*, ſerui enim ſibi nihil adquirunt: & rectius ante dixerat, ex traditione *nanciſcuntur*, quod verbum generalius eſt. Et legati ideo mentio videtur facta, quoniam ex hac cauſa citra traditionem & adprehenſionem iure ciuili dominium adquiritur; ex donatione autem aut obligatio, aut per traditionem dominium adquiritur; itaque pleníus repetere ius adquirendi voluit, vt apparet ex verbis, *vel ex qualibet alia cauſa.* Addit Iuſtinianus, ita per ſeruum † nobis adquiri, vt etiam adquiratur ignorantibus & inuitis. Vbi Hotomannus inter principium ſiue initiũ, & inter progreſſionem diſtinguit. Sed expedita res eſt; & mox eius rei rationem addit Iuſtin. 1
quod qui eſt in poteſtate alterius, qua talis, nihil habere proprium poteſt, & cum ſeruus fungatur vice domini in adquirendo, & hactenus vna ſerui & domini fingatur eſſe perſona, fit neceſſario, vt hoc quod in ſerui perſona ſubſiſtere nequit, protinus adquiratur domino. Et igitur adquiritur ignoranti & inuito. Sed non manet penes inuitum. Et ſcilicet dominus ita ſibi quæſitum poteſt repudiare & pro derelicto habere. Ideoque fruſtra aſſeritur, quod inuito non adquiratur liberalitas & beneficium *l. inuito 69. de reg. iur. l. hoc iure 19. §. 2. de donatione.* neque enim beneficii ratio hoc facit, ſed ratio iuris. Concordant cum hoc textu *l. et am 32. de adq. rer. dom. l. ſeruus 62. de verb. oblig. l. quemadmodum 46. in pr. de iur. dot.*

Sed ſi heres inſtitutus.] Limitatio eſt ad id quod † dixit, per ſeruum domino inuito & 2
ignoranti adquiri. Hoc ita obtinet in particularibus adquirendi modis, non in iis qui per vniuerſitatem: ſi ſeruus inſtitutus ſit. Ratio eſt aperta, quoniam ſine iuſſu noſtro nequit ſeruus adquirere nobis hereditatem; & ſi alter fiat, & ſeruus adeat non iubente domino nihil agit; præcedere enim

ce enim iuſſum oportet *l. ſi quis 25. §. iuſſum de adq. her.* ſed quæ porro ratio eſt, cur præcedere iuſſum debeat? Quoniam qui heres efficitur, non tantum adquirit, ſed etiam aliis, creditoribus hereditariis & legatariis obligatur: at vt eo modo ſeruus dominum obligare, & deteriorem eius conditionem efficere poſſet, permittendum non fuit, qua fere ratione vtitur *Theoph. hic.* Cui accedit, quod aditio hereditatis eſt actus legitimus *l. actus 77. de R. I.* quam facere per ſe ſolus ſeruus non poteſt: itemque, quod ſerui inſtitutio non ſubſiſtit per ſe, ſed ex perſona domini *l. non minus 34. de hered. inſtit.*

Et conuenienter.] Ieiuna hæc eſt repetitio de legato, cum iam ſupra in pr. §. hoc dixiſſet. Inſperſit id incaute Tribon. ex *l. adquiruntur 10. §. 1. verſ. & hu, de adq. rer. dom.* vbi hoc recte proponitur, quoniam in præmiſſis mentionem nullam legati ICtus fecerat, cõuenienter autem hoc dici intelligendum eſt, non ad proxime pręcedens de hereditatis adquiſitione, ſed ad id quod in pr. præmiſit, omnia nobis per ſeruos adquiri.

Sed etiam poſſeſſio.] Aliqua hic erat ratio dubitandi, quoniam in poſſeſſione multum dicitur † eſſe facti;
5 huiuſmodi autem quę ſunt, in ipſius ſerui perſona ſubſiſtere videntur. *a g. §. ſed cum factum 2. infra de ſtip. ſeru.* ſed poſſeſſio multum etiam iuris habet, præſertim reſpectu effectus, quod per poſſeſſionem vſucapimus rem. Itaque etiam ſtatim ſubiungit tamquam conſequens, Iuſtin. quod per ſeruos etiam vſucapio nobis accedat. Diſtinguendum tamen eſt circa poſſeſſionem. Et ſiquidem ſeruus apprehendat poſſeſſionem nomine domini, non dubitandum eſt adquiri eam domino, quippe cum etiam extraneo ita poſſit adquirere poſſeſſionem *l. 1. §. hæc quæ 19. de adq. poſſ.* Ceteroquin diſtinguunt plerique an poſſeſſio adquiſita vel apprehenſa ſit à ſeruo ex cauſa peculii, an non vt hoc caſu ſciens quidem dominus adquirat poſſeſſionem: ignorans autem demum ex illa cauſa. Poſſeſſio enim quoad adquiſitionem plurimum facti habet, & in ea animus tenendi requiritur, qui fingitur concurrere in domino, quo ad cauſam peculiarẽ, *per l. 1. §. item adquirimus 5. de adq. poſſ.* eo quod dominus ſemel conceſſit peculium; quæ ratio *d. l. 1.* non eſt in aliis cauſis; Quæ ſententia itidem probatur *in l. 3. §. ſaltem 11. alias §. ceterum 11. l. quod ſeruus 24. l. peregre 44. § 1. de adq. poſſ. l. quia ſeruo 16. in fin. de oblig. & act.* Itaque limitandum erit, quod ſimpliciter ſcriptum eſt alibi per ſeruos adquiri dominis poſſeſſionem, veluti in *h. §. l. 1. §. per communem 7. l. ſi me 34. §. vlt. de adq. poſſeſſ. l. adquiruntur 10. §. 2. de adquir. rer. dom.* Et errãt Dd. cõmuniter, qui probant contrariam ſentẽtiam, quod ſcilicet indiſtincte per ſeruum etiam domino ignoranti poſſeſſio quæratur; & ob id textus, quos pro altera ſententia adduximus, reſtringunt ad quæſtionem de vſucapione. Ita enim iuris eſt, omnino vt dominus per ſeruum quem ignorat poſſidere, non vſucapiat extra cauſam peculiarem *l. ſi emptam 47. de vſucap.* Atque ita accipiendum omnino eſt, quod in fin. huius §. traditur, ſiquidem accipitur in genere etiam extra cauſam peculiarem, quod dominus vſucapiat per ſeruum; ſcilicet omnimodo quidem ex cauſa peculiari: cæteroquin ſcire dominum oportet, quod ſeruus rem teneat; & plane facit hoc ipſum, vt quod de poſſeſſione adquiſita domino hoc loco dicitur, recte ad peculiarem cauſam, aut ad caſum ſcientis domini referatur. Cur autẽ ignorans vſu non capiat, licet ignoranti poſſeſſio ſit adquiſita, vt in caſu *l. 1. C. de adq. poſſeſſione, d. l. 47. de vſucap.* hæc ratio reddi ſolet; tum quod poſſeſſio adquiratur per actum naturalem, dum alius nomine meo poſſeſſionem & rem adprehendit; ſed ad vſucapionem miniſterium iuris ciuilis requiritur, vt notat *Iaſon in l. 1. §. per procuratorem 10. de adq. poſſ.* tum quod in vſucapiente requiritur titulus & bona fides, quę vix ſunt vt cadant in ignorantem.

TEXTVS.

5. De iis autem ſeruis, in quibus vſumfructum tantummodo habemus, ita placuit: vt quidquid ex re noſtra, vel ex

Digitized by Google

ex operis ſuis adquirunt, id nobis adiiciatur, quod vero extra eas cauſas conſecuti ſunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque ſi is ſeruus heres inſtitutus ſit, donatumue quid ei aut legatum fuerit, non vſufructuario, ſed domino proprietatis adquiritur. Idem placet & de eo, qui à nobis bona fide poſſidetur. Quod enim placuit de vſufructuario, idem placet & de bonæ fidei poſſeſſore. Itaque quod extra iſtas duas cauſas adquiritur, id vel pertinet ad ipſum, ſi liber eſt, vel ad dominum, ſi ſeruus eſt. Sed bonæ fidei poſſeſſor cum vſuceperit ſeruum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus cauſis per eum ſibi adquirere poteſt. Fructuarius vero vſucapere non poteſt: primum quia non poſſidet, ſed habet ius vtendi fruendi deinde quia ſcit alienum ſeruum eſſe. Non ſolum autem proprietas per eos ſeruos, in quibus vſumfructum habemus, vel quos bona fide poſſidemus, aut per liberam perſonam, quæ nobis fide bona ſeruit, nobis adquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Loquimur autem in vtriuſque perſona, ſecundum diſtinctionem quam proxime expoſuimus, ſi quum poſſeſſione ex re noſtra, vel ex ſuis operis adepti fuerint.

Commentarivs.

1 *Quid ſit, ex re alienus adquirere.*
2 *De iure poſſeſſoris bon. fid. in iis quæ in fructu ſunt.*
3 *Quid iuris in hereditate, aut legato.*
4 *Cuius iuſſu ſeruus adire debeat hereditatem.*

SEquitur de iis qui vel non vere, vel non plene ſunt ſerui, quorum tres ſunt ſpecies, fructuarii, ſerui alieni bona fide pro propriis poſſeſſi: homines liberi bona fide pro ſeruis poſſeſſi. De his commune & generale ius ſtatuitur, vt fructuarius & poſſeſſorib. adquirant hæ perſonæ ex operis ſuis & re illorum, quæ intelliguntur eſſe in fructu, reliqua adquirantur proprietario nudo & vero domino aut ipſi homini libero. Et in proprietario diuiſionis hæc ratio, ſtatim locum habet, non itidem in reliquis duobus, qui cum pro ſeruis poſſideantur, & poſſeſſor omnimodo ſe pro domino gerat, huic quoq; interim omnia adquiri de facto videntur; ſed ſententia h. §. eo pertinet, vt ſi poſtea verus domin⁹ euincat ſeruũ, vel liber homo vindicauerit ſe in libertatem, poſſeſſor huic, & vero domino omnia reſtituere teneatur, quæ ad eum peruenerunt, extra ea, quæ ex re eius & operis ſuis quæſiuit homo poſſeſſus pro ſeruo.

Quidquid ex re veſtra.] *L. qui bona 23. de adq. rer. dom. l. 10. §. 3. eod.* Explicandum, quid ſit EX RE fructuarii, vel bona fide poſſeſſoris. Et *in l. 1. C. de re. vind.* cum hoc ipſum † dixiſſent 1
Impp. bonæ fidei poſſeſſorem quærere per ſeruum alienum EX RE ſua ſubiiciunt, quæ per ſeruum ex nummis poſſeſſoris comparata ſunt, ei adquiri. Sed enim totum hoc ad iſtũ caſum reſtringendum nõ eſt, quid enim, ſi pecuniam fructuarii aut poſſeſſoris, fœnorauit? vtique vſuræ illis quærentur; Iam, merces, ſi quã rem domini locauit, & ſi quæ ſunt alia id genus, & procul dubio, ſi ex huiuſmodi cauſis ſtipuletur, fructuario vel poſſeſſori bonæ fidei obligatio & actio quæretur, & adeo fructuario iſta quæruntur, vt ſi ſeruus nominatum ex his cauſis ſtipulatus ſit proprietario, contra hunc condictio detur fructuario, vt ab eo repetat, quod ſummo iure proprietario eſt adquiſitum. *l. pen. de ſtipul. ſeru.* Theoph. hic. Ex re mea, inquit ὅτε, ἤγουν φροντίδας αὐτῷ τῶν ἐμῶν κτημάτων κατεπίστευσα, ἢ ἐπέτρεψα αὐτῷ τὰ ἐμὰ δανείζειν χρήματα, καὶ ἐποίησα αὐτὸν τὸν λογιστὴν ὀικονομὸν, id eſt, quando curam rerum mearum ei concredidi, aut permiſi pecunias meas fœnerari, & feci eum diſpenſatorem.

Quod vero extra eas cauſas.] Quoniam iſtud in fructu non eſt, quæ ratio non ſolũ ad fructuarium, sed etiam ad bonæ fidei poſſeſſorẽ pertinet,

tinet, quoniã hoc iuris habet bonæ fidei poſſeſſor, vt fructus faciat ſuos. Cum autem qui
2 bona † fide fundum poſſidet, fructus extantes reſtituere teneatur, vt diximus *ad* §. *ſi quis* 36. *ſup. de rer. diu.* non immerito quærat aliquis, ſi pecunia, vel quod aliud ex ſerui operis quæſitum extet apud poſſeſſorem, an hoc domino vindicanti & euincenti ſeruum ſit reſtituendum. Iſta enim quæ poſſeſſor per ſeruum adquirit cum fructibus comparari, qui ex fundo percipiuntur, præter iam dicta diſerte probat *l. qui ſcit* 25. §. 1. *de vſur. l. quæſitum* 40. *in fin. de adq. rer. dom.* Plane quod iſta dicantur adquiri poſſeſſori, non facit, vt non teneatur reſtituere, nam & fructus fundi adquirit poſſeſſor, quos tamen extantes reſtituit. Rurſus & ex diuerſo comparatio iſta nõ facit, vt in omnib. eadem horum & fructuum ratio eſſe debeat, etiam quo ad reſtitutionem. Et quod attinet ea quæ ex re poſſeſſoris quæſita ſunt irreuocabiliter poſſeſſoris effici non dubitauerim, pene etiam quæ ex operis, quod præſertim *in d. l.* 40. *in fin. de adq. rer. dom.* conferuntur cum fructibus conſumptis, quorũ nomine non teneri bonæ fidei poſſeſſorem conſtat. Et videntur iſta relicta poſſeſſori pro impenſis & alimentis, quę ſine certa determinatione fiunt in ſeruum, & pecuniæ, quæ pro operis ſerui, v. c. locatis dati ſolet facilior & magis irreuocabilis videtur eſſe adquiſitio.

Itaque ſi heres inſtitutus ſit.] Legati donationis,
3 † hereditatis cauſæ non obueniunt ex aliquo facto ſerui, nec ex re poſſeſſoris: itaque ad hũc, ſicut & ad fructuariũ ptinere nõ poſſunt. Recipiunt tñ limitationem notabilẽ. Niſi iſta data aut relicta ſint ſeruo, vel is heres inſtitutus ſit contemplatione fructuarii, vel bonę fidei poſſeſſoris. Et ita in eo qui controuerſiam ſui domino mouet Iuſtin. diſtinguit fere *in l. cum aliquis* 21. *C. de iur. delib.* & de ſeruo fructuario text. eſt *in l. ſi ſerui* 21. *cum l. ſeq. D. de vſuſi uctu* nec diſſimilis diſtinctio eſt *in l. facta* 63. §. *ſi heres* 4. *ad SC. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide poſſeſſi *in l. aditio* 45. §. *vlt. de adq. her.* ibi, *propter me heres inſtitutus fuerit.* Quærunt autẽ Dd. ſi ſeruus fructuarii ſit inſtitutus contemplatione fructuarii, an iuſſu fructuarii
† poſſit adire, an opus ſit iuſſu proprietarii: & 4
gl. hic Ioh. Fab. & alii communius putant adeundam eſſe hereditatem iuſſu proprietarii, eo quod aditio hereditatis nõ ſit in opera ſeruili *d. l. aditio in pr.* adeo acquiret ipſo iure hereditaté proprietari⁹, ſed reſtituit eam fructuario, ſicut & reſtituit, quod adquiſiuit in ſpecie *l. pen. de ſtip. ſeru.* ſed videtur ſane abſurdum, vt proprietarius, fiat heres, & implicetur oneribus hereditariis: nec poteſt hic locum habere SC. Trebellianum, vt transferantur actiones. Et quod poſſit adire hoc caſu iuſſu fructuarii, probatur ex *d. l. aditio* 45. §. *vlt. de adq. hered.* vbi ICtus ex hoc fundamento defendit, liberum hominem pro ſeruo poſſeſſum, & cõtemplatione poſſeſſoris inſtitutum, adire poſſe iuſſu poſſeſſoris, quod ita intelligatur ex re poſſeſſoris adquirere, non ex operis ſuis, quoniam aditio ad operas ſerui non pertinet, vt in pr. eiuſdem L. reſpondit ICtus. Et igitur eadẽ ratione fructuarii contemplatione inſtitutus ſeruus adeundo eius iuſſu ex re eius ipſe intelligetur adquirere, nõ ex operis ſuis. Neq; obſtabit *d. l.* 45. §. *præterea* 3. qui §. intelligendus eſt de ſeruo ſimpliciter inſtituto, non cõtemplatione fructuarii, quo caſu cum non poſſit dici adire ex re fructuarii, ſi adquireretur hereditas, adquireretur ex opera ſerui, quod ratio non patitur: porro, quod dicimus adquiri fructuario, quod contemplatione eius ſeruo datũ eſt, ei obſtare videtur *l. quod fructuarii* 49. *de adq. rer. dom.* vbi ICtus ait, quod extraneus donat ſeruo, indiſtincte proprietario adquiri. Sed enim non intelligendũ eſt, excludi diſtinctionẽ, an contemplatione fructuarii donetur vel non, ſed quæ *in pr.* §. proponitur, an donetur ex re ipſius donantis, an eo animo, vt adquiratur proprietario: & vtique ſi quid donetur ſimpliciter, proprietario adquiritur, & errãt procul dubio, qui putãt in dubio præſumi donatum cõtemplatione fructuarii. Sed quid ſi liber homo non inſtitutus cõtemplatione poſſeſſoris, ignarus conditionis ſuæ, adeat eo animo, vt poſſeſſorem faciat heredem? Et cum nõ poſſit adquiri poſſeſſori extra iſtas duas

duas cauſas, aut adquiretur ipſi homini libero, aut aditione nihil actum erit: cum ratio iuris impediat, ne adquiratur poſſeſſori: nec videatur ſibi adquiſiuiſſe, q hoc animo adiit, vt alium faceret heredem, idque magis putãt Dd. *arg. l. qui in al. 6. §. ſi is 4. de adq. her.* nam & ſeruus alienus non contemplatione poſſeſſoris inſtitutus, ſi adeat eius iuſſu, nihil agit *l. ſi quis 25. in pr. de adq. hered.* vtique ſi liber homo ſimpliciter adeat, ſibi hereditatem quæſiuiſſe intelligetur, & tamen ſi iuſſu poſſeſſoris adierit, nõ adquiret ſibi niſi eam mentem habuerit; *l. homo 54. in pr. de adq. rer. dom.* qui locus accipiendus eſt de caſu quo non eſt inſtitutio facta contemplatione poſſeſſoris: ceteroquin falſum eſſet, quod ibi dicitur nõ adquiri poſſeſſori propter *l. aditio 45. §. vlt. de adq. her.* plane in hac re nec cõueniſſe ICtis apparet ex *l. liber 19. de adq. rer. dom.* at obſcurũ eſt, quale ſit quod dicitur *in d. l. 54. de adq. rer. dom.* adquirere nobis hereditatem, hominem liberum, ſi ſponte ſua gnar' cõditionis ſuæ ſine iuſſu noſtro adierit.

Quod enim placuit.] Hæc otioſa repetitio eſt, iam enim ſatis hæc dixerat, *in verſ. idem placet.*

Sed bonæ fidei poſſeſſor.] Qui vſucapit, exinde fit plenus dominus; quod in ſeruo locum habet, hominis enim liberi nulla vſucapio eſt.

Fructuarius non poteſt.] Rationẽ duplicẽ reddit, quare fructuarius non vſucapiat ſeruum. 1. Quia non poſſideat, ſed habeat ius vtendi fruendi; hoc enim à poſſeſſione eſt ſeparatũ, quod exemplo conductoris apparet. Dicitur tamen naturaliter poſſidere fructuarius *l. naturaliter 12. in pr. de adq. poſſ.* quin ſimpliciter, dicitur poſſeſſor *in l. 5. in fi. pr. ſi vſuſfr. pet.* & habet Interdictum vnde vi *l. 3. §. vnde vi 13. de vi arm.* cum pleniſſimum ius vtendi vſq; ad tempus vitæ & omnino res inſiſtendi rei habeat; de quo hic pluribus agendi locus non eſt. Plane non poſſidet hoc modo, qualis requiritur ad vſucapionem, cum proprietarius quoque ius habeat morandi in fundo. Illud notum, quod ſine poſſeſſione vſucapio non procedat *l. ſine 25. de vſucap.* Altera ratio certior eſt, quia vtiq; non tenet rem animo domini, quod omnino ad vſucapionem neceſſarium eſt, & hoc ipſo, quod fructuarius tantum eſt, alium dominum eſſe agnoſcit. Locus eſt *in l. 10. §. vlt. de adq. rer. dom.*

Non ſolum autem.] Quę ratio eſt domini pleni, quoad ius adquirendi ex omnibus cauſis; eadem eſt fructuarii & bonæ fidei poſſeſſoris, quo ad ius adquirendi ex re illorum & operis ſerui. At dominus adquirit & dominiũ & poſſeſſionem, vt §. præc. dictum, ergo & hi adquirent poſſeſſionẽ ex re ſua & operis ſerui. At dixerit quis, nõ videri poſſe quæri poſſeſſionem per eum quem non poſſidemus; fructuarius autem non poſſidet, ſed neganda eſt conſequentia; ceteroquin dixerit quis nos poſſe per eum adquirere nec dominium, cuius domini non ſumus, at vtique fructuarius ex re ſua & operis ſerui dominium adquirit, & pater non eſt dominus nec poſſeſſor filii, quin & per ſeruum penitus alienum *l. 1. §. hæc quæ 19. de adq. poſſ.* & per procuratorem *d. l. 1. §. per procur. 20.* adquirimus poſſeſſionem, aut dicemus fructuarium quo ad iſtas duas cauſas & domini & poſſeſſoris iure vti, & ſeruũ hactenus pinde haberi, ac ſi in eius eſſet poteſtate.

In vtriuſque perſona.] Fructuarii & bonę fidei poſſeſſoris, qui caſus abit in duos, quia vel homo liber pro ſeruo, vel ſeruus alienus, pro proprio poſſidetur.

TEXTVS.

6. Ex his itaque apparet, per homines liberos, quos neque iure veſtro ſubiectos habetis, neque bona fide poſſidetis: item per alienos ſeruos, in quibus neque vſumfructum habetis, neque poſſeſſionem iuſtam, nulla ex cauſa nobis adquiri poſſe. Et hoc eſt, quod dicitur, per extraneam perſonã nihil poſſe adquiri: excepto eo, quod per liberam perſonã, veluti per procuratorẽ, placuit, nõ ſolum ſcientibus, ſed & ignorantibus vobis adquiri poſſeſſionẽ, ſecundum Diui Seueri cõſtitutionem, & per hanc poſſeſſionẽ etiam dominiũ, ſi dominus fuerit, q tradit:

vel vſucapionem, aut temporis longi præſcriptionem, ſi dominus non ſit.

Commentarivs.

1 *Cur dominium potius, quam obligatio quæratur per procuratorem.*

2 *Qualem oporteat eſſe procuratorem.*

3 *Quid ſi nomine ſuo procurator rem acceperit.*

E*X his itaque apparet.*] Notant Dd. hoc eſſe argumentum à contrario ſenſu: adquiritur per iam dd. perſonas: ergo per alios non adquiritur.

Per liberos homines.] Enmumeratio perſonarum, per quas hucuſque adquiri docuit, vt inde concludat, per alios non adquiri: excepta poſſeſſionis cauſa *l.1.C.per quas perſ. adq.*

Nulla ex cauſa.] Quæritur aut de dominio, aut obligatione. Et de dominio per procuratorem quęrendo mox agit: & cur dominium 1 potius † mediante poſſeſſione quam obligatio per alium adquiratur, Dd. cõmuniter hãc rationem reddunt, quod adquiſitio poſſeſſionis fiat per actum naturalem, in quo facilius alteri operam nauare poſſit, quam cõtrahendo & ſtipulando, quę ratio fundatur *in l.ea quæ 53.de adq.rer.dom.* de qua dicemus plura *inf.d.inutil.ſtip.* Ratio quã addunt Dd. quod iura perſonalia & obligationes magis inhæreant quaſi oſſibus hominum, per ſe quidem vera eſt, ſed impertinens: non enim dicimus poſſeſſionem vel dominiũ adquiſita procuratori tanſire in dominum, ſed recta domino adquiri, nõ procuratori. Et tamen hoc ipſum vt per procuratorem poſſeſſio nobis adquiratur, contra ſtrictam rationem iuris ex conſtitutionibus admiſſum fuiſſe ex hoc ipſo loco apparet: quo Iuſtin. hæc adſcribit cõſtitutioni Seueri, quæ eſt *in l.1.C.de adq.poſſ.* vbi tamen dicitur, id non tantum vtilitatis gratia, ſed etiam à Iuriſprudentia receptum eſſe; vt adeo ipſi iuris ratio hoc quoq; admiſiſſe videatur, aut an forte prius Seuerus adhibuit in conſilium ICtos, quod Auguſtum feciſſe circa fideicommiſſa, legimus *in prin.inſr.de codic.*. Et igitur per alium adquirimus poſſeſſionem, & conſequenter dominium, ſed non adquirimus obligationem, extraneo enim inutiliter ſtipulamur *l.ſi mihi 110. in princ. de verb. oblig.* & notiſſima regula eſt, neminem alteri recte ſtipulari *l. ſtipulatio 38.§.alteri 17.eod.tit.§.alteri 18.infra de inutil. ſtip.* ſed ad illam regulam ſenſim nimium quam multæ admiſſæ ſunt exceptiones, vt ſi non directa, ſaltem vtilis alteri per alterum quæratur actio: quos caſus proponemus *in d.§. alteri*: plane cum hi plurimi ſint, vix videtur generalis huius loci negatiua ſuſtineri poſſe: Nulla ex cauſa per liberam perſonam adquiri poſſe; niſi Iuſtin. de modis & ratione dominii tantum adquirendi, non etiam obligationis, locutum quis opinetur.

Veluti per procuratorem.] Non dubitatur de procuratore † qui ſpeciale mandatum habet 2: ſed quæritur, an ſufficiat procuratorem eſſe omnium bonorum, & an in hoc quoque locum habeat conſtitutio *l.1. C.de adq. poſſeſſ.* Diſtinguunt quidam inter procuratorem generalem, qui liberam habet adminiſtrationem & qui non habet. Alii ſimpliciter putant ſufficere mandatum generale, vt videre eſt ex iis quæ ſcribunt præter alios *Iaſon & Zaſius in l.1.§.per procuratorem 20.de adq. poſſ.* Sed ego malim hunc locum *& d.l.1.* accipere de procuratore ſpeciali; quoniam, vt diximus ſingulariter hoc ius introductum eſt, nec ideo late interpretandum & *in l. communis 42.§.1. de adq. poſſ.* agitur haud dubie de procuratore ſpeciali; & quod ſequitur, recte accipitur de procuratore generali; vtique vix poteſt dici recte procurator generalis mandatum habere de hac vel illa re emenda, cum imo mandatum generale adminiſtrationem bonorum concernat, non emtionem nouorum. Niſi forte quis dixerit, eo quod vtilitatis ratio hoc expreſſerit *d.l.1. C. de adq. poſſ.* benigne & latius hoc acceptum. Et cum procurator generalis vtique ita exigente adminiſtrationis ratione vendere & emere poſſit, vt diximus ad §. *Nihil autem 43. ſup. de rer. diu.* non poteſt omnino hoc negari: cum hactenus id iu-

ris

ris habeat, quod ſpecialis: & facit optime *l. ſi tam* 41. *de vſucapion.* quæ omnino loquitur de procuratore generali: quia negat vitium purgari, ſi res furtiua in eius poteſtatem peruenerit; quod ſane ſecus haberet, ſi mandatum ſpeciale de perſequenda & recipienda re habuiſſet; & igitur niſi ineptum velimus facere ICtũ, oportet de eodem genere procuratoris accipi, quod ſtatim ſequitur, per procuratorem nobis adquiri poſſeſſionem. Et igitur vbi non ſimpliciter, ſed vbi negotiorum ratio exigit rem v.c. emi, idem in procuratore generali admittemus.

Sed & ignorantibus.] *l. ſi me* 34. *§. ſed ſi* 2. *l. poſſeſſio* 49. *§. vlt. de adquir. poſſ. l. ſi procur.* 13. *de adq. rer. dom. l.* 1. *C. de adq poſſeß.* Cui non obſtat quod in *l. ea quæ* 53. *de adquir. rer. dom.* dicitur, volentibus nobis adquiri poſſeſſionem. Vtique enim vult poſſidere, qui mandatum dat procuratori; licet poſtmodum ignoret, quo momento temporis poſſeſſio procuratori tradatur; quod vt ſciat, iuxta hos text⁹ neceſſarium non eſt.

Et per poſſeßionem, dominium.] Conſequentia hæc neceſſaria eſt: quoniam quiſquis rem ex iuſta cauſa traditam & ſcil. habili ad transferendum dominium, poſſidet, eum dominum eſſe oportet.

Vel vſucapionem.] Hæc enim paſſim ita traduntur; vt ex iuſta cauſa adquiratur dominium, aut conditio vſucapiendi; quod hic intelligit per vſucapionem Tribonian. idque accidit propter perſonam tradentis, cum dominium transferre non poſſit, qui nõ habet. Eſt tamen hæc inſignis differentia inter vtrumq; hunc caſum, omnino hic adijcienda: quod ſi tradens dominus ſit, mandans ignorans quoque efficitur dominus *d. l.* 13. *de adq. rer. dom.* atquin conditio vſucapiendi non quæritur niſi ſciẽtia, *l. ante* 47. *pen. de vſuc. l.* 1. *C. de adq. poſſ.* quoniam non poteſt habere bonam fidem, qui rem ignorat eſſe traditam.

Aut præſcriptionem.] Hoc addidit propter mutationem iuris veteris, quam ipſe introduxit in *prin. ſup. de vſucap. & l. vn. Codic. de vſucap. transform.* Vbi iura vſucapionis & præſcriptionis confudit; & potuiſſet adeo ſimpliciter vſucapionis, aut præſcriptionis meminiſſe.

Illud ad extremum hic addendum eſt, an adquiratur poſſeſſio mandanti, ſi procurator nomine ſuo accipiat poſſeſſionem. Ego vt paucis agam, in negatiuam ſentẽtiam ſum procliuior, 1. quia vt ſæpe diximus, vtilitatis gratia & humanitatis id receptum & admiſſum fuit, vt per procuratorem adquiri poſſeſſio poſſet: & ponendi habiles ſunt termini, nimirum, vt nomine mandantis poſſeſſio adprehendatur; alioquin conſtat iure noſtro procuratorem etiamſi ex mandatu alterius rem emat, tamen ipſum obligari & obligare, nec actionem citra ceſſionem poſſe trãsferri in mandantem *l. poſſeſſio* 49. *in fin. de adqu. poſſeß.* & tanto facilius itaque nomine ſuo adprehendendo poſſeſſionem ſibi eam adquiret; maxime cum ceſſet hic ratio, quæ videtur cum alijs ſuaſiſſe ius iſtud, quod eſt in *leg.* 1. *C. de adq. poſſeß.* iuxta *leg.* 1. *§.* 20. *de adquir. poſſ.* quod & qui tradit rem, poſſeſſionem amittit, & qui rem accipit mandantis nomine, eam non adquireret; Deinde nominatim dicitur in *dict. leg.* 1. *§.* 20. adquiri nobis poſſeſſionem per eos qui noſtro nomine eam accipiunt, & in *l. ſi emptam.* 47. *de vſucap.* requiritur vt poſſeſſio meo nomine apprehenſa ſit: & emphaſin habet, quod per procuratorem dicitur nobis adquiri poſſeſſio: ſiquidem, qui rem ſuo nomine accipit, iam non habet qualitatem procuratoris. Accedit 3. quod & ſeruus alterius nomine rem accipiendo, poteſt facere, ne domino quæratur poſſeſſio *leg.* 1. *§. hoc quæ* 19. *de adquir. poſſeß.* & quanto magis igitur procurator perſona libera? Facit & 4. quod paulo ante diximus, adquiri nobis poſſeſſionem per adprehenſionem procuratoris, actum naturalem, dum operam ſuam nobis adcommodat, quod expreſſum eſt, in *dict. leg.* 1. *§.* 20. atquin cum ſuo nomine rem adprehendit, non poteſt dici, quod nobis præſtet operam, & dicimur ita adquirere poſſeſſionem per procuratorem, dũ per eum adprehendim⁹ poſſeſſionem *l. ſolutam*

l. vlt. 11. §. vltim. de pignor. act. atqui non poſſumus dici adprehendere cum procurator ſibi negotium gerit. Vnicus obiicitur locus in *l. qui mihi 23. in fin. de donat.* vbi dicitur nihil agere procuratorem ſi rem tamquam ſibi adquiſiturus acceperit, ſed nihilominus adquiri eam domino mandanti, ſi eius nomine tradita fuerit. Ergo & ſatis erit, nomine mandantis rem traditam eſſe, vt ei adquiratur poſſeſſio, licet alia mente procurator eam acceperit; quomodo quidem communiter arguunt Dd. referente *Iaſ. in d. l. 1. §. 20. de adqu. poſſ. col. 7.* Ipſe tamen putat aliam rationem dominij, aliam poſſeſſionis eſſe. Sed ei contradicit hic §. qui docet quod mediante poſſeſſione adquiratur dominium. E.poſita huius adquiſitione etiam poſſeſſio erit adquiſita, aut hac negata, negabitur etiam dominium. Tum quæ vſucapionis, eadem & dominij ratio eſſe videtur; *arg. huius §. inf.* atquin vſucapio ſine poſſeſſione non poteſt procedere. An diſtinguemus, vt ſi procurator ſimpliciter accipiat rem, ea licet mente ſit, vt ſibi adquirat; an expreſſe præ ſe ferat, ſe velle ſibi adquirere: vt illo caſu adquiratur mandanti, & poſſeſſio, & dominium, non etiam hoc; An diſtinguimus inter donationem & alios adquirendi modos; ſiquidem ex donatione non poteſt adquiri obligatio procuratori: ſunt enim textus, qui vt dominium adquiratur mandanti, videntur exigere, vt res eius nomine ſit accepta *l. ſi procurator 13. de adquiren. rerum domin. l. falſus 43. §. 1. de furtis, leg. cum quis 38. §. 1. de ſolution. l. ſi ego. 24. de neg. geſt.* An diſtinguimus, an procurator ſimpliciter contraxerit, an nomine domini. Plane Theoph. hoc tantum requirit, vt noſtro nomine poſſeſſio tradita ſit, ſed idem ponit à nobis ipſis fundum emptum, & procuratorem ſpecialem eius apprehendendi cauſſa miſſum; in quibus terminis quidem id ſufficere non difficulter concedam. Illud denique addo, videri errare cum alijs Iohann. de Platea hic dum ſcribit, per modos quoſ-
3 dam de † iuro ciuili receptos, non quæri domino poſſeſſionem, ſed tantum procuratori, veluti per clauium, aut inſtrumentorum traditionem *l. 1. Codic. de donat. leg. clauibus 73. de contr. empt.* Omnino enim contra puto, ſi claues & inſtrumenta nomine mandantis tradita ita procurator acceperit, mandanti poſſeſſionem adquiri. Alia ratio eſt conſtituti, & eius termini non poſſunt huc accommodari; aut enim conſtituit v.c. vẽditor poſſidere nomine mandantis, & non opus eſt, vllo facto procuratoris, aut nomine procuratoris, & contradictorium eſſet adquiri mandanti; quoniam nullum interuenit factum procuratoris, ex quo poſſit adquiri mandanti; Ceteroquin quæſtioni locus eſt ſi apprehendat rem procurator nomine mandantis. Et vero ſi venditor dicat eam tradere hoc animo, vt procurator adquirat (qui caſus contrarius eſt ei quem tractauimus,) an poſſeſſio adquiratur mandanti. Et videtur magis probari, dominium quidem non adquiri mandanti, cum deficiat voluntas domini tradentis, (de quo fere conſtat.) Sed adquiri tamen poſſeſſionem, quippe quæ noua eſt, & alia ab ea, quæ fuit penes tradentem; Et omnino ad poſſeſſionem adquirendam factum & animus procuratoris ſufficere videntur.

TEXTVS.

Hactenus tantiſper admonuiſſe ſufficiat, quemadmodum res ſingulæ nobis adquirantur: nam legatorum ius, quo & ipſo ſingulæ res nobis adquiruntur, item fideicommiſſorum, vbi nobis res ſingulæ relinquuntur, oportunius inferiori loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis per vniuerſitatem res nobis adquirantur. Si cui ergo hæredes facti ſimus, ſiue cuius bonorum poſſeſſionem petierimus, vel ſi quem adrogauerimus, vel ſi cuius bona liberta-

tum

Digitized by Google

tum conſeruandarum cauſa nobis addicta fuerint, eius res omnes ad nos tranſeunt. Ac prius de hæreditatibus diſpiciamus: quarum duplex conditio eſt: nam vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ad nos pertinent. Et prius eſt, vt de his diſpiciamus, quæ ex teſtamento nobis obueniunt, qua in re neceſſarium eſt initium de ordinandis teſtamentis exponere.

COMMENTARIVS.

Q*Vemadmodum ſingulæ res.*] Videtur magis modos adquirendi ſingulares intelligere, de quibus hactenus egit; Ceteroquin etiam per emptionem vniuerſitas adquiritur vtique adquirebatur olim, iuxta *tit. de ſucc. ſubſ. infr. lib. 3.* Quin & per donationem vniuerſitatem bonorum transferri poſſe conſtituit Iuſtin. in *l. ſi quis 35. §. ſed ſi quis 4. C. de donat.* & potuiſſe ante eum docet *l. ſi vmquam C. de reuoc. donat.* Sed & vniuerſitas vendi poteſt *t. t. de hered. vend.* Et tamen iſti caſus ſingulares non faciunt, quo minus recte his modis adquiri dicantur res ſingulæ; maxime cum hoc modo tantum actio ex conuentione contra donantem, aut vendentem, non (niſi vtilis) contra alium adquiratur; quod in hæreditatibus ſecus eſt.

Nam legatorum.] Eſt & hic ſingularis adquirendi modus; Sed quia legata teſtamento relinquuntur, commodius putauit, poſt materiam teſtamentorum de his agere.

Per vniuerſitatem.] Adquirimus vniuerſitatem bonorum, vel viuentis, vel defuncti. Illud fit per adrogationem; & antiquitus quidem omnia omnino adquirebantur; poſt, excepta caſtrenſia, & inde aduentitia quoad proprietatem, iuxta tradita *tit. ſup. h. tit. ad §. 1. iunct. inf. tit. de adquis. per adrogat.* Neque enim ratio patitur, vt plus habeat iuris pater adrogator quam naturalis; & conſequenter adrogatio hodie non eſt verus modus adquirendi vniuerſitatem, ſed tantum ſecundum quid, & quatenus vtique bonorum omnium, (extra caſtrenſia vel quaſi) adrogator conſequitur vſumfructum. Adrogationis autem meminit Iuſtin. quoniam ex ipſius conſtit. *§. ſed hodie ſup. de adopt.* adoptatus non tranſit in poteſtatem, niſi ab aſcendente facta ſit adoptio. Sed ponamus igitur patrem dediſſe in adoptionem filium ſuum auo materno; an vſusfructus quæretur patri adoptanti; an manebit penes naturalem patrem? Si rationem ſequemur, cum hoc ſit ius & effectus hic poteſtatis patris, vt vſumfructum quis habeat in bonis aduentitijs filij, ſoluto iure poteſtatis, quod hoc caſu contingit, non poterit vſusfructus manere penes naturalem patrem; & notandus erit modus hic finiendi vſusfructus. Ita de vniuerſitate viuentis; vetus enim ille modus adquirendi vniuerſitatem per emptionem bonorum, à Iuſtiniano eſt ſublatus. Defuncti vniuerſitatem bonorum adquirimus per ſucceſſionem, dum alicui exiſtimus hæredes; idque vel ab inteſtato vel ex teſtamento; & rurſus vtrumque vel iure ciuili vel prætorio; nam & qui bonorum poſſeſſor in ſpecie dicitur; effectu eſt hæres, & ita paſſim dicitur: quin & cui libertatum conſeruandarum gratia bona addicuntur (*de quo inf. lib. 3.*) hæredis loco eſt. Rurſus adquirimus hæreditatem, ſiue vniuerſitatem, aut directo & immediate, aut per manum alterius, dum hæreditas nobis ex fideicommiſſo reſtituitur hoc enim quoq; modo actionib. tranſeuntibus ex Trebelliano vniuerſitatem conſequimur; quem modum Iuſtinian. omiſit hoc loco, fortaſſe, quia fideicommiſſum præſupponit, hæredem vel ex teſtamento vel ab inteſtato, vel ciuili, vel prætorio iure factum fuiſſe. Non dubitarim etiam partem bonorum poſſe mortis cauſa donari, verum ſicut & cum donatur vniuerſitas inter viuos, non adquiretur qua vniuerſitas, vt in donatarium recta tranſeant iura actiua & paſſiua,

in id tempus, quo quis non futurus eſt amplius dominus; quid ni enim hic qui adhuc dominus eſt, poſſit diſponere, vt ſub certa lege res tranſeat ad heredem, quem ratio ſumma obligat, vt exſequatur voluntatem defuncti, & diſpoſitio diuerſa eſt ab executione, vt not. hic Vigl. qui etiam putat hoc non eſſe benignitatis, vt teſtari liceat, ſed recti iuris. Cuiac. hic vult videri ſubtilis. Ait teſtamentum eſſe iuris gentium, ſed factionem teſtamenti eſſe iuris ciuilis: quod quæque gens ad LL. reip. ſuæ teſtetur. Sed reuera inſubtile eſt; & ita matrimonium, ſucceſſiones ab inteſtato, & alia multa eſſent iuris ciuilis: Nimirum ius gentium eſt quoddam ius generale, ex quo omnes gentes, vt ita loquar, hauriunt, & rebuſpub. ſuis applicant, aliquo proprio addito: quod ad formam ſpecialem pertinet, vt non propterea ipſa res recte dicatur iuris gentium; & iſtud hic quæritur, an non facultas diſponendi de bonis ſuis ſub mortem, ſit iuris gentium, quod affirmamus, & inde confirmamus, quod omnes pene gentes hoc iure vſæ ſunt; ceteroquin iure mero gentium, in nulla Repub. viuitur: & id magis in Idea conſideratur. Addo tamen, multa in hereditatibus occurrere, quæ ſunt iuris ciuilis. Laxior enim ex iure gentium eſt diſponendi ratio, nec eo neceſſum erit inſtituere heredem, ſed ſatis erit, bona ſua variis aſſignare & inter eos diuidere; ſaluo tamen iure creditorum: vt non omnino errent, qui rationem transferendi hereditatem & iura actiua & paſſiua magis ad ius ciuile referunt; & Laertius in vitis Philoſoph. aliquot diſpoſitiones vltimas refert, in quib. nulla mentio heredis inſtituti. Sed quid eſt, quod in *l. 3. h. t.* dicitur, factionẽ teſtamenti
4 eſſe iuris † publici? Non placet, vt hoc dictum intelligamus, intuitu iuris veteris, quo calatis comitiis fiebant teſtamenta, cum præſertim iam tempore ICtorum ratio iſta teſtandi procul dubio in deſuetudinem abierit. Sententia ſimplex eſt, quod publico iure & Lege XII. tabb. ſit permiſſa teſtamenti factio; & quidem ſub certis ſolemnibus quæ omnino ſeruanda ſunt, cum alias contractus pro libitu & arbitrio noſtro, & quibus volumus, conditionibus celebremus: Ceterum ſi ius publicum accipiamus in ſpecie, vt in *l. 1. de inſt. & iur.* pro eo quod ad ſacra & magiſtratus & ſtatum Reipub. pertinet, nec teſtamenta quidem quæ calatis comitiis olim fiebant, recte ad ius publicum poſſunt referri: quia autoritatis tantum gratia & confirmationis ita publice quaſi inſinuabantur.

TEXTVS.

2. Sed vt nihil antiquitatis penitus ignoretur, ſciendum eſt, olim quidem duo genera teſtamentorum in vſu fuiſſe: quorum altero in pace & otio vtebantur, quod calatis comitiis appellabatur: altero cum in prælium exituri eſſent, quod procinctum dicebatur. Acceſſit deinde tertium genus teſtamentorũ, quod dicebatur per æs & librã, ſcilicet, quod per emãcipationẽ, id eſt, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque teſtibus & libripende ciuibus Romanis puberibus præſentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera teſtamentorum ex veteribus temporibus in deſuetudinem abierunt: quod vero per æs & libram fiebat, licet diutius permanſerit, attamen & hoc partim in vſu eſſe deſiit.

COMMENTARIVS.

1 *Iura antiqua an tractanda.*
2 *Error VVeſembecii circa comitia.*
3 *Teſtamentum in procinctu.*
4 *Teſtamentum per æs & libram.*

Diuiſio teſtamenti principalis eſt in paganum & militare, à † perſonis teſtanti- 1
bus: & quia plurima militibus ſunt conceſſa priuilegia, ratione formæ, diuidetur eodem ſenſu in perfectum & imperfectum: licet militare quoq; teſtamentum alias ſuo ſenſu recte

dicatur perfectum. Paganum olim factum fuiſſe calatis(id eſt conuocatis)comitiis docet Iuſt. & hoc repetit ex antiquitate. Teoph. ait, licet iſta poſſint ignorari ſine periculo, tamen conferre ad hiſtoriam, & vt intelligatur, quomodo iſta progreſſu temporis ſint mutata. Et ſcil. antiqua iura in foro quidē allegari vetuit Iuſtinianus *tit. de vet. iur. enucl.* ſed alias iura antiqua non parum conferunt ad ſcientiam & cognitionem iuris noui,&ita in *l. 1. in pr. Cod. de Lat. lib. toll.* allegatur ius vetus,item in *l. vn.* § 3. *cum 2. Cod. de cadu. t. ll.* Weſembecius tamen mallet hoc potius in Pandectis traditum, quā in his Inſtitutionibus, cum præſertim ipſe in præfatione, dicat, tradi hic nihil inutile, nec quidquam, vt ait, ex antiquis fabulis. An LL. antiquatæ & quæ etiā extra corpus iuris ſunt, veluti ex *Theodo. Cod.* poſſint in argumentum adduci in foro, late tractat *Vigl. hic.*

Calatis comitiis.] Centuriata magiſtratus, calata Pontifices comitia cogebant, inquit hic
2 Weſemb. † vnde hic hauſerit neſcio. Sed inſignem lapſum eſſe ſcio: quod calata fuerint certa ſpecies comitiorum: nec minus falſum, quod magiſtratus tantum centuriata comitia coegerint. Varia erant, quæ comitiis agebātur, pro quorum diuerſitate, populus, per curias, centurias,aut tribus ſuffragia ferebant, vnde tres ſpecies comitiorum, nec plures, de quibus latiſſime Gruchius & Sigonius ſcripſerunt. Curiatis comitiis fiebant Lege Curiata adrogationes, autoritate Pontificali, vt cōſtat ex *orat. Cic. pro domo:* adeoq; oportet Pontifices ius habuiſſe cogendi comitia Curiata: neque aliud ſunt comitia calata, quam conuocata. Et igitur Pontifices cogebant comitia Curiata, non aūt ſoli, nam & Conſulibus ad bellū profecturis Imperium lege Curiata deferebatur, an autē ſpecialis fuerit modus quo Pontifices ad comitia populū vocabant, vnde ea in ſpecie dicta calata, haud ſcio: quamuis id videatur innuere *Gellius 15. c. 27.* Notat Hotto. quod Pontifices olim omnibus fere actibus ſolemnibus præfuerint,& proinde etiam in comitiis conuocatis à Pontificibus,& quibus hi præerant, teſtamenta facta fuiſſe, quod præſertim ſacra quædā vna cum hereditate tranſirent. Vicem huius teſtamenti videtur ſubire, quod hodie principi inſinuatur, qui populum totū repræſentat; de quo in *l. omnium 19. C. h. t.* & aliquatenus, quod fit apud acta publica magiſtratus. *d. l. omnium.*

Quod procinctum dicebatur.] Teſtatur *Plut. in vita Coriolani*, hunc morē † fuiſſe militib. Ro- 3
manis, vt exituri in præliū, (in quo mors imminebat) antequam ſumerent ſcuta, ſuccincti vel præcincti togas, (vt pugnarent expeditius) tribus aut quatuor audientibus, facerent teſtamenta (ἀγράφως διατίθεσθαι) heredem nuncuparent: quod teſte Feſto dicebatur teſtamētum. En do (in) procinctu, cuius & meminit *Gell. d. loco & li 5. & 9 Cic. 1. & 2. de nat. Deor. & 1. de orat. Vlp. de teſtam. tit. 20. §. 1.* adeo aut cum Cuiac. hic legēdum eſt *in procinctu* pro, *procinctum*, aut fatendum eſt Tribonianum ſubinepte locutum: (neque enim vlla ratione ipſum teſtamentum procinctum dici poteſt:) & hoc magis eſt, nam & Theoph. vocat procinctum.

Tertium genus per † as & libram.] Hanc teſtan- 4
di rationem receptam ait Theoph: quod non ſemper eſſet copia teſtādi in comitiis: & quod aliqui ominoſum, δυσοίωνον exiſtimabant, ſano corpore teſtamentum condere. Antiquitus Romani graui ære vſi, pecuniam non numerabant ſed adpendebant; Inde æs & libra; quæ maxime & proprie in venditionibus interueniebant. Et tamen poſt etiam cum pecunia ſignata vterentur, veterem ſolemnitatem remanſiſſe ex complurimis locis apparet; quo pertinet illud Horatii,

Si proprium eſt, quod quis libra mercatur & ære.

Ita res mancipi optimo iure tranſibant in accipientem, ceteroquin hic tantum bonitarius dominus efficiebatur, vt docet *Vlp. t. 1. §. qui tātū 11.* & hic modus alienandi mācipatio dicebatur *d. §. 11. & tit. 20. de domin §. 2.* vbi ait mancipationem fieri certis verbis, quinque teſtibus & libripende præſentibus: & Theoph. in *§. praeterea ſup. Quib. mod. ius pot. ſolu.* ait interueniſſe libripendem, cum ſtatera & nummo æneo: qui nimirum ſolemnitatis cauſa adhibebatur: & non tantum in venditionibus, ſed etiam in aliis

allis translationibus: quippe quod veteres optimum hunc per emptionem adquirendi modum exiſtimarent: Et formulam hanc refert Boeth. in Top. Cic. Ego hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio, emptā mihi hoc ære æneaq; libra, qua de re bene ſcribit *Marcilſ. ad LL. XII. tabb. cap 5. 14 15 16.* & faciunt quæ ſcribit *Priſcian. lib. 6. in extremo. & Plinius lib. 33. cap. 3. poſt pr.* Inde ad trāslationem vniuerſitatis hoc quoq; translatum, vt quaſi emeret quis bona à teſtatore, & iuſto ita hoc titulo ea poſt mortem eius poſſidere intelligeretur: de quo & de familiæ emtore dicemus ad §. *ſed neq;* 10. *inf. h. t.* Conſtat autem nummū vnum quē emptor dabat teſtatori, infinitis patribus fuiſſe inferiorem hereditate: quod & in ceteris translationibus obtinebat: itaq; in genere verum eſt, fuiſſe iſtam imaginariam mancipationem, (ita enim malim quā emancipationem. Eſt tamen & apud Theophilum, *emancipatio*, quam vocat [illegible]: vt & Iuſtin. Id ſane ita hic obtinebat: non tamen ſemper mancipatio imaginaria venditio erat. Et emancipatio dicta fuiſſe poteſt, quod de manu & poteſtate vnius res in alium tranſibat: quin & hinc forte emancipatio liberorum dicta quod ſine tribus venditionibus fieri non poterat) ſed maxime in hac ſpecie, hereditatis & omniū bonorū venditorū: Cui alii & hanc rationē adiiciunt, cur imaginaria ſit iſta vēditio: quod alius erat emptor familiæ à vero herede, de quo iam *d. loco & ad* §. 10 *h. t.* agemus. Hinc apparet, quam ridicule hoc loco Ioh. Faber, ſcribat, quoniā liberi ſui, ſint viuo patre domini, ideo vt pater pleno eſſet iure dominus, cum antequā teſtamentum conderet, debuiſſe iure veteri emancipare liberos ſuos: quod etiam ex aliis refert *Nic. de Neap.* qui aliter putat venditionem ideo factā, vt magis faueretur heredi tamquam habenti cauſam onerosam. Ignoſcendum eſt Interpp. qui iſta ignorarunt.

In deſuetudinem abierunt.] Equidem cum non ſemper comitia fierent, alius modus admittendus fuit teſtandi, quo ciues vbi vellent, vti poſſent. Sed protinus recepto hoc modo per æs & libram, veterem illum, calatis comitiis, deſitum fuiſſe minime probabile eſt: quin ſatis diu & hunc perdurasſe: iſtud indicio eſt, quod *Gellius 15. noct. 27.* ſimpliciter tres ſpecies ſiue modos teſtandi proponit, calatis comitiis, in procinctu & per æs & libram: & ipſe Iuſtin. hoc §. acceſſiſſe dicit tertiam ſpeciem. Plane ſublato iure comitia cogēdi, quod ſane ſub Principibus fere accidit, & vtiq; translata in Orientem Imperii ſede, conſequens eſt, & hunc modum teſtandi ceſſaſſe, quin & per æs & libram: neq; crediderim tempore Iuſtiniani ita teſtamenta ordinata fuiſſe: nec ſatis intelligo, quid ſibi velit Iuſt. *in fin. huius* §. quod hoc genus teſtandi PARTIM in vſu eſſe deſierit: & forte SENSIM in deſuetudinem abiiſſe intelligit; aut partem aliquam ſolemnitatum remanſiſſe v. c. teſtes, aut nuncupationem, de qua Vlp. *tit. de teſtam.* Vlpianus plane *tit. 20. de teſtam.* §. 1. ait ſolum iam in vſu eſſe, quod per æs & libram fit: ſolum ſcil. ex iure ciuili: nam prætorio & mixto iure tempore Vlpian. teſtamenta queq; facta, plurimi textus iuris oſtendunt, quin & longe ante eum apud Cic. non vno loco fiat obſignatorum mentio, quorum non erat vſus in teſtamento per æs & libram: imo an forte contra cum alius heres in tabulis ſcriberetur, & ita tum non erat per æs & libram, plena teſtatio, quod omnino notandum. Inepta autem eſt ratio quam affert Viglius, cum teſtamentum per æs & libram in vſu eſſe deſierit: quia pacti de futura hereditate ſint contra bonos mores: neq; enim erat vera venditio; neque eius effectus vt mutare teſtamentum non liceret. Sed penitus eſt inepta ratio, poſtquam receptum fuit, vt ab emptore familiæ alius eſſet verus heres.

TEXTVS.

3. Sed prædicta quidem nomina teſtamentorū ad ius ciuile referebantur: poſtea vero ex Edicto prætoris forma alia teſtamentorum faciendorum introducta eſt. Iure enim honorario nulla emancipatio deſiderabatur, ſed ſeptem teſtium ſigna ſufficiebant,

cum iure ciuili teſtium ſigna non eſſent neceſſaria.

COMMENTARIVS.

1 *Cur ſeptem teſtibus opus in teſtamento.*
2 *Cur quinq; teſtes neceſſarii in mancipationibus.*
3 *Ius Canonicum defenſum.*
4 *Cur in diuortiis ſeptem teſtibus opus.*

IVre prætorio, apparet ex hoc §. ſatisfuiſſe, voluntatem ſupremam conſignatam ſcriptis ſeptem teſtibus ſubſignandam proponere: qui ſimplex & expeditus, citra ſolemnitates illas nexus & mancipationis imaginarias, teſtandi fuit modus: eoq; pertinet, quod Vlp. ſcrib. t. *tit. 28. de poſſeſſ. dand. §. Etiam 5.* licet non valeat teſtamentum iure ciuili, tamen ſignatum ſi ſit à ſeptem teſtibus, poſſeſſionē bon. ſecundum illud ſcilicet à prætore, dari.

Septem teſtium ſigna.] In teſtamento per æs
1 & libram † quinque requirebantur teſtes, vna cum libripende & familiæ emptore: §. *præc. & §. 1. apud Vlpian. tit. 20. inſ.* adeo interueniebant ſeptem perſonæ: quem numerum, prætor, qui ſolemnitates illas ciuilis iuris improbauit, integrum tamen in teſtamento eſſe voluit; adeoq; inde neceſſario effectum, cum nullæ eſſent ibi partes libripendis & emptoris, vt ſeptem teſtes adhibendi eſſent: Ad eundem modum de emancipatione liberorum ſcribit *Caius 1. Inſt. 6.* adhibitos fuiſſe quinque teſtes cum libripende & Anteſtato: poſt fieri ſolitam ante curiam, ita vt pro libripende & Anteſtato alii teſtes adhiberentur, vt ſeptem teſtium numerus impleretur. Vnde liquet, non in teſtamentis ſolum, ſed etiam alibi ſeptem teſtes adhibitos fuiſſe: & ſimul liquidiſſimum eſt, vnde numerus ſeptem teſtium deſcendat: & nimis quam abutuntur opera, qui hic ad ſcrupuloſitates Græculorū, & præſtantiam numeri ſeptenarii cōfugiunt.
2 Cur autem in quauis † mancipatione olim quinq; teſtes neceſſarii fuerint, ratio non ſatis liquet; niſi forte cum Seruius Rex quinq; ciuium claſſes conſtituiſſet, placuit, vt actibus illis ſolennibus, ſinguli ex ſingulis claſſibus adeſſent; licet poſtea procul dubio, etiam ex claſſe vna quinque adhiberi potuerint. Hinc claſſicorum quoque, id eſt, idoneorum teſtiū appellatio nata. Nec mouet, quod Dionyſ. Halic. ſex claſſes factas ſcribit: Etenim ſextæ claſſis, quam centuriam *libr. 1.* vocat Liuius, nulla habita fuit ratio: quippe in quam coniecti erant tenuiſſimi ciues, proletarii & capite cenſi, qui nec militabant, nec quidquam ad temp. conferebant, & ab omnibus dignitatibus excluſi erant: & iuxta numerum quinq; claſſium, quinque aut decem tribunos plebis fuiſſe teſtes ſunt *Liu. lib. 3. & Aſcon. Ped. in orat. Cicer. pro Cornel.* & huc facit, quod *Feſtus libr. 5.* ſcribit, claſſicos teſtes fuiſſe dictos, qui in ſignandis teſtamentis adhibebantur. Septem teſtes ad ſubſtantiā teſtamenti pertinere volunt Dd. nec inepte omnino, ſi intelligas ipſā ordinationē teſtamenti, de qua hoc §. agitur: ceteroquin eſſentia teſtamenti eſt & conſiſtit in ipſa diſpoſitione teſtatoris. Porro ius † Ca- 3
nonicū (licet ſint qui diſpoſitionē iuris Can. reſtringunt ad teſtamentum ad pias cauſas, ſed male, quia Ius Can. improbat diſpoſitionem iuris ciuilis, quod nimis multos requirat teſtes) *c. cum eſſent c. relatum h. t.* improbat ius ciuile, & vult ſufficere duos teſtes cū parocho, iuxta illud ex iure diuino: In ore duorū vel triū ſtabit omne verum. Quæ iuris Can. ſententia, quidquid alii contra diſputent omnino nititur certa ratione; neque conuenit iuris gentium rationi, vt tam magnus numerus teſtiū adhibeatur: & apparet ex iam dictis, eſſe hoc totum & mere poſitiuum, & à iure ciuili: nec quiſquam rationē reddere poſſit, cur in quauis mancipatione & alienatione per æs & libram debeant intereſſe quinque teſtes; & potuiſſet ſane prætor contentus eſſe numero quinario: & rurſus nulla neceſſitas fuit, vt pro emptore familiæ & libripende duo præterea teſtes adhiberentur, & poſſe alio iure ciuili hunc numerum minui, qui negauerit, is ad agnatos & gentiles fuerit deducendus. Et ita *Leo N. 41.* ſancit, vt in ciuitatibus quinque, in pagis tres teſtes ſufficiant. Sed quæ ratio eſt, cur in † diuortiis opus fuerit ſeptem teſtibus? 4
l. nullum 9 de diuort. In conuentione in manum opus

Digitized by Google

opus fuiſſe decem teſtibus ſcribit *Vlp.t.9.* quia (vt puto) erat ea mutua & duplex emtio & quaſi mancipatio: Deinde vero plurimum fiebant proto πράξεις, ergo ſuffecerunt quinque teſtes: & ſublatis priſcis ſolemnibus, hic quoque duo additi, vltra quinque: Anpoſt receptum vt quiuis ſolemniores actus, requirerent ſeptem teſtes. Ambigo & cogitandum relinquo.

Iure ciuili non eſſent neceſſaria.] Quo fiebat teſtamentum per æs & libram, & per mancipationem. Plane iure ciuili & in hoc genere teſtamenti duo fuiſſe neceſſaria ſcribit *Vlp.t.20. de teſtam.* §. 8. familiæ mancipationé, & nuncupationem, qua ſcilicet teſtator, conteſtabatur hanc eſſe voluntatem ſuam, quam ipſis exhibebat; quæ videtur eſſe ſuprema conteſtatio in *l. qui teſtam.* 20. §. *& veteres* 8. *h.t.* quo eodem ſenſu *Vlp. d. tit.* 20. *in pr.* teſtamentum definit conteſtationem: dicemus adhuc aliquid in §. *ſed neq;* 10. *inf. h.t.* At cui bono illa conteſtatio in teſtamento per æs & libram & in mancipatione? Puto hoc receptum fuiſſe, poſtquam placuit, palam quidem mancipari familiam emptori imaginario, ſed alium ſeparatim verum heredem ſcribi, de quo in §. *ſed neq;* 10. *inf. h.t.* tum etiam propter legata, quæ nihil ad emptorem familiæ, & omnino diuerſa à familiæ mancipatione. Et puto omnino verum quod ſcribit Theoph. olim facta mancipatione, dixiſſe teſtatorem, ad familiæ emptorem, volo te huic vel illi dare agrum, ædes, tot florenos, qui quaſi modus legandi fuit. Illud perſpicuum eſt, *h.* §. ius ciuile non iuri gentium, ſed iuri prætorio opponi, vt autē per illud intelligamus quod diſputationib. ICtorū introductū eſt, nulla ratio facit, licet iſtud cōmuni nomine dicatur ius ciuile *l.* 2. §. *his LL.* 5. *de orig. iur.* Et cum iuri prætorio opponatur, latius accipi oportet. Et teſtandi modos calatis comitiis & in procinctu, antiquiſſimos fuiſſe certum eſt; & de hoc ex *Plut. in Coriol.* conſtat: mancipationes per æs & libram ex XII. tabb. Lege deſcendunt: an autem eam alienandi rationem, ICti traxerint etiam ad teſtamenta, haud liquido dixerim.

TEXTVS.

4. Sed cum paulatim tam ex vſu hominum, quā ex conſtitutionum ēmendationibus cepit in vnam conſonantiam ius ciuile & prætorium iungi: conſtitutum eſt, vt vno eodemque tempore, quod ius ciuile exigebat quodammodo, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſubſcriptione teſtiū, quod ex conſtitutionibus inuentum eſt: & ex edicto prætoris ſignacula teſtamentis imponerentur: ita vt hoc ius tripertitum eſſe videatur: & teſtes quidem & eorum præſentia, contextu vno, teſtamenti celebrandi gratia, à iure ciuili deſcendant: ſubſcriptiones autem teſtatoris & teſtium, ex ſacrarum conſtitutionum obſeruatione adhibeantur: ſignacula autem & teſtium numerus ex edicto prætorio. Sed his omnibus à noſtra conſtitutione propter teſtamentorū ſinceritatē, vt nulla adhibeatur fraus, hoc additum eſt, vt per manus teſtatoris vel teſtium exprimatur nomen heredis, & omnia ſecundum illius conſtitutionis tenorem procedant.

COMMENTARIVS.

1 *De vno contextu teſtandi.*
2 *Contractus an celebrari poſſit.*

Apparet ex hoc §. & §§. præcedd. teſtamentum à forma teſtandi poſſe diſtingui in purum & mixtum. Illud quod fit iuxta diſpoſitionem iuris ciuilis vel prætorii tantum: hoc quod fit obſeruatis ſolemnitatibus vtriuſque iuris. De quo teſtamento mixto hoc §. agit Iuſtinianus. Ait ius ciuile & prætorium cepiſſe in vnam conſonantiam iungi: quod non male ita accipit & explicat Hottom. vſu & conſtitutionibus Impp. factum, vt ius ciuile & prætorium pro vno iure haberentur; nec adeo mirum, ſi ex vtroq; hoc iure vna teſtandi forma

fuerit conflata. Ideoq; recte ait, *ex emendationibus conſtitutionum*, quia conſtitutiones conſtituunt & ipſæ ius ciuile; aut potius quoniam hic à conſtitutionibus diſtinguit ius ciuile, intelligit, quod cõſtitutiones eodẽ loco habuerint ius prætorium & ciuile. Poſſit etiam quis ea verba Iuſt. cõmodiſſime ad hunc caſum & hanc materiam referre: & quod homines cœperint in teſtando vti, partem ciuili partim prætorio iure, idq; etiam cõſtitutiones poſtea probaſſe; quæ explicatio magis mihi placet.

Vno eodemq; tempore.] Teſtamentum debet
1 fieri vno † contextu *l. heredes 21. §. vlt. h. t. l. hac conſultiſſ 21. in pr. & l. cũ antiquitas 28. C. eod.* quibus locis hoc ita explicatur, vt nõ interueniat actus extraneus: quod plenius explicat & diſtinguit *d. l.* 28. vt videl. non vitietur actus teſtandi, ſi quid interueniat, quod ratio morbi teſtatoris vel neceſſitas naturæ expoſcat. Ratio huius iuris reddi ſolet, quod digreſſus ad alia videtur auocare ab eo propoſito quod in teſtatore exigitur, & arguere minus conſtans propoſitum teſtantis, & inſuper efficere, vt aliquid præter mentem teſtatoris incogitanter recipiatur, vt notat *Connan. 5. comm. 2.* quod poſterius tamen tantum locum habet in caſu, quo fit teſtamentum nuncupatiuum, aut alias teſtamentum prælegitur teſtibus, nõ quo teſtamentum clauſum ſignandũ ſaltem & ſubſcribendum offertur teſtibus: ceteroquin priuatim quiſque quomodo & quantocumque tempore teſtamentum condere, & vel millies ſcriptionem abrumpere & interrumpere poteſt. Et quod de vno contextu traditur, pertinet ad ipſam conteſtationem, vt appellant, & ordinationem ſolemnem teſtamenti corã teſtibus. Et igitur ſi abrupto actu iſto, aliud agere incipiat teſtator, vitiatum intelligetur teſtamentũ. Eſt aũt contrahendi alius & extraneus
2 à teſtamento † actus: & proinde ſi inter teſtandum cõtrahat cum aliquo teſtator, actus intelligetur teſtandi interruptus. Et fruſtra hic obiicitur *l. non eſt 26. D. de pignor. act.* vbi dicitur, teſtamento pignus conſtitui poſſe. Etenim non fit hoc per contractum & conuentionem, ſed habet inſtar legati, dum teſtator ſolus pignori aliquam rem creditori etiam ignoranti, eſſe iubet: neque enim pignus in genere ſumptum contractus eſt, ſed ius in ſecuritatem debiti cõſtitutum. Hoc ius & conuentione & per modum legati vltima voluntate conſtituitur: ſicut & iura ſeruitutum. Nec magis obſtat, quod aſſignari quoq; libert⁹ teſtamento dicitur *l. 1. §. 3 de adſign. lib.* Licet enim neq; legatum iſtud ſit proprie neq; fideicommiſſum *l. 7. d. t.* tamen effectum vtiq; habet legati, dum ius patroni, quod patre defuncto omnibus in liberto erat pro indiuiſo futurũ, in vnum transfertur in ſolidum, & vtiq; non per contractum, ſed ſimplicem diſponentis voluntatem. Illud huc etiam pertinet, an interuallum aliquod in hac re poſſit intercedere; veluti vt poſtquam teſtator ſententiam ſuam propoſuit, teſtes ex interuallo aliquo ſignare & ſubſcribere poſſint. Et ſiquidem nihil aliud, iuxta dicta interuenerit, procul dubio actus non erit interruptus, ſi omnes teſtes manſerint in eo loco; ſed quid ſi diſceſſerint, vel omnes vel aliqui & poſtea reuerſi ſignauerint? An hoc definimus exemplo ſtipulationis? cuius dicitur debere eſſe actus continuus *l. continuus 137 in pr. de V. O.* & tamen etiam ſi interrogatus diſceſſerit & non ita poſt multum & magnum interuallum reuerſus reſpõderit, vtilem eſſe ſtipulationem docet *l. 1. §. 1. de V. O.* vt quidem ille locus communiter explicatur: quin & ſufficere ſi modo eodem die reſpondeatur, probari videtur ex *d. l. 137. in pr. de V. O. iunct. l. ſi ex 12. de duob. reis.* Magis autem eſt, & cõſentaneum ei quod vno contextu negotiũ debet peragi, vt omnino neceſſum ſit, teſtatorem & teſtes non digredi; antequam totum negotium ſit confectum; per *d. l. 28. C. de teſta.* vbi Iuſtin. in ſpecie definit, poſſe paruo momento differri rẽ, ſi forte ex teſtibus vni quid ſuperuenerit. ſi id autem tale ſit, vt longiorem afferat morã, alium debere ſubrogari teſtem: itaq; accipi quoq; debet, quod in *l. hac conſult. C. eod.* dicitur, debere peragi eodẽ die eodemq; tempore: ita vt poſteriora verba explicent & conſtringant prius illud de eodẽ die, vt omnino vno die res perficiatur, & ita quidẽ vt vno

eodemq;

eodemq; tempore, non vero vt interruptis & pluribus vicibus eodem die negotium expediri poſſit.

Quod ius ciuile exigebat] Videlicet, de quo iam diximus, vt negotium fiat vno contextu; non autem referri ad ſeqq. hoc debet, de ſeptem teſtibus. Licet enim ius ciuile, quod præter quinq; teſtes, libripendem & familiæ emptorem requirebat, dederit cauſam huic ſeptenario numero teſtium, attamen proprie & vere loquendo numerus iſte eſt iuris prætorii: quod & in *f. huius* §. Iuſt. aperte affirmat. Itaq; locus hic ſane inuolutus & contortus ita explicari debet, vt 1. Iuſtinianus doceat quod ſit ex iure ciuili, ſcil. in ſpecie ſumto, quid opponit conſtitutionibus, (quę omnino alias faciunt ius ciuile) & adeo intelligere videtur diſputationes ICtorum, & mediam Iuriſprudentiam, vt alibi appellatur: aut etiam ius ciuile vetus, XII. tabb. aut qua alia lege introductum: quamquam non videtur vlla lege hoc ſancitum, vt vno cōtextu fieret teſtamentum. Deinde Iuſt. proponit ſeptem teſtes adhibendos, qui ſcilicet & ſubſcribant & ſubſignent: illud ex conſtitutionibus, hoc ex edicto prætoris, cui etiam in *f.* §. adſcribit numerum ſeptenarium: ſicut & mox aliud adhuc adſcribit iuri ciuile, vt teſtes ſint præſentes. Sed nimirum iſtud generale penitus eſt, vt quocunque iure requirantur ad aliquem actum teſtes, eorum præſentia neceſſaria ſit: ceteroquin teſtes eſſe non poſſint. Ait Iuſtin. ius ciuile hoc exegiſſe *quodammodo* fortaſſe, quia non diſerte de hoc caſu id expreſſerat, ſed in genere definierat, actus ſolennes & legitimos ita & vno contextu fieri debere.

Oportet autem præſentes eſſe non corpore tantum ſed & animo, vt videlicet intelligant, quod agatur, quod teſtator ſupremam voluntatem ordinet, non autem neceſſum eſt vt linguam intelligant *l. qui teſtam* 20. §. *vlt. h. t.* Et præſentes debent adeſſe & durare vſque dum negotium peragatur *d. l.* 20. & adeſſe debent vltro non coacti *d. l.* 20. §. *vlt.* quin amplius & rogati, vel ſaltem vt denuntietur illis ſi teſtamēti cauſa adhiberi *l. heredes* 21. §. *pen. h. t.* Et adeſſe ita debent præſentes, vt teſtatorem videant & audiant, niſi alicubi ſpecialiter aliud ſit inductum *l. ſi non* 9. *C. h. t.* & hoc contra quoſdam qui putant ſufficere vt audiat teſtis ſaltem teſtatorē, licet cortina interiecta non videat, notat rectè *Angel. in* §. *plane in f. tit. ſeq.*

Subſcriptiones teſtatoris.] Hoc itidem aliud eſt, quod ex conſtitutionibus requiritur, vt teſtator ſubſcribat, cum ſupra tantum meminiſſet ſubſcriptionis teſtium: eſt in *l. hac conſult.* 21. *in pr. C. h. t.* vbi hoc additur, vt ſi teſtator ſubſcribere non poſſit, octauus ſubſcriptor adhibeatur: quod tamen ſuſtulit Iuſtin. ſi quis ſua manu teſtamentum totum ſcripſerit *l. cum antiquitas* 28. §. 1. *C. eod.* Miretur autem quis, quod prætor tantum ſigna requiſierit, non etiam ſubſcriptionem: cum ex ſignis non poſſit certo ſtatui de numero teſtium, per §. *poſſunt h. tit.* ſiquidem poſſunt plures habere annulos, vna ſculptura. Notat autem in ſe Weſemb. ſcripturam etiam eſſe ex iure prætorio. Equidem neceſſariam eam eo iure eſſe ſequitur: ſed à iure prætorio eam primum inductam non ſequitur: & licet mancipatio non requirat ſcripturam: tamen poſtquam emptor familiæ cepit eſſe alius ab herede §. *ſed neque* 10. *infra h. tit.* vtique frequentius oportuit interueniſſe ſcripturam, & illa ad conſeruandam negotii geſti memoriam pene neceſſaria eſt. Porro ſcrupulum mouet Hotoman. & quod ſigna neceſſaria fuerint ex Lege Cornelia loco *Cicer. in* 3. *Verr.* confirmat. Ipſe reſpondet poſt, hoc etiam in edicto receptum & propoſitum, eoque Edicto tribui. Sed nimirum cum primæ originis maior ſit habenda ratio, aſſentior potius Weſembecio hoc legem Corneliam teſtamentariam ex Edicto prætoris accepiſſe. Sed quid ſi teſtes ſcribere non poſſint? Et videtur eorum teſtimonium eſſe nullum: cum Iuſtin. in *l. vlt. C. h. t.* per exceptionem admittat, vt in teſtamentis ruſticorum, vbi deeſt literatorum copia, teſtes nō ſubſcribentes, aut pro quibus alii ſubſcribant, admittantur, quo loco ſolemnitates requiſitas in aliorum teſtamentis omnino vult obſeruari.

Sed

Sed hi omnibus.] Iuſt. inſuper addidit, vt nomen heredis quoq; ſubſcribatur manu teſtatoris vel teſtium; iuxta *Liubemus 29. C. h. t.* Et teſtator vel ſubſcribet coram teſtibus, vel ſcribat in aliqua teſtamenti parte, ſi nomen heredis nolit cognitum eſſe. Sin ſcribere non poſſit, debet nomen coram teſtibus nuncupare, & teſtes illud memoriæ cauſa adſcribere in teſtamento. Ita hoc caſu teſtamentum futurum ſemper eſt nuncupatiuum, cum eſſentia teſtamenti conſiſtat in deſignatione & inſtitutione heredis. Et itaque hoc merito poſtea mutauit & rem ſit in N. 119. *cap.* 9.

TEXTVS.

3. Poſſunt autem omnes teſtes & vno annulo ſignare teſtamentum: quid enim ſi ſeptem annuli vna ſculptura fuerint? ſecundum quod Pomponio viſum eſt. Sed & alieno quoque annulo teſtamentum ſignare licet.

COMMENTARIVS.

DIxerat teſtes debere ſubſignare teſtamentum; iam de modo ſignandi aliquid addit. Et cum mentionem annuli faciat, prima quæſtio eſt, an tantum annulo ſignare liceat: quod ſane fateor, ex hoc §. non probari, cum poſſit exempli cauſa hoc dictum accipi, & quod frequentius annulo ſignare ſolerent: & tamen non ſine cauſa annuli mentionem factam colligitur ex *l. ad teſtium* 22. §. *ſignum* 5. *h. t.* vbi ICtus reſpondet, magis eſſe vt tantum annulo ſignare liceret; quod Cuiac. 14. *obſ.* 11. refert ad ſcrupuloſam teſtandi ſubtilitatem: ſed mihi id non probabit, vt vlla hic poſſit eſſe ſubtilitas, niſi fatua & inepta, adeoque minime ſubtilitas, vt non liceat ſignare inſtrumento tali, quod eandem exprimat formam, & eandem habeat ſculpturam quam annulus, vbi nec deprehendere quis poſſit, & internoſcere an annulo, an alio inſtrumento ſignatum ſit. Nulla eſt ſolemnitas, quæ non habeat ſuam rationem, & aliquem finem, vt amoueatur omnis ſuſpicio fraudis: at vero huius, vt tantum liceat ſignare annulo, nulla poteſt dari ratio, neque habere iſtud vllum finem poteſt, aut vllam commoditatem. Itaque non abſurde *Hottom. 1. obſ. 20. & hic & ibid. Baro & VVeſemb.* putant legendum eſſe, *non tantum annulo*, quam lectionem firmat, quod mox ſequitur, *dum tamen habeat characterem*, & ſcilicet imaginem aliquam & ſignum inſculptum, vt hinc intelligamus, poſſe ſignari & alio inſtrumento, dummodo habeat ſignum impreſſum ad inſtar annuli; & de annulo qui non habet ſignum, an eo poſſit ſignari, inepte dubitetur. Et variaſſe lectionem, indicio eſt, quod *Ioh. de Plat. ad hunc* §. ſcribit, non tantum annulo ſignari poſſe, ſed etiam alio ſignatorio, in hanc rem adducta *d. l.* 22. §. 5. *h. t.* Dici forte etiam poſſit, quod ICtus in *d. l.* 22. non voluerit excludere tale inſtrumentum, quod idem ſignũ cum annulo habebat, ſed eiuſmodi, quo vt aliqui notant, veteres ad alia obſignanda ſolebant vti. Tum fortaſſis obtinuit ita illo æuo, vt ſigna quibus obſignare ſolebant literas, tantum impreſſa annulis haberent. Tentarit etiam quis, per annulum non tam notari ſubiectum ipſum circulare, ſed magis ſignum, quod annulo impreſſum erat, & recte eum dici ſignare annulo, qui ſignat inſtrumento, eam figuram habente, qualem annuli vulgo dicti habebant.

Poſſunt vno annulo ſignare.] Apud Romanos non fuerunt certa inſignia familiæ, quæ annulis (vt hodie moris eſt) inſculpta ferrent: ſed quiſque ex arbitrio, quidquid ipſi videretur, inſculpi curabat; ſed & rurſus mutabat, itaque non raro accidebat, vt duo vel plures quoque vno ſigno vterentur: itaque admiſſum etiam fuit, vt teſtes omnes vno annulo ſignarent; vt tamen, quod Dd. volunt hoc ipſum adſcribant, alieno ſe annulo ſignaſſe: vel quia alias alieno annulo vtens incidat in crimen falſi: vel quod teſtis facile poſtea ſit vacillaturus, in recognitione ſigilli alieni, ſi non hoc adſcripſerit. Faber tamen putat iſto omiſſo teſtamentum nõ vitiari, quia hoc nuſquam requiratur; quod & Vigl. magis probat. ſed & cum poſſint vtique plures hodie ex vna familia ad ſignandũ adhiberi, accidet & tum, vt plures

eodem

Digitized by Google

eodem ſigno vtantur; cum nec neceſſe ſit addi nomen; & vtque tantum initiales literæ poni ſoleant; & inſuper plures ex vna familia cognomines eſſe poſſint. Adeo apparet ex his, non eſſe neceſſarium hoc vt nomen teſtis in circumferentia annuli ſit inſcriptum; quod in alijs terminis requiritur, vt notat hic *Viglius per cap. inter dilectos de fid. inſtrum.* & rationem Porcius hic reddit, quod hic ſignatio requiratur ad ſolemnizandum; non ad probandum. Et tamen ex ratione iuris noſtri, quidquid etiam putent Dd. verum non videtur, quod in ſigillo quo contrahentes vtuntur, vt ſubſignent inſtrumenta, opus ſit inſcripto nomine ſignantis, quippe quod moribus Rom. talia ſigilla non fuerint in vſu: licet forte contrarium praxis obſeruet, quod etiam cenſet *Iohann. Fab.* hic per *dict. capit. inter dilectos.* Illud autem admiſerim cum Doctor. quod in contractibus non poſſit teſtis, & maxime Notarius alieno annulo ſignare.

Quid enim ſi ſeptem annuli.] Hoc eo pertinet, vt reddatur ratio, cur plures vel omnes vno annulo ſignare poſſint; quod ſc. vt modo dixi, euenire poſſit, vt plures vno ſigno vtātur; Ceteroquin ſeptem annuli vna licet ſculptura, non ſunt annulus vnus: Sed tamen effectum vnius annuli habent; cum perinde ſit, ac ſi vno annulo ſigna impreſſa eſſent.

Secundum quod Pomponio.] Ita apud Theoph. exſtat, & ita edidit Cuiac. & ita in vetuſtis libris exſtare teſtatur Contius. In Vulgatis eſt, *Papiniano*, quod reliqui omnes Weſembec. Mynſ. Baro Hottom. &c. ſeruant. Et ego vulgatam ſequi malim; quia Papiniani præcipua ſemper & maior fuit autoritas, vt patet ex *tit. de reſpon. prud. Codic. Theod.* & non tanti eſt Theoph. in quo etiam error poteſt argui exſcriptoris.

Sed & alieno annulo.] Qui videlicet non eſt vnius ex teſtibus: Ceteroquin cum plures ſignāt vno annulo, oportet aliquos ſignare annulo alieno. Et hinc eſt quod teſtis annulo teſtatoris ſignare poteſt *l. ad teſtium. 22. §. ſi ab ipſo 2. h. t.*

TEXTVS.

6. Teſtes autem adhiberi poſſunt ij, cum quibus teſtamenti factio eſt. Sed neque mulier, neque impubes, neque ſeruus, neque furioſus, neque mutus, neque ſurdus, neque is cui bonis interdictum eſt, neque ij quos leges iubent improbos inteſtabileſque eſſe, poſſunt in numerum teſtium adhiberi. Sed cum aliquis ex teſtibus teſtamenti quidem faciendi tempore liber exiſtimabatur, poſtea autem ſeruus apparuit, tam Diuus Hadrianus Catonio Vero, quam poſtea diui Seuerus & Antoninus reſcripſerūt, ſubuenire ſe teſtamento ex ſua liberalitate, vt ſic habeatur firmum, ac, ſi vt oporteat, factum eſſet, cum eo tempore quo teſtamentum ſignaretur, omnium conſenſu hic teſtis liberi loco fuerit, neque quiſquam eſſet, qui ſtatus ei quæſtionem moueret.

COMMENTARIVS.

1 *Teſtamenti factio duplex.*
2 *Mulier cur non poſſit eſſe teſtis.*
3 *Qui ſint inteſtabiles.*
4 *De ſententia* l. 1. C. h. t.

IAm tractat, quinam in teſtamento poſſint eſſe teſtes. Inhabilitas teſtium vel eſt communis, de qua h. §. vel ſpecialis, de qua in §. *ſeq.* Notam habilitatis communis hanc proponit Iuſtin. h. §. ſi cum ijs ſit teſtamēti factio; & videlicet ea, quam vocant paſſiuam, & quā habere dicuntur, qui heredes inſtitui & ex teſtamento capere poſſunt, vt non tantum Iuſtin. loquitur in §. *in extraneis 4. inſ. inſ. de hær. & qual.* Sed etiam ICtus in *l. ſi inſ. 16. h. t.* quo modo & videtur hoc accipi in *l. idem 13. §. 2. d. teſtam. milit.* cum quibus h. §. & alias dicitur eſſe

 teſta-

teſtamenti factio; *l. non minus. 31. de hæred. inſt. l. nemo 7. pro legato §. Legati 24. inf. de legat.* & ſane abſurde dici videtur, iſtos factionem habere teſtamenti. Sed cum iis teſtamenti factio eſſe rectius dicitur, vt hoc loco Iuſtin. loquitur; adeoque recte id tantum de paſſiua teſtamen
1 ti † factione accipitur: neque enim quatenus quis teſtamentum facere poteſt, cum eo poteſt eſſe dici teſtamenti factio; itaq; non probo quod Theoph. ad vtrumq; retulit, οἵτινες ὑφ' ἡμῶν δύνανται κληρονόμοι γράφεσθαι, καὶ γράφειν ἡμᾶς. id eſt, qui à nobis poſſunt hæredes ſcribi, & nos ſcribere.

Sed neque.] Eſt hæc exceptio ad regulam propoſitam, ſiquidem, qui hic enumerantur, hæredes inſtitui poſſunt. Cum autem tot ſint exceptiones, non bene ſatis pro regula illud poni videtur; Sed potius propriæ rationes reddendæ erant, ob quas hæ perſonæ eſſe non poterant in numero teſtium: quæ ipſæ non ſunt obſcuræ. Et in furioſo, & impubere, nullum, aut imperfectum animi iudicium eſt. Et vero cum vltimæ voluntates maxime ſint fraudibus, & captionibus obnoxiæ, integræ fidei & integri quoque iudicij, & qui de omnibus recte iudicare, & quæ aguntur plene intelligere poſſunt, homines adhibendi fuerunt; ex quo in promptu eſt ratio, & nimirum ab improbis moribus, quare, qui inteſtabiles dicuntur, & prodigi, in teſtamento non poſſint eſſe teſtes idonei; item quare excludantur ſurdi & muti, etiamſi disiunctim tales ſint, quia omnino neceſſe eſt, vt quæ aguntur percipiantur ſenſu, & poſt mortuo teſtatore de ijs teſtimonium præbeatur, quæ à mutis & ſurdis nequeunt præſtari *arg. l. 1. quemadmodum teſtam. aperiant.* quippe quod aut non rogari, aut rogati teſtimonium dicere non poſſint, & non tam teſtibus, quam teſtimonijs creditur *l. 3. §. 3. de teſtib.* Seruum ipſa conditio reiicit & ſtatus, adeo ſecus eſſe in adſcriptitio putant, de quo videnda quæ not. *ſup. de iure p. 1ſ.* Miror à quibuſdam dubitari de monachis, qui hactenus inepte cū ſeruis comparantur; & cum teſtimonium ferre, ſit mere perſonale non poteſt iuuari, quod in inſtitutione ſerui perſona domini ſpectatur, nec concludit ratio Ioh. Fab. quod monachi nō debeant ſe immiſcere negotijs ſecularibus; hoc n. fit ex accidenti, vt coram iudice recognoſcant ſigilla: Ceterum nec cum licentia Abbatis poſſent eſſe teſtes; quod tamen admittit Faber. De muliere non
ſatis † conſtare videtur ratio; & ridiculi ſunt, 2
qui vel ad loquacitatem mulierum confugiunt, vel quod omnia lamentis ſint completuræ; quaſi vero non etiam à ſanis, & ſæpe etiam clauſa teſtamenta condantur; & quaſi ſemper teſtatores diſpoſitionem ſuam habere velint ſecretam. Neque placent, qui ex veteri iure rationem arceſſerunt, quod mulieres non haberent ius comitiorum. Vtique enim mulieres & olim teſtamentum facere potuerunt; & teſtandi illa vetus ratio nihil cum iſta noua commune habet &, teſtamentum per æs & libram à mancipationibus & contractibus per æs & libram orginem traxit. Nec verum eſt, quod Ioh. Fab. & alij ſcribunt, teſtimonium ferre in teſtamento eſſe quaſi virile & publicum officiū. Romani veteres quidem valde arcte mulieres habuerūt, & nullam pene rem ſine autore eas gerere voluerunt, ob ſexus & iudicij infirmitatem; & quod addendum eſt, quia pendet tota vis teſtamenti, a teſtium autoritate & fide; & non ad probationem ſolum, ſed etiam ad conſtitutionem actus teſtes hic pertinent; & nimirum in alijs caſibus & in iudicijs quicunque admittuntur ad teſtimonium; quoniam iudex cognoſcit & ſtatuit, quantum cuique ſit habendum fidei, qua de cauſa nec infames penitus excluduntur *leg. 3. in princip. & §. 1. 2. 3. 4. & l. quæſitum 13. de teſtibus.* Atquin vbi Lex certum numerum teſtium, ad actum aliquē definiuit, non licet iudici poſt inquirere & reiicere teſtes, quos Lex non improbauit. Et in hanc ſententiam *Scholiaſtes ad Harmenop. lib. 1. tit. 6 § 52.* annotat οἱ παλαιοὶ νόμοι τὰς γυναῖκας ἐν μὲν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις, μὴ μαρτυρεῖν αὐτὰς ἀπεφήναντο. Excludi nimirum mulieres ijs caſibus, quibus teſtimonij dictio ad conſtitutionem actus pertinet. Quin hoc am-

amplius ego exiſtimo, vbicunque exigit Lex certum numerum teſtium ad faciendum actum aliquem, toties inter eos teſtes & in eo numero mulierem eſſe non poſſe; quoniam Lex omnimodo requirit teſtes fide dignos, & exceptione omni maiores, cuiuſmodi non habentur mulieres iure noſtro, & facit, quod cum, vt ſup. diximus, teſtandi ratio per æs & libram, à contractibus, & mancipationibus occaſionem habuerit, conſequenter in mancipationibus nullis, mulier teſtis eſſe potuerit. De quo accuratius hoc loco agere iam non libet, nec patitur inſtituti ratio. Efficitur autem (vt hoc ſaltem addamus) nec in codicillis quidem teſtem eſſe poſſe mulierem, cum & ibi Lex omnino requirat quinque teſtes *l. vlt. Cod. de iur. codicill.* idque nominatim ſcribit d. loco Scholiaſtes: vtcunq; Dd. communiter in contrariam iuerint ſententiam. Sed an cæcus poterit eſſe teſtis? Et licet h. §. omiſſus, tamẽ magis videtur non poſſe, per notata hic à Weſembecio, quod nec teſtatorem videre, nec ſignum recognoſcere poſſit, quæ requiruntur *l. 9. C. h. t. l. 1. quemadm. teſt. aper. fac. l. 15. §. cæcum. de poſtul.*

3 *Improbos inteſtabileſque.*] Deſcriptio † ab effectu eſt in *L. cum Lege 26. h. t.* Secundum quam inteſtabilis eſt, qui nec dicere poteſt teſtimonium nec teſtimonium ipſi dici, quod tamen per productionem quãdam receptũ videtur. Et an igitur poterit inſtitui hæres? Quæſtio in eo eſt an dicatur hæredi quoq; perhiberi teſtimonium; quod ſi dicimus, iuxta *d. l. 26.* inteſtabilis hæres inſtitui non poterit; & cũ profiteatur Iuſtinianus in *§. ſed neq; 10. infr. h. t.* totum negotium agi hodie inter hæredem & teſtatorem, recte dicimus, hæredi quoq; teſtimonium perhiberi; An hoc accipimus ſtrictiꝰ, & teſtimoniũ perhiberi ei magis proprie dicimꝰ, qui negotiũ ipſe agit & teſtes aduocat: cũ hæres ſæpe ꝓ agatur, & ſe inſtitutum ignoret. Et ſane in *l. is cui. 18. h. t.* inteſtabilis dicitur, qui nec poteſt facere teſtamentum, nec ad illud adhiberi; neque omiſiſſet ICtus, ſi neque hæredem inſtitui poſſe putaſſet: & aliquid facit, quod omnes hoc §. enumerati hæredes inſtitui poſſunt; vt neque ab his excipiendus videatur inteſtabilis; qui alias non ſatis recte referretur inter exceptiones iſtius regulæ in *princ. §.* & quæ eſt de iis, qui hæredes inſtitui poſſunt. Et tamen Friderici noua ſanctio in *authent. credentes. Codic. de hæretic.* ita explicat inteſtabilem, qui nec teſtandi habeat licentiam, nec ad hæreditatis ſucceſſionem accedat; aut an forte illud reſtringimus ad hæreticũ, nec enim neceſſe eſt omnes inteſtabiles vnam habere naturam & conditionem. Conuenit tamen cum d. auth. cõſtitutio Theod. in *l. 3. C. de apoſtat.* vbi diſponitur, vt hi ſint inteſtabiles, quippe quibus hæc tria interdicuntur, vt nec perhibere teſtimonium, nec teſtamentum facere poſſint, nec vlli ſuccedere in hæreditate. Facit etiam quod in *l. Imperialis 23. ſed & 3. Cod. de nupt.* mulieribus ſcenicis poſt Imp. reſcriptum permittitur, vt & teſtamentum poſſint facere, & aliis ſuccedere; quod negatum vtrumque illis ante videtur, & habitas iſtas fœminas pro inteſtabilibus, probabile eſt. Ita & conſtitutione Theodoſij in *l. 4. 4. Cod. de his, qui ſup. rebus.* hæretici iubentur eſſe inteſtabiles: Ex SC. damnatus ob errorem famoſum *d. l. 18. §. 1. h. t. l. Lex Corn. 5. §. ſi quis 9. de iniur.* vbi hoc legi tribuitur; & ſæpe concurrunt circa idem Lex & SCtum. Aliam ſpeciem ex L. 12. tabul. refert *Gell. 5. cap. 13.* ſed corruptis verbis Leg. 12. tabb. quæ felicius quam Cuiacius hic, reſtituit *Marcillius ad cap. 5. L. 12. tabularum. Qui ſi ſint conteſtarier, libripenſue fuerit, ni teſtimonium fariatur, improbus inteſtabiliſque eſto.* Præcipuæ nimirum perſonæ in actu mancipationis erant, libripens & anteſtatus, qui dicebatur teſtis per aurem tractus; proinde hi ad teſtimonium actui perhibendum, vel præcipue obſtringebantur, & adeo ſi poſtmodum teſtimonium ferre nolint, peſſima fide agere credebantur, de quo inteſtabilium genere agit Theophil. licet *Harmenop. li. 1. tit. 6. §. 59.* prohibetur, inquit in teſtamento teſtis is eſſe, qui cum ſe teſtamento alicuius ſubſcripſerit, (eſt quiddam

 ſimi-

ſimile genus, ſed non idem, ſublata veteri mancipandi ratione) poſtea teſtimonium ferre recuſat, qui in alio teſtamento prohibetur ferre teſtimonium, ſed & teſtari, & alio teſtamento capere. Ex quo iterum confirmatur eorum opinio, qui inteſtabilem negāt hæredem poſſe inſtitui, & confirmatur quoq; autoritate Theophili, ita deſcribentis inteſtabilem, ὃς οὐκ ἰσχύει νόμως λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης, οὐδὲ δύναται αὐτὸς τοῦ διαθέσθαι μαρτυρεῖν, οὐδὲ συγχωρεῖται αὐτῷ μαρτυρεῖν ἑτέρῳ διατιθεμένῳ. vbi vides omnia illa tria. Extat id verbum apud Horat.

——Vter ædilis fuerit vel
Veſtrum prætor is inteſtabilis & ſacer eſto.

Errat autem Viglius, qui fere eundem putat fuiſſe inteſtabilem & ſacrum: hic enim impune occidi poterat, minime vero ille. Si itaque inteſtabilis nec poteſt inſtitui hæres, nō poterit referri inter exceptiones; & adeo forte probabilis erit ſententia Ioh. Fab. qui ait nullam eſſe exceptionem, ſed additionem diuerſorum caſuum.

Sed cum aliquis.] Teſtium habilitas eſt, vel
4 vera vel putatiua, † ſi quis reuera inhabilis cōmuni opinione pro habili habeatur; quæ habilitas illi æquipollet, nō ex ſe, ſed ex benignitate & conſtitutione Imp. *h. §. l. 1. C. eod.* citra q̄ ſi fuiſſet, teſtamentum ſane irritū fuiſſet, idq; aperte hic §. docet, quod liberalitate Impp. ſubuentum teſtamēto huic fuerit & proinde ineptum eſt, q̄ hic Interpp. notant, cōmunē errorē eius facere, neq; n. error iſte & cōmunis hominum opinio ſatis fuiſſet, niſi vitium conſtitutione Impp. fuiſſet ſublatum, & pro nullo habitum. Conſtitutio tamen Hadriani quæ extat in *l. 1. C. h. t.* non videtur ſatis ad hanc rem eſſe, ſi qui habitus fuerit pro libero ante apertas tabulas in ſeruitutē euictus, aut ſaltē ei fuerit controuerſia mota, hoc enim proponit Hadrianus, huc vſque controuerſiam non fuiſſe motam ſuper ſtatu. Et nimirum ſolum hoc dicit Hadrianus, ſi quis pro libero habeatur etiam num, non audiri eum, qui vbi quæritur de aperiendis tabulis, quæſtionem mouet, an a iquis teſtium liber an ſeruus fuerit. Sed ſane patet eam conſtitutionem plenius acceptam, & aperte hic §. oſtendit, ſat eſſe, ſi quis liber habeatur tempore teſtamenti faciendi, nec quod poſtea accidit, inualidum facere teſtamentum; & in genere reſpondent ICti, teſtamenti facti tempus inſpici, & quo teſtes ſignarūt, vbi de conditione eorū quæritur, an habiles ſint nec ne, nec nocere, ſi quid ijs poſtea contigerit; *l. ad teſtium 22. §. 1. h. t.* quamuis ille locus facile ita explicari poſſit, vt non noceat aliquod vitium poſtea de nouo ſuperueniſſe, veluti, ſi quis poſtmodum ſeruus, aut prodigus fiat; Secus autem, ſi tempore teſtamenti vitium occultum reuera ſubſit: Sed vt dixi, non patitur hic §. cauillationem, & oſtendit quod ſufficiat, ſi teſtamenti facti tempore ſeruus liber habitus fuerit; & forte reſpondit ita Hadrianus, quod accidiſſet ita de facto; non quod omnino conſtitutionem ſuam ad eum caſum reſtringere voluerit; aut forte poſt, per Seueri & Antonini conſtitutionem iuri priori aliquid additum, & conſtitutio Hadriani ſuppleta & producta fuit.

Quod autem de ſeruis fuit reſcriptum, ad alios caſus, quorum ratio eadem eſt, non male producunt Doctores, quid enim ſi quis impubes habitus pro pubere fuerit, ſi fœmina viriles induta veſtes, pro maſculo, ſi prodigus pro ſano? Eadem æquitas & ratio ſuadet, vt teſtamentum ſuſtineatur quod ſummo iure inutile videbatur. Neque quod ad illud de ſeruo attinet, obſtabit, quod ſeruus interim declaratus non poſſit recognoſcere ſigillum. Neque eo confugiendum erit, cum Dd. vt pro cautela inſtrumentum per Notarium ſuper teſtamento conficiatur; quo facto nō ſit opus interrogari rurſus teſtes; quæ obſeruatio procul dubio olim fuit incognita. Dicā potius ex quo ſuccurſum eſt teſtamento per conſtitutiones, ne hęc effectu careāt, poſſe de facto ſeruū recognoſcere Sigillum, quod impreſſit, cum pro libero habebat; vt fictione iuris tēpora coniungantur, aut cum Viglio dicam, non ob id corruere teſtamentū, ſi omnes nō poſſint agnoſcere ſua ſigil-

ſigilla, quid enim ſi vnus aut etiam plures mortui ſint? Et docet *l. ſancimus 27. C. h. tit.* quod nec lapſu decennii teſtamentum ruat: intra quod ſpatium plures teſtes vtique mori facile poſſunt: quod contra opinionem communem latius defendit hic Viglius, vbi etiam reſpondet ad *l. 4. & ſeqq. quemad. teſtam. aper.* nimirum recte id fieri, vt ſignatores conuocentur ad agnoſcenda ſigilla certioris probationis gratia: non autem eſſe iſtud præciſe neceſſarium, & vt præſertim adſint omnes, & qui per naturam adeſſe non poſſunt: ceteroquin ob alios quoque caſus, quæ accidere poſſunt, veluti ſi vnus teſtis, cæcus, ſurdus aut mutus, aut furioſus effectus fuerit, nimis facile & pleræque conuellerentur vltimæ voluntates. Et vtcunque admittamus, publicari teſtamenta ſolita ideo fuiſſe, vt quamprimum teſtes interrogari poſſent (& tamen potius hac de cauſa factum id contendit Viglius, vt actis publicis inſinuatio fieret,) tamen non protinus hinc poteſt effici, quod vno forte ex teſtibus ante defuncto, nullum plane fuerit teſtamentum & irritũ: quam opinionẽ Viglii Mynſinger probat, quin & eã proponũt Ioh. de Plat. & Ioh. Fab. h/c, vt adeo verum non videatur, q Viglii opinio ſit [Greek], vt ipſe eam appellat. Recte autem idem Fab. ait hoc procedere in teſtamento, in quo plures adhibentur teſtes, ſecus in iis actibus, qui duobus teſtibus contenti ſunt. An autem conſtitutio huius §. etiam procedit in teſtamento nuncupatiuo? Magis negandum putat Viglius: Sed affirmat Ioh. Faber, pro quo facit ratio huius §. Addo Angelum plenius diſtinguentem *h. §. n. 2. 3. & 4.*

Catonio Vero.] In aliis & vulg. habetur *Catoni*: alii tantum habent *Catonio*, vt & fere exemplaria *in l. 1. C. h. t.* vbi tamen Goth. edidit, *Catonio Vero*, quod & Theoph. hic exprеſſit.

Ex ſua liberalitate.] Theoph. [Greek]. Quidam codd. habent *libertate*, inepte: quamuis hoc explicet ita Accur. & referat ad putatiuam libertatem ſerui. Inepte & hoc nomine à veteribus Interpp. reprehenſus recte.

Omnium conſenſu.] Ciuiliter hoc accipiendum: nec enim præciſe neceſſum eſt, omnes conſentire: ſed ſufficit communiter & à maiore parte populi pro tali haberi, quæ cõmuniſſima omnium ſententia eſt, arg. ſimilium caſuum, vt *in l. 3. in pr. ad SC. Mac. ed. l. 3. §. 2. de teſtib.* ibi *conſentiens fama.* Putat tamen Faber vitiari teſtamentum, ſi teſtator vitium ſciuerit: quippe qui ſibi imputare debeat, quod talem teſtem aduocari curauerit: & ob id indignus, cuius voluntati ſubueniatur, & amplius probabilis eſt ſententia *Ang. in fi. h. §.* ſi teſtator ſaltem ſcierit quoſdam dubitare de teſtis perſona, vitiari teſtamentum, quia debuiſſet curare vt idoneus alius aduocaretur, vnus autem vel alter teſtis ſi ſciat, & nullam tum controuerſiam moueat, nihil id nocere magis putat idẽ Faber, qui & hoc amplius addit, procedere huius §. diſpoſitionem, ſi vnus vel alter teſtium huiuſmodi vitio laboret: ſecus ſi laborent omnes: dixerim nec valere ſi laborent ſex: vt vtique ſaltem duo ſint habiles omnimodo: & facit, quod ſingulari numero vtitur Iuſtinian. in pr. §. *ſed cum aliquis.* Plura addere non libet, & nimis hic diffunditur Ioh. Fab. & tractat materiam *l. Barb. de offic. præt.* & nimis late extendit, quod h. §. & *d. l. Barb. 3.* traditur. Et teſtamento hic ſpecialiter ſuccurritur, & in *d. l. 3.* hoc inſuper concurrit, quod ſeruus qui fuit prætor, creatus ab ipſo populo, habuit titulum: itaque ſi citra vllam legitimam titulo tenus creationem ſe quis gerat, v. c. pro Notario, licet pro tali habeatur vulgo, vix puto, quæ geſſit, habitura vim & momentum.

TEXTVS.

7. Pater, necnon is qui in poteſtate eius eſt, item duo fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt, vtique teſtes in vno teſtamento fieri poſſunt: quia nihil nocet, ex vna domo plures teſtes negotio alieno adhiberi.

COMMENTARIVS.

Ratio dubi eſſe poterit, quod duo vel plures in vna familia, poſſint videri conſpi-

taturi in vnam ſententiam, in præiudicium veritatis. Sed nemo gratuito malus eſt, & alieno negotio adhiberi eos proponimus, & in quo non agitur de eorum commodo: & ſi indulgere liceat ſuſpicionibus corruptionis, ab his nemo immunis erit. Idem reſponſum eſt *in l. ad teſtium 22. in princ. h. t. & in l. pater 17. de teſtib.* ex quo loco apparet, id non eſſe ſpeciale in teſtamento, ſed idem in aliis negotiis obſeruari. Quin autem filiusfamilias poſſit eſſe teſtis, non eſt dubitandum, cum teſtimonium publica autoritate magiſtratus denuntietur, & proinde impedire hoc patria poteſtas non poſſit: arg eius, quod paſſim eſt receptum, filiumfamilias in publicis cauſis pro patrefam. haberi *l. in priuatis cum l. ſeq. de iudic. l. vlt. D. de his qui ſunt ſui iur.* Et fictio, quod pater & filius vna habeantur perſona, alio, & fere ad ius adquiſitionis pertinet, fruſtra autem huc adducitur.

TEXTVS.

§. In teſtibus autem non debet eſſe is qui in poteſtate teſtatoris eſt, ſed ſi filiusfam. de caſtrenſi peculio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater eius recte adhibetur teſtis, nec is qui in poteſtate eiuſdem patris eſt: reprobatum eſt enim ea in re domeſticum teſtimonium.

COMMENTARIVS.

1 *Filius emancipatus an poſſit eſſe teſtis patri teſtanti.*

2 *An pater recte teſtis in filii teſtamento.*

DIximus ſup. *ad §. teſtes*, inhabilitatis teſtium cauſam eſſe vel communem vel ſpecialem. Illa eſt propter quam ſimpliciter vbique in teſtamentis omnium teſtes eſſe prohibentur: hæc autem à quibuſdam tantum teſtamentis excludit, & eſt duplex alia à iure poteſtatis, de qua h. §. altera à lucro & commodo, quod quis ex teſtamento conſecuturus eſt, de quo *in §. ſeq.* Ius rurſus poteſtatis impedit teſtimonii perhibitionem, vt ita dicam, † paſſiue & actiue, iuxta hunc §. vt 1 nec filius, in patris, nec pater in filii teſtamento, poſſint fungi teſtium officio. De priori ita hic affirmat Iuſtinianus in teſtibus non debere eſſe, qui eſt in poteſtate teſtatoris. Et igitur loquitur de ſuo, qui aut eſt inſtitutus, & iuxta §. ſeq. propria ratione heres eſſe non poteſt, aut eſt præteritus, & teſtamentum ipſo iure nullum eſt, aut eſt exheredatus, & hic nihil videtur obſtare, quo minus recte ſit teſtis, cum etiam filiusf. ſua manu ſe exheredem ſcribere poſſit ſaluo teſtamento. *l. non putauit 8. §. 6. de bon poſſ. cont. tabb.* Sed nimirum ponamus teſtamentum eſſe clauſum, nec cuiquam conſtare quid eo contineatur; & in his terminis iſta quæſtio formanda eſt, & nihil videtur obſtare niſi ius poteſtatis, quod fictione quadam inducit vnitatem inter patrem & filium, quod hic & Viglius notat, cui accedit, quod is nullibi poteſt eſſe idoneus teſtis, cui imperari poteſt *l. idonei 6. de teſtib.* Quid igitur, ſi filius ſit emancipatus? Sit magis putarim eum teſtem eſſe poſſe: quoniam non conſideramus quod ille ius vel quam actionem aut remedium forte habeat contra teſtamentum patris, ſed quærimus an perſona ſit habilis, vt ne propter eam teſtamentum ſit nullum, & aperto id demum teſtamento apparet, an rite ſit teſtatus pater quo ad alia, quæ ad teſtium adhibitionē non pertinent, & hic attenditur ius ciuile, quo emancipatus nullum ius ſuccedendi habet, quod nec hodie in caſu teſtati mutatum eſſe, oſtendam *in §. ſed hac ſ. infra de exhered. lib.* Sed & vt maxime hic aliquid mutatum eſſet, attamen quæ iam dixi, oſtendunt, inde minime inferri poſſe, ad negandum hoc filio emancipato, & inferendum, quod teſtis eſſe non poſſit: Nec ſine cauſa hic nominatim adieciſſe videtur Iuſtin. *qui in poteſtate.* & idem ICtus *in l. qui teſtam. 20. in fin. pr. h. t.* & in §. *ſeq.* aliquoties ſit mentio heredis, & qui ei per poteſtatem coniuncti ſunt. Accedit, quod nuſ-

nuſquam legimus prohibitum, fratrem in teſtamento fratris teſtem eſſe poſſe, ſi alter emancipatus ſit; eadem autem ratio eſt fratris qui eſt in eiuſdem poteſtate, quæ & patris, vt docet *hic §. & d. l. 20. §. per contrarium 2. eod.* Tanto minus dubitandum eſt, quod filius poſſit eſſe teſtis in teſtamento matris, & vice verſa. Nec obſtat *l. parentem 6. Cod. de teſtib.* non quod ibi agatur de filio in poteſtate, non etiam quod de teſtimonio contra parentem ferendo, ſed quod ille locus pertinet ad cauſas iudiciales, in quibus agitur de lucro pecuniario & intereſſe patris, quod facit ſuſpectum teſtimonium filii pro patre, quandoquidem emancipatio amorem & affectum naturalem minime tollit; quæ ratio ceſſat in teſtamentis: neque enim hic quidquam adquiritur teſtatori, ſed hoc tantum agitur, vt diſpoſitio eius valida ſit, cum etiam exitu & effectu inſpecto teſtimonium potius heredi perhiberi videatur. Et vt recte Viglius, ad teſtamenta ſignanda fere amici adhiberi ſolent: cum alias in foro amici teſtimonium ſit ſuſpectum *l. 3. in prin. de teſtib.* vt vitioſe hinc ad teſtamenta argumentum ducatur. Ex his apparet nec eſſe dubitandum, quin nulla hic ſit prohibitio, à paternitate quæ dicitur ſpiritualis, ob ſuſceptionem ex ſacro fonte: multo minus ob id, quod præceptor fuit: quem vt Iuuen. ait,

——ſancti voluere parentis

Eſſe loco.

e *Sed ſi filiusfam.*] Fuit prima † quæſtio, an filius poſſit eſſe teſtis in teſtamento patris. Sequitur altera, an pater in teſtamento filii, quo ſcilicet caſu teſtari poteſt, & nimirum de caſtrenſi peculio, de qua re pluribus agemus, *tit. 12.* Et aut teſtatur filiusfam. iure communi, aut iure priuilegiato militari: Illo caſu pater eſſe non poteſt teſtis h. §. qui agit nominatim de milite teſtamentum faciente poſt miſſionem, qui iure militari teſtari non poteſt, vt docet *tit. ſeq.* Hoc poterit pater eſſe teſtis, de quo caſu omnimodo accipiendus eſt textus *in l. 20. §. h. tit.* & vtique recte ita accipi poteſt, cum indefinite loquatur, & perſpicue ineptus eſt Hottomannus qui iſta loca inter ſe conciliari poſſe negat, & perſpicue falſum eſt, quod ait, non niſi in dimiſſis & veteranis caſtrenſe peculium appellari. Vtique enim filiumfam. militantem & adhuc in expeditione & numeris degentem teſtamentum tanto magis condere poſſe, quam dimiſſum, certiſſimum eſt, at non poterit teſtari niſi de caſtrenſi peculio. Porro priori illi caſui qui hoc §. proponitur non obſtat, quod filiusfam. in caſtrenſi peculio pro patrefam. habeatur: atquin emancipati, qui paterfam. eſt, teſtamento pater teſtis eſſe poterit, ſiquidem, plus eſt quod emancipatus recte teſtis eſt in teſtamento patris, vt paulo ante probauimus.

Etenim aliud eſt vere eſſe patremfamil. & quo ad omnia; aliud ſecundum quid pro patrefam. haberi; Extra diſpoſitionem de caſtrenſi peculio, quo ad reliqua miles pro patrefam. non habetur, & priuilegia plurima conceſſa diſpoſitioni caſtrenſi & in expeditione fuerunt, vt nec patriæ poteſtatis ratio haberetur. In aliis omnibus, vt dixi, ſecus eſt. Et hoc eſt, quod ait mox Iuſtin. reprobatum in ea re eſſe domeſticum teſtimonium, vt ſignificet, eum qui communi iure teſtatur, haberi hactenus pro domeſtico, vt non poſſit pater eſſe teſtis. Ait Iuſt.

In ea re.] Scilicet in teſtamenti factione. Et an igitur in ceteris cauſis & in iudicialibus non erit reprobatum? Imo vero magis, vt prædiximus. Et hæc eſt ſententia Iuſtin licet hic non conſideretur intereſſe pecuniarium, ſicut in cauſis forenſibus, tamen prohiberi hic teſtamentum, ſaltem propter ius poteſtatis, & quaſi vnitatem perſonarum, idque rectiſſime expreſſit hic Theophil. τὴν, inquit, οἰκειακὴν μαρτυρίαν οὐκ ἐπὶ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐπὶ τῆς [illegible] λαμβάνομεν: Scilicet in hac materia. Et nimirum vt teſtimonium domeſticum hic ſtrictius vſurpetur, quam in cauſis iudicialibus in quibus omnes illi teſtes domeſtici dicuntur,

cuntur, qui ita coniuncti ſunt v.c. reo, vt in eius gratiam aliquid dicturi videantur, vel non dicturi. Et hinc *Duar. 1. diſp.* 28. domeſticorum appellatione comprehẽdit omnes, qui ſunt ex agnatione. Quod tamen non facile admiſerim. Et ex alio fundamento quam domeſticitatis proxime coniunctorum teſtimonium reprobari poteſt, & tamen nec plane improbatur, ſed ob coniunctionem fides aliqua imminuitur. Nec rurſus, vt alii, domeſticitas in materia iudiciorum, poteſtatis ſolius iure æſtimanda & ita reſtringenda eſt, quippe cum libertos & mercenarios (quibus aliqua imperari poteſt, & qui in vna domo morati ſolent) domeſticorum appellatione contineri probant *l. perſpiciendum* 11. §. 1. *de pœn. l. ſi libertus* 89. *de furt.* de qua re alibi plenius tractatur.

TEXTVS.

9. Sed neque heres ſcriptus, neque is qui in poteſtate eius eſt, neque pater eius qui eum habet in poteſtate, neque fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi poſſunt: quia negotium hoc totum, quod agitur teſtamenti ordinandi gratia creditur hodie inter teſtatorem & heredem agi. Licet autem totum ius tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem, & qui per poteſtatem ei coniuncti fuerant, à teſtamentariis teſtimoniis repellebant: hæredi autem & iis, qui per poteſtatem ei coniuncti fuerant, concedebant teſtimonia in teſtamentis præſtare, licet ii qui id permittebant, minime hoc iure eos abuti debere ſuadebant: tamen nos corrigentes eandem obſeruationem, & quod ab illis ſuaſum eſt in Legis neceſſitatem transferentes, ad imitationem priſtini familiæ emptoris, merito nec heredi, qui imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris obtinet, neque aliis perſonis, quæ ei, vt dictum eſt, coniunctæ ſunt, licentiam cõcedimus, ſibi quodammodo teſtimonia præſtare: ideoque nec eiuſmodi veteres conſtitutiones noſtro Codici inſeri permiſimus.

COMMENTARIVS.

1 *De veteri familiæ emtore.*
2 *Heres olim an teſtis.*

Alia hæc eſt prohibitionis ſpecialis cauſa, à lucro, quod quis ex teſtamento ſperat, quod maximum in eo heres inſtitutus eſt. Deſiderat autem hic §. accuratiorem † interpretationem, vt intelligatur ratio differentię, quæ ex iure veteri inter emptorem familiæ & heredem hoc §. proponitur. 1 Si emptionis finem & ſcopum ſpectamus, emptá res & quod emitur ad emptorem ſpectare, & ei tandem adquiri oportet. Idque ipſum in mancipatione familiæ, de qua hic & in *§. 1. ſup. h. t.* vbi quis teſtabatur per æs & libram, obtinuiſſe initio conſequens eſt, vt videlicet emptor familiæ effectu poſt mortem teſtatoris bona eius cõſequeretur, idque hoc ipſo §. Iuſtinianus docet, dum ſcribit, heredẽ hodie obtinere imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris, id eſt, antiquitus ipſum familiæ emptorem reuera heredem fuiſſe. Sed cum iſtud periculoſum viſum eſſet, vitæ teſtatoris, & aliis quoque de cauſis expediret, & præſertim declinandæ inuidiæ & odio eorum, qui hereditati inhiabant, & proximi ab inteſtato erant, receptum fuit, vt palam quidem ſolemnitatis implendæ gratia adhiberetur emptor familiæ, ſed in tabulis clam alius heres ſcriberetur cui emptor familiæ, bona reſtituere cogeretur, contracta ſuper hoc fiducia: licet forte poſt obtinuerit, vt heres ſcriptus recta ſuccederet. Et hinc duo illa, quæ fuiſſe neceſſaria in teſtamento olim refert Vlp. mancipationem familiæ & nuncupationem, vt quis tabulas teſtamenti tenens, conteſtetur, iſtam eſſe voluntatem ſuam:

Digitized by Google

ſuam: quæ alias à mancipatione omnino videbatur aliena. In hanc ſententiam Theoph. optime ad §. l. h. tit. ἐπειδὴ ὁ φαμιλιαέμπτωρ αὐτὸς ἦν κληρονόμος, καὶ ἐντεῦθεν λοιπὸν γινόμενον, ὅτι αὐτὸς ἔσται ἀντίδικος, ἐπειδὴ ἦν τῷ δεσπότῃ τῆς οὐσίας: διὰ τοῦτο κατὰ μὲν τὸ ἀρχαῖον σχῆμα, παρελαμβάνετο φαμιλιαέμπτωρ, ὅστις εἰκονικῶς ἠγόραζε, τὰ τοῦ μέλλοντος τελευτᾶν ὑπάρχοντα: ὁ δὲ διαδεξόμενος ἰδίᾳ ἐν γραφῇ, ἐν διέλτοις ἢ ἐν χάρταις, ὅστις ἤλλετο ἔσεσθαι ἑαυτῷ κληρονόμον. Hanc rationem non intellexit ſummus vir Plutarchus, qui *in lib. de ſera num. vind.* ſentit, Romanos, alios relinquere heredes, & aliis vendere ſubſtantiam ſuam. Et ſubiungit, ὃ δοκεῖ παράλογον, quod videtur abſurdum. Il-
2 lud autem ſcrupulum habet, quod † Iuſtin. ait, veteres interdicta teſtimonii dictione emptori familię, heredi tamen id conceſſiſſe, ſuaſiſſe tamen ne eo iure abuteretur. Etenim aut ignoratur quis ſit heres, & non poterat illi ſuaderi, vt abſtineret à dictione teſtimonii: aut conſtabat de eo, & ſciebat quis, eſſe ſe heredem, (neque enim neceſſe & de eſſentia teſtamenti erat, ignorari heredem) & abſurdum videtur, habitam maiorem ratione̅ ſubtilitatis fuiſſe, & imaginis quam veritatis: & agebatur enim tantum imaginarie negotium inter teſtatorem & emptorem familiæ, commodum autem ad ſcriptum heredem reipſa pertinebat. Et contra facit, quod Vlp. ſimpliciter ait *in l. 20. h. t. in pr.* eum non poſſe eſſe teſtem, qui heres eſt inſtitutus: idque non recte reſtringi ad teſtamentum prætorium, ſed imo referendum quoque eſſe ad illud quod per libram & æs fiat, ſuadere videtur, quod in *tit. 20. de teſtam.* ſcribit ipſe Vlp. ſua ætate, hoc per æs & libram teſtandi genus fere tantum fuiſſe in vſu: niſi quis putet, à Triboniano *d. l. 20. in pr. h. t.* interpolatam fuiſſe. Plane Cicero in orat. pro Milone ſcribit, ſe obſignaſſe teſtamentum Cyri, à quo heres ſcriptus fuerat. Quidquid eius ſit, non magnopere iſta Iuſtiniani conſtitutione fuit opus, vt ne in teſtamento teſtis ſit heres: ſiquidem illa veterum traditio, habuit tantum locum in teſtamento, quod fiebat per æs & libram: quod iam longe ante Iuſtinianum in vſu eſſe deſiit. Inſigniter autem hic errat Accurſ. qui quod olim heres teſtis eſſe potuerit, refert ad teſtamenta, quæ calatis comitiis & in procinctu fiebant.

Neque heres, neque is.] Hoc ante monuimus, eandem rationem hactenus eſſe, patris & filii in poteſtate: itaque prohibito herede conſequenter, & pater eius in cuius poteſtate eſt, & liberi in poteſtate, prohibiti cenſentur, vnde & mox cum dixiſſet emptore̅ familiæ non potuiſſe eſſe teſtem, idem fuiſſe ait in coniunctis ei per poteſtatem, quod & rurſus ex iure veteri de herede, & ei per poteſtatem coniunctio repetit.

Creditur hodie.] Duplex ſententia eſt. 1. Quod poſtquam præter emptorem familiæ verus heres in tabulis ſcribi cepit, reuera & effectu negotium inter teſtatorem & heredem actum fuerit: & quod propterea non debuerit permitti heredi, vt teſtis eſſet in teſtamento: atque adeo id valebit ad improbandam veterum illam permiſſionem. 2. Quod ſublata veteri teſtandi ratione per æs & libram, negotium omnimodo agatur cum herede, cum antea imaginarie ageretur cum emptore familiæ. Quod magis videtur conuenire ſententiæ Iuſtiniani: ſed ita vt paulo ante monui, inſubtiliter de veterum permiſſione ſubiicitur, cui diſputationi poſt ſublatum teſtamentum per æs & libram, in teſtamento prætorio, vel mixto non datur locus.

Familiæ emptorem repellebant.] Abſurdum enim ſit, ipſum qui emit, & contrahit cum aliquo, teſtis officio fungi: vtcunque igitur familiæ emptor, non eſſet verus emptor, tamen quia agebatur cum eo negotium in ſpeciem; teſtis ob id eſſe non poterat.

Heredi autem.] De hoc paulo ante diximus, & rationem dedimus.

Sibi quodammodo.] Quia in rei veritate heres erat, ad quem bona pertinebant.

TEXTVS.

10. Legatariis autem & fideicommiſſariis, quia non iuris ſucceſſores ſunt,

 & aliis

& aliis perſonis eis coniunctis, non denegamus teſtimonium: imo in quadam noſtra conſtitutione, ſpecialiter & hoc eis conceſſimus, & multo magis iis qui in eorum poteſtate ſunt, vel qui eos in poteſtate habent, huiuſmodi licentiam damus.

COMMENTARIVS.

1 *Legatarius an recte teſtis.*
2 *De ſententia l. 14. de reb. dub.*

DIximus ante, ob lucrum, quod quis ex teſtamento ſperat, non poſſe eſſe teſtem: quæ ratio etiam repellere videtur legatarios & fideicommiſſarios. Equidem verum eſt, negotium agi inter teſtatorem & heredem, non cum legatariis, & hos non eſſe ſucceſſores iuris neque legata ad eſſentiam teſtamenti quidquam pertinere, quæ à pleriſque, ad obiectionem hanc remouendam afferri ſolent, & ipſe imo Iuſtin. hoc loco. Sed plane vt alicui non ſit ius ferendi teſtimonii in cauſa propria, ſatis eſt titulo quoque ſingulari rem ad ipſum perueniſſe; & legatum vtique donatio eſt, neque donatarius, vbi de facta donatione quæritur, idoneus eſſe poteſt teſtis. Et cum ruente teſtamento ſimul ruant legata, non poteſt negari quin legatarii ſimul de commodo ſuo teſtentur. Et adeo fatendum eſt, hoc ita receptum iure ſingulari fuiſſe *h.* §. vbi Iuſtin. ait ſe hoc *ſpecialiter* conceſſiſſe, *& l. dictantibus* 22. *C. h. t.* idque non nouiter per Zenonem conſtitutum, ſed iam ante obtinuiſſe, probat *l. qui teſtamento in princ.* 20. *h. t* *& l. ſi quis* 14. *de reb. dub.* neque enim aliud ſunt ſignatores quam teſtes, vt notant etiam *Forner. 2. ſelect. 12. Duar. & alii in l. Pamphilo* 39. §. 1. *de legat.* 3. Eſt autem *in d. l.* 14. obſcura ratio ICti, quia, inquit, ipſum teſtamentum confirmatur teſtibus adhibitis. An eo id pertinet, vt non videatur legatum incertis perſonis, his verbis, *illis, qui teſtamentum meum ſignauerint*, quod nimirum ſignando poſt certi fiant? An quod heres non debeat improbare hoc legatum, cum hoc debeat teſtibus, quod confirmato teſtamento, ipſe conſequitur hereditatem, vt legatariis poſtea cum eo agentibus improbe ſit recuſaturus legatum, cum ſi citra eos eſſet, non futurus fuiſſet heres: & improbe iis obiecturus, quod teſtati ſint ſuper cauſa propria, cum ipſe per ipſorum teſtimonium ſit bona vniuerſa conſecutus. Quæ forte non inſubtilis ſit ratio iſtius iuris, quod hoc §. proponitur. Nam ſiue conſideremus facti teſtamenti tempus, ſiue eius aperti, teſtes tantum de voluntate defuncti, & facto ſuo deponunt: poſt autem cum legatum petunt, negotium ipſis eſt cum ſolo herede, qui vt dixi iis obiiciat improbe, quod teſtimonium in ſua cauſa perhibuerint. Accedit, quod, vt ſupra diximus, fere amici ad ſignandum ſolent adhiberi: nec errare videntur, qui putant hinc explicandum, quod eſt *in d. l.* 39. §. 1. *de legat.* 3. *arceſſitis amicis*, quod eleganti Symmachi loco illuſtratur *lib.* 10. *Epiſt.* 55. (alias eſt 92.) ad Theodoſ. vbi legatum tale vocat tenuem honorem, quo ſubſcriptores ob amicitiam defunctus adſperſerat: Ceteroquin, inquit, ſi his LL. viueremus, (vt ſcilicet nihil legare liceret ſubſcriptoribus) inimicis ſignatoribus tutius vteremur: & mox: quis non familiariſſimum quemque ſignandis adhibet, cum extrema conduntur. Neque dubium aut controuerſum hoc ius fuiſſe colligi ex illa Epiſtola poteſt, cum obiectionem illam appellet, inanem calumniam: & ſolum poſt humanam memoriam emerſiſſe dicat. Rationalem, qui hoc ius in dubium vocarit. Et adeo errat perſpicue Goth. ſcribens ad *d. l. dictantibus* 22. *C. h. t.* olim legatum teſtes accipere non potuiſſe ex Liboniano SCto, nullo autore: & magis errat, ſimul & imponit lectori, dum hoc improbiſſimum genus falſi *Plinio* 2. *epiſt. vlt.* dici ait: cum imo contra probetur ex ipſo illo loco: Iam tum legari teſtibus potuiſſe: enimuero falſi genus improbum vocat Plinius, ſi quis artibus malis inducat teſtatorem vt ſibi aliquid leget. Neque

que vera ratio iſtius iuris eſt, quam ibidem adducit Gothofredus, quod teſtes fere ignorent ſibi aliquid legatum eſſe: nam etiam heres ignorat ſæpe ſe inſtitutum eſſe, neque hæc adeo ratio poſſit defendere legatum teſtium, ſi non alia adeſſet. Quin hæc communis Interpp. *in d.l.22. C.h.t. & in h.§.* quam Viglius quoque & Hottoman. probant, & vera ſententia eſt, hoc quoque in teſtamento nuncupatiuo habere locum: idque modo dicta confirmant. Idque minus dubium habet, ſi teſtamentum nuncupatiuum in ſcripturam fuerit redactum per Notarium: quo deficiente ſane cum legatarii teſtes, recta ferant teſtimonium de eo quod eſt ſibi relictum, non abs re eſt, quod mouet Viglius perinde habendum, ne ſi ſibiipſis legatum adſcripſiſſent. Et tamen putat hoc non obſtante propter numerum ſeptem teſtium, cum in codicillis legata & fideicommiſſa relinquantur (in quibus quinque teſtes ſufficiunt) poſſe ſuſtineri & hic legatum. Et hoc quoque, nimirum tantus numerus teſtium, tot aliæ ſolemnitates, & fauor vltimarum voluntatem inſuper hoc ius defendunt; non ſatis autem capio rationem, quam ex Lorioto adducit Mynſ. quod cum teſtis in teſtamento non ſit niſi voluntarius, ſi illi nihil legari poſſet, præſumeretur inuitus.

Fideicommiſſarius.] Scilicet particularibus, qui recte cum legatariis conferuntur. Secus eſt in vniuerſalibus fideicommiſſariis, quibus cum vniuerſa hereditas ſit reſtituenda ex iuſſu defuncti, & in eos ex SCto Trebell. omnia iura tranſeant, poſſunt ii videri, imo ſunt, iuris ſucceſſores: & hoc vno ore omnes Interpp. hic notant.

Quia non iuris ſucceſſores ſunt.] Ius hic in ſpecie ſumitur, pro iure vniuerſo: Ceteroquin eſt & ius particulare, quod ſane legatarius habet: & videtur hoc dicere velle Iuſtin. quod negotium agitur inter teſtatorem & heredem, non cum legatariis. Plane ſi loquamur ſubtilius, legatarii non ſunt ſucceſſores, quippe cum ex nouo quaſi contractu per aditionem hereditatis legatariis obligetur heres. Et ita vt hic ſucceſſor iuris accipitur pro herede *in l.9. §. 1. de edendo.*

Quadam noſtra conſtitutione.] Quæ videlicet fuit in priori codice, poſt quem & ante ſecundum repetitæ prælectionis ſcriptæ fuerunt Inſtitutiones, in quibus non ſemel citantur conſtitutiones, quæ in poſteriori Codice fuerunt omiſſæ: & nihil agit Acc. dum intelligit conſtitutionem Græcam, aut *l. qui teſtamento 20. D. h.t.* quæ ſit conſtitutio Iuſtin. per approbationem: nec enim vnquam ita loquitur Iuſtinianus & *l. diſtantibus 22. C. h.t.* Zenonis eſt, non Iuſtiniani: quæ alias rectius poſſit hic intelligi.

Qui in eorum poteſtate ſunt.] Hæc enim, vt ex præmiſſis patet, ſemper ſe conſequuntur, vt ei qui teſtis eſſe poteſt vel non, ius quoque coniuncti per poteſtatem, vel poſſint eſſe vel non.

TEXTVS.

11. Nihil autem intereſt, teſtamentum in tabulis, an in chartis membraniſue, vel alia materia fiat. Sed & vnum teſtamentum pluribus codicibus cõficere quis poteſt, ſecundum obtinentem tamẽ obſeruationem omnibus factis: quod interdum etiam neceſſarium eſt: veluti ſi quis nauigaturus & ſecum ferre, & domi relinquere iudiciorum ſuorum conteſtationem velit, vel propter alias innumerabiles cauſas, quæ humanis neceſſitatibus imminent.

COMMENTARIVS.

Hic locus vix deſiderat interpretationem. Olim in tabulis ligneis, ſcriptas fere vltimas voluntates illud argumento eſt, quod bonorum poſſeſſio contra tabb. dicitur dari

contra lignum. Sed poſſe ſcribi in quouis ſubiecto habili, docet hic locus *& l.1. in pr. de bon. poſſ. ſec. tab. fac. l. librorum 52. in pr. de legat. 3.* adde quæ ſcribit *Plin. 13. c. 12.* olim in cera ſcribi ſolita teſtamenta docet locus *Sueton. in Caſare. reliquos in ima cera,* & Horatii. Quid prima ſecundo Cera velit verſu, ſolus multis ne coheres, Veloci percurre oculo: *add N. 44. cap. vlt.* Conſtitutio Imperii vult, vt Notarii inſtrumenta ſua ſcribant in pergameno, ſolent autem hodie fere Notarii adhiberi in teſtamentis: ſed vt adhibeantur neceſſe non eſt: quin forte nec nullum erit inſtrumentum Notarii in charta ſcriptum, magis enim monere videtur conſtitutio quam præciſe iubere. Literis autem non notis debet ſcribi teſtamentum *l. ſed cum 6. §. vlt. de bon. poſſ.* quod de teſtamento inter liberos nominatim conſtitutum eſt *N. 107. c. 1.* nec tamen ſimpliciter notæ vſitata improbatæ, veluti in deſignanda quantitate legati, arg. *l. quoties 9. §. ſed et ſi 4. de hered. inſtit.* Et ſignificat hic codex ſcripturam teſtamenti: vt apud Iuuenalem. Codice ſæuo Heredes vetat eſſe ſuos. An in vno codice poſſint ſcribi duo teſtaméta, vide Viglium hic.

Secundum obtinentem obſeruationem.] Vt videlicet omnia ſint ſolenniter confecta, atque omnia authentica, *l. 1. §. ſed ſi 7. de bon. poſſ. ſec. tab.* Ceteroquin ſi exempla ſufficerent, magna feneſtra operiretur improbis hominibus ſubiiciendi teſtamenta. Et ait Iuſtin. *vnum teſtamentum*: nam ſi ſint diuerſæ voluntates, poſterior, tantum valebit: nec enim paganus cum duobus teſtamentis decedere poteſt. Sed quid ſi cum quidem ſit inſtitutio, ſed diuerſa legata? Et cum non niſi vnum poſſit valere, etiam tantum ex vno poterunt peti legata. Quid ſi in vno exemplari Titio centum, in altero quinquaginta legata ſint? Et minorem ſummam deberi reſponſum eſt *in l. Sempronii 47. de legat. 2.* Quid ſi vnum exemplum teſtator inciderit? Et non reuocatam eſſe voluntatem, niſi probetur animo reuocandi id factum reſpondetur *in l. vlt. de his quæ in teſt. del.*

Iudiciorum.] Mentis, ſententiæ & voluntatis.

TEXTVS.

12. Sed hæc quidem de teſtamentis, quæ ſcriptis conficiuntur, ſufficiant. Si quis autem ſine ſcriptis voluerit ordinare iure ciuili teſtamentum, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſua voluntate coram eis nuncupata, ſciat hoc perfectiſſimum teſtamentum iure ciuili firmumque conſtitutum.

COMMENTARIVS.

A Modo teſtandi duæ ſunt ſpecies teſtamentorum, ſcriptum & nuncupatiuum. Ita ICtus *in l. heredes 21. §. 1. h. t. quod qui nuncupat vel ſcribit*, & in eiuſdem l. pr. heredes palam eſſe nuncupandos, ita vt à teſtibus itidem ſeptem ſimul adhibitis *l. hac conſult. 21. §. per nuncupat. C. h. t.* exaudiantur. adeo non noua iſta, ſed olim quoque recepta teſtandi forma fuit, ſecundum quam etiam prætor dedit bonorum poſſeſſionem *l. 2. C. de bon. poſſ. ſec. tabb. l. ſi ita 8. §. vlt. D. eod.* Appellat hic Iuſtinianus hoc teſtamenti genus perfectiſſimum: quatenus, vt puto, omnia ita nuncupata eundem effectum habent, ac ſi ſcripta eſſent, & cætera quoque hic obtinent, quæ in teſtamento ſcripto, excepta ſolemnitate: à qua ſi æſtimamus perfectionem, appellationem perfectiſſimi non poſſit tueri hoc teſtamentum: cum ipſe Iuſtin. *in l. in teſtamentis 26. C. h. t.* abeſſe ab hoc teſtamento fateatur, obſeruationem formalem, quæ ſcilicet conſiſtit in modo teſtandi.

Accipiendum tamen eſt ciuilem quod ait, omnem formalem obſeruationem, amputari; de ea, quæ in ſcribendo, ſubſcribendo, & ſubſignando conſiſtit. Ceteroquin, quod omnes notant, teſtes vtique rogatos, aut ſane prius oportet eſſe admonitos, cuius

ius rei gratia adhibeantur, licet non ſit neceſſum hoc prædictũ eſſe, ſub qua forma, in ſcriptis an ſine ſcriptis quis ſit diſpoſiturus, *d.l.26. in f.C.h.t* Quod ante neceſſũ fuiſſe *d.l.26.* oſtẽdit, ſed Iuſtin. mutauit; quoniã ex ipſa nuncupatione apparet, qua forma quis teſtari voluerit: ſed quid ſi de eo dubitetur; veluti ſi aliqui è teſtib. ſubſignauerint ſcripturã, q̃ teſtator adhibuit. Equidẽ ſi conſtat teſtatorem voluiſſe in ſcriptis teſtari, non valebit teſtamẽtum *l.ex ea D.h.t.* quo pertinet *l.ſi vnus 12.C.h.t.* alias ſi teſtator ſcripturam protulit, & eam oreten⁹ teſtib. prælegerit, cẽſebitur voluiſſe nũcupato teſtari; itaq; tum nõ vitiabitur, licet aliqui teſtes tantũ ſubſcripſerint, &c. Poteſt ẽt illud videri alicui⁹ imperfectionis ſignũ, quod teſtamentũ nuncupatiuũ, facili⁹ põt ad irritum redigi, ſi teſtes aliqui, imo ſi vnus præmoriatur: qua de cauſa hodie receptũ eſt cõmuniſſime, vt diſpoſitio corã teſtib. nuncupata, à Notario redigatur in inſtrumentũ, ꝙ cum fiat ſoli⁹ ꝓbationis gratia, nõ ob id deſinit eſſe teſtamẽtum nuncupatiuũ; ꝙ hic cõmuniter Interpp. notãt. Quin hodie receptũ eſt, vt Notari⁹ voluntatẽ teſtatoris in ſcheda cõſignatã teſtibus prælegat: & deinde teſtatorẽ roget, an hoc ita approbet; quo ſecuto perfectum cenſetur: ꝙ tamen fortaſſis, nõ videtur conuenire voluntati iuris; quod omnino requirit, vt ipſe teſtator omnia nuncupet; cum alias poſſit addere aliquid Notarius, ꝙ non ſatis accurate aduertat teſtator; præſertim ſi ægrot⁹ teſtamẽtum tale cõdat; idq; & Vigli⁹ hic putat; & cum nihil amplius teſtamentũ deſideret, tãto accurati⁹, quę ius ciuile requirit, obſeruanda ſunt. Tanto minus admittendum erit, vt ſine ſcheda interrogãte ſaltẽ aliquo teſtamentũ conficiatur quod tamen ſub certis requiſitis admittũt citati à Weſemb. hic, quos & ipſe ſequitur. Magis etiam cõmuniter cenſent Dd. valere teſtamentũ, ſi quis dicat coram ſeptem teſtib. velle valere talem ſcripturam, q apud Titiũ v.c. depoſuit. Quod ego minime admiſerim, cum talis ſchedula poſſit facile falſari & corrumpi; Et vtique hoc teſtamentum non eſt ſcriptum, cum ſcheda nullas habeat ſolemnitates: nec nuncupatiuum: quoniam hic teſtatorem palam hæredes & cetera nuncupare oportet l. hęredis 21. in pr. h.t.v. omnino Interp. in l. iubemus 26. C.h.t. Illud obiter addendũ, aliter hic & in *leg. hac conſult. 21. §. 1. C eod. & in l. 21. D. eod.* vſurpari verbum nuncupationis, pro expreſſione oretenus facta, & hæredis & legatariorũ; aliter vero ab *Vlp.t.20. de teſtam. §. in teſtamento* 8. ſcil. pro generali teſtatione in teſtamento ſcripto; dũ teſtator tabulas teſtamenti tenens coram teſtibus iſtam ſuam voluntatem vltimam eſſe conteſtatur.

Iure ciuili.] Quoniam teſtamentum prætorium omnino ſigna requirit.

AD TITVLVM XI. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE MILITARI TESTAmento.

TEXTVS.

1. Supra dicta diligens obſeruatio in ordinandis teſtamentis, militibus propter nimiam imperitiam eorum conſtitutionibus principalib. remiſſa eſt. Nam quamuis ij neq; legitimum numerum teſtium adhibuerint, neq; aliam ſolemnitatem teſtamentorum obſeruauerint, recte nihilominus teſtantur: videlicet, cum in expeditionibus occupati ſunt: quod merito noſtra cõſtitutio introduxit: quoquo enim modo voluntas eius ſuprema inueniatur: ſiue ſcripta ſiue ſine ſcriptura, teſtamentum valet ex voluntate eius. Illis autem temporibus, per quæ citra neceſſitatem expeditionum in alijs locis vel ſuis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale priuilegiũ

v... ſol. b... ſ... ito bello, cogita. r. d. l. 1. C. h. t. *in ... apud tunc.* quæ tamẽ incluſa ſingulæ item l. 15. *in pr. ced.*

Vel ſuis ædibus.] Videtur rectius legi: *ſedibus* quomodo & Hottom. Weſemb. & Corras. legunt, & magis probat Cui. & Vigl. vbi explicat de hybernis, vel alijs locis, ceſſante belli neceſſitate, & Theoph. expreſſit *...*. Sed ſedium nomen paulo generalius eſt: & pro vulg. facit, quod *Cuiacius conſult.* 49. notat in Baſilicis legi *ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις*, in proprijs ædib. quomodo etiam eſt in *l. vlt. C. de reſt. milit. ſ. ...l. vlt. C. de poſtl. & reu. ab. hoſtib. add. l. 2. C. T h. de dom. & pret.* Vereor autem ne male Cui. ibid. etiã in hybernis etiam in præſidijs iure militari teſtari permitat; abeſt n. ibi, preſentaneum periculum, quod huic priuilegio cauſam dedit; nec poteſt tum in expeditione eſſe proprie milites dici, & vtiq; hi non ſunt in caſtris quod tamen diſerte requiritur in § *ſed hactenus inf. h. t.*

Etiamſi filiſfam.] Scil. de peculio caſtrẽſi. Inſigniter errant, inter quos Chriſt. Porcius qui hinc colligunt filiumf. non poſſe teſtari militari iure: vtiq; enim totum hoc pertinet ad caſum, quo extra expeditionem teſtatur miles; vbi Iuſtin. quaſi parentheſin inſerit, quod etiam filijf. licet extra expeditionem, teſtari poſſint; cum alias exiſtimari potuiſſet, filiosf. tantum habere ius teſtandi ex priuilegio & iure militari, in expeditionibus.

In teſtamentis paganorum.] Ne quid inexplicatum ſinamus, tractandum hic eſt; vnde no-
2 men paganorum, † deſcendat, & cur tributũ ſit ijs, qui non militant. Lego apud Heſychiũ in Lexico *...* & ſtatim *...* . Ita paganus fuerit, plebeius, ruſticus. Sed id ſane non ſatis conuenerit et, quod Vegetius optimum militem ex agro ſcribiat: & quod veteres Romanos etiam patritios agriculturam exercuiſſe, & in tribub⁹, quæ ruſticæ dicebantur, nobiliſſimos quoſq; in vrbanis viliores fuiſſe deſcriptos conſtat, & plenius confirmant, quæ apud Onufrium leguntur *& Sigon. de iure antiq. ciu. Rom.* vt paganorum nomen hoc ſenſu recentius eſſe oporteat. (Male igitur putat Viglius, paganos appellatos, quod ... ſi eſſent ad ruris cultum ... paganorum ... extare apud Plin. 7. Epiſt. ad ... apud Iuuen. Perſ. Sueton. & Veget. quos ... Interim; vero Græcis Lexicis paganus explicetur *...*, quod huic loco conuenit. Herodian. lib. 1. hiſt. loquitur de quibuſdam *...*, quod Politianus interpretatus eſt, habitu paganorum; & hoc ſenſu dicimus, teſtamẽtum paganum, quod ſit à non militantibus, & pagani, qui non militant: quomodo Iuſtin. in ti. huius tex. vocat teſtamenta paganorum, & ita oppoſitio militis & pagani *in l. quædam 14 de pœn. l. vlt. ad L. Falc.* 2
& hoc ſenſu bona in paganico *l. 1. C. h. t. & l. idemq. 9. § 1 h. t.* itidem paganus militi opponitur, *l. ſi certarum 17. § 2. h. t. l. ſi ius ſ. 26. in pr. de li. & poſth.* Sed quæritur appellationis ratio. Forte facit aliquid ad rẽ, quod ſcribit *Sigon. li. 2. de iure ciu. Rom. c. 7. in f. ex Dion. Halic. li. 4* Quod Rex Rom. Tullius plebem Romanam diuiſerit in pagos plebem ſcil. viliorem, & quę à militia fere immunis, in qua & ex qua legebantur & erant, ſcribæ, apparitores, negotiatores, opifices, &c. vt id notat *Sigon. d. loco*; quo forte referendum erit, quod *Quintus Frater, de petitione conſulatus*, meminit collegii omnium pagorum; & *Cicero pro domo*; nullum collegium eſt in hac vrbe, nulli pagani. Hæc ita fuerit prima ratio nominis, vt eſſent contempti, qui pagani dicebantur, quandoquidem ſcientia & exercitatio militaris apud Romanos in maximo ſemper fuit honore. Poſtea temporis progreſſu factum oportuit, vt omnes non actu militantes pagani dicerentur. Facit pro iſta notatione, quod apud Tacitum hiſt. lib. 3. Anton. Primus dux Veſpaſianarum partium, ad quas defecerant Prætoriani, dum acerrime pugnat cũ Vitellianis, & ſuos adhortatur, quaſi increpans prætorianos eos ignominiæ cauſa paganos appellare videtur: Mox (ſunt verba Taciti de Antonio) infenſus prætorianis, vos, inquit, niſi vincitis pagani, &c. quoniam prætoriani in vrbe excubabant, quibus ideo ignauiam exprobrare videtur; cum adeo tam antiqua iſta appellatio ſit, errat Weſem. qui hãc reddit appellationis rationem, quod

poſt

ſtem ſufficere, ὁμιλοῦντας εἰ καὶ ἑνὸς παρόντος μάρτυρος διαγνώσονται. Quod tamen vix videtur admittendũ, cum non poſſit fieri probatio legitima per vnum, ex ratione ciuilis, *l. vbi. 12. de teſtibus. l. 9. C. eod.* imo diuini & gentium iuris: & deſiderantur hic quoq; legitimæ ꝓbationes, *l. Lucius 24. in pr. de milit. teſtam.* nec eſſe poteſt legitima probatio per vnum teſtem: & facit, ꝙ numero plurali vſus eſt Imp. *conuocatis hominib.* Quod ſi vero miles ſcripſerit in charta ſuprema elogia ſua, crediderim ſane, cũ Viglio hic & *Cuiac. conſultat.* 49. ſufficere ſolam ſcripturam ſine teſtibus, ſi modo eam ſcripturã militis eſſe conſtet; ꝙ & in teſtamento patris inter liberos obtinere probatur N. 107. & diſerte ſcribit & teſtatur *Leo Imp. Nou. conſt.* 40. in pr. eorum qui in acie occumbunt, teſtamenta ſine vllis teſtib. valere: & n. eſt legitima & hæc probatio, ſi de voluntate & ſcriptura militis conſtat, quam quoquo modo teſtatã eſſe ſufficere in *princ. tit.* affirmat Iuſtinianus poſt Iuriſconſultum in *l. 1. D. h. t.* Sed porro ſi nuncupato diſponat miles, an oportebit teſtes eſſe rogatos & certioratos, cuius rei gratia adhibeantur? Et affirmatiuam videtur ſuadere verba *conuocatis* ADHOC. tum etiam quod negatur ſufficere, ſi miles in ſermonib. aliquem nuncupet hæredem. Plane exiſtimo ita quidem tutius diſpoſiturum militem; Ceteroquin cum militibus ſit remiſſa omnis ſolemnitas, non putarim id neceſſarium eſſe, ſi ex alijs circumſtantijs appareat, militem vltimam diſpoſitionem condere voluiſſe: Ceteroquin (ꝙ in f. §. innuitur) qui corrupti falſo deponunt, ſe audiſſe militem nũcupantẽ aliquem ſibi hæredem, iidem deponent, ſe rogatos ad hoc & conuocatos fuiſſe, & ſolum hoc voluit Traianus, ne quiuis militis ſermo temere ꝓlatus & effuſus, pro vltima & valida militis voluntate habeatur: & verba *conuocatis ad hoc*, nõ diſpoſitiue ſed tantum narratiue ꝓponi, poſt alios notat *Weſemb. hic.* itaq; non recte *Ioh. de Plat. & Ang. hic* putant etiam in teſtamento militis teſtes rogatos eſſe debere. Porro vt ad ſuperius illud de teſtamento ſcripto militis redeamus, in eo non eſſe neceſſarios teſtes, aperte probat *l. milites 15. C. h. t.* ſecũdum quam valeat, quæ miles in vagina vel clypeo, imo & in puluere deſcribit: Equidem non negaſſim id neceſſitatis gratia admiſſum, & permiſſum militi iam iam morituro in acie ita diſponere: & non eandem eſſe rationem eius qui in caſtris diſponit: attamen, vbi conſtat de ſcriptura & diſpoſitione militis, ratio facit, & priuilegium conceſſum militi, vt valida ea voluntas debeat haberi. Et illo tamen quoque caſu qui eſt in *l. 15. C. h. t.* notat recte Fab. oportere probari voluntatem, per comparationem literarum, vel per teſtes qui agnoſcant eius manum, vel eum hoc viderint ſcribentem. Communiter autem putant Dd. in teſtamento militis, etiam fœminas teſtes eſſe poſſe: quod fere admiſerim; quoniam nihil aliud requiritur, quam ſimplex probatio voluntatis, iuxta iuris gentium rationem: quamuis & ſecundum hoc ius non putauerim eandem fidem facere fœminam & maſculum.

TEXTVS.

3. Quin imo & ſurdus & mutus miles teſtamentum facere poteſt.

COMMENTARIVS.

Conſtituit Iuſtin. in *l. diſcretis* 10. *C. qui teſt. fac. poſſ.* vt qui tantum ſurdus eſt, omnimodo, qui tantum mutus ſi ſcribere ſciat, teſtamentum facere poſſit, adeo vt etiam natura ſurdo permittat teſtamenti factionem, de quo dicemus ad §. *item* 3. *tit. ſeq.* Cum adeo hic proponatur priuilegium militis, communiter Dd. accipiunt hunc locum de eo qui ſimul ſurdus & mutus, & quidem natura talis eſt, vt tamen fateantur hoc eſſe mirabile, *Ioh. Faber, Chriſt. Porcius, Angel. hic*, qui putant id ita accipiendum, ſi ſignis poſſit colligi eius voluntas, quæ ſigna fortaſſis coniuncti & qui cum ipſo vixerunt, intelligere & explicare poſſint. Sed primo recte notat Vigl. hic fieri non poſſe, vt ſurdus & mutus legatur in militiam, qui nec ſigna audire, nec iuramentum præſtare, nec teſſe-

Digitized by Google

teſſeram accipere & reddere poſſit, & ſi miles in hanc calamitatem incidat, dimittitur *l. 4. h. t.* ideoque & Theoph. notat oportere fingi, eum nec dum ex hac cauſa dimiſſum: militem enim talem eſſe non poſſe. Itaque hoc initio falſum eſt, quod Dd. hinc notant natura ſurdum & mutum poſſe eſſe militem. Nec minus falſum & abſurdum eſt, quod talis poſſit facere teſtamentum: & illud de ſignis, commentitium plane eſt, cui ſi modi ſigna quæ certam eius voluntatem oſtendant, ab huiuſmodi homine expectare inſanũ eſt, neq; poſſit hoc permitti vni aut alteri, vt hac in re de eiuſmodi ſignis in ſe incertis, imo nullis plane iudicium ferat. Quæ cum intelligeret Iaſon, in addit. ad Porcium, intellexit hunc locum de eo qui ex accidenti ſurdus & mutus, forte ex vulnere in milit a accepto factus eſt & quia ex *d. l. 10. C. qui teſtam. fac. poſſ.* etiam paganus ex accidente ſurdus & mutus teſtari poteſt, ſi ſcribere poſſit, accipit hunc locum de eo qui ſcribere non poteſt; & qui per notas aut ſigna heredem ſibi facere poſſit. Sed plane qui ſcribere nequit, ille nec notas ad iſtam rem habiles poterit exprimere: & vt per ſigna condatur teſtamentum, nuſquam admiſſum eſt, nec admitti poteſt. Ita enim valere militis voluntatem voluit Traianus, ſi prius hanc eius voluntatem eſſe conſtet. Qua de cauſa Vigl. hic primo putat, non proponi priuilegium à qualitate perſonæ, ſed tantum hoc velle Iuſtinianum, quod miles etſi ſurdus & mutus ſit, ſcilicet mutus tantum vel ſurdus tantum, ita vt vel ſcribere poſſit, teſtamentum queat facere iure quoque militari, vbi hanc rationem dubitandi fuiſſe proponit, quod hæc ſit iuſta cauſa miſſionis à militia, ſi miles ſurdus vel mutus efficiatur, vt docet *l. iure 4. h. t.* & proinde mittendus, non videbatur iure & priuilegio militari teſtari poſſe. Sed omnino apparet ex hoc §. quod Iuſtin. nouum priuilegium à perſona militis deſumtum proponere voluerit. Itaque rectius ſe habet altera reſponſio Viglii, quod cum olim paganus mutus vel ſurdus teſtamentum non poſſe facere, niſi ex ſpeciali conceſſione Principis *l. ſi mutus 7. de teſtamen. ord.* miles ſurdus & mutus citra iſtam conceſſionem priuilegio militari habuerit teſtamenti factionem. Et igitur poſtquam Iuſtinianus in genere fecit poteſtatem omnibus ſurdis vel mutis faciendi teſtamenta, vt amplius non ſit opus nominatim hoc à Principe petere & impetrare, conſequenter hoc referendum amplius inter priuilegia militaria non erit: & ob id male Tribonianus conſtitutionis ſuæ in *d. l. 10.* oblitus (nec enim ea poſteriori demum Codici inſerta fuit) hoc nobis in iſto §. inter priuilegia militaria retulit. Plane autem errant gl. Angel. & ſi qui ſunt alii, qui in *§. ſeq.* putant priuilegium iſtud durare etiam muto & ſurdo poſt miſſionem: quia ſcilicet viderunt, talem ſurdum mutum ſimul, iure communi ſeruatis ſolemnibus teſtari non poſſe, ſed vtique cum priuilegium miſſis non competat, fatendum erit, talem mutum & ſurdum tum nullo modo teſtari poſſe: ceterum iuxta noſtram explicationem, teſtabitur iuxta *l. 10. C. qui teſt. fac. poſſ.* ante quam quod poterat iure militari, poſt miſſionem non poterat niſi ex conceſſione Principis.

TEXTVS.

4\. Sed hactenus hoc illis à principalibus conſtitutionibus conceditur, quatenus militant, & in caſtris degunt: poſt miſſionem vero veterani, vel extra caſtra alii, ſi faciant adhuc militantes teſtamentum, communi omnium ciuium Romanorum iure id facere debent. Et quod in caſtris fecerint teſtamentum, nõ communi iure, ſed quomodo voluerint, poſt miſſionem intra annum tantum valebit. Quid ergo ſi intra annum quis deceſſerit, cõditio autem heredi adſcripta poſt annum exſtiterit, an quaſi tamquam militis teſtamentum valeat? Et placet valere quaſi militis.

Digitized by Google

COMMENTARIVS.

HIc §. omnino male refertur ad §. præced. quaſi ad ſurdum & mutum militem pertineat. Nec quidquã abſurdi eſt, repeti quod iam ſupra de expeditionibus dictum eſt: nam & additur hic de veteranis honeſte dimiſſis; & ſimul aliud, quod pertinet (& eſt iſtud nouum priuilegium militis) ad conſeruationem teſtamenti, quod factum eſt iure militari, vt non tantum valeat, ſi miles in expeditione deceſſerit, ſed etiam ſi poſt miſſionem: ſed tamẽ ſi intra annum, ex quo dimiſſus fuit, *l. quod conſtit. 21. l. quod dicitur 38. in pr. h. t.* (quo referri ſolet, quod abſentes Reipu. cauſa in quorum numero ſunt milites, *arg. l. nec non 28. §. vlt. cum l. ſeq. ex quib. cauſ. maior.* reuerſi habent ab omnibus anni vacationem *§. item 2. ſup. de excuſ. tut.*) & rurſus vt ſpectetur tempus mortis, nõ quo extitit conditio, teſtamento heredi adſcripta *h. §. inf. & d. l. 38. eod.* Ex quo notant, conditionem retrotrahi, & videlicet ad tempus mortis, non ad tempus facti teſtamenti, de quo agemus *inf.* in materia obligationum, an & quando conditio retrotrahatur. Valet autem intra annum poſt miſſionem, ſi ſit miſſio honeſta; ignominioſe enim miſſi hoc priuilegio non gaudent *l. teſtamenta 26. in pr. h. t.* Cui obſtare tamen videtur, quod capite damnatus miles poteſt teſtari iure militari *l. ex militari 11. in pr. h. t.* & igitur priuilegium retinet, nec ex honeſta cauſa poteſt quis damnari capite. Sed reſpondendum eſt, quod 1. non ſimpliciter hic habeat ius teſtandi miles, ſi hoc ipſi in ſententia ſit permiſſum, vt docet *l. cum hic 32. §. ſi miles 8. de donat. int. vir. & vx.* (vbi amplius ait ICtus, hoc petendum & impetrandum eſſe) *l. ſi quis 6. §. ſed & ſi 6. in f. de iniuſt. teſt. l. ſi quis 22. §. 1. de leg. 3. l. 1. de vet. & milit. ſucc.* 2. quod oporteat tale delictum eſſe quod non rumpat fidem ſacramenti *d. l. 11. in f. pr. h. t.* & adeo non nimis graue 3. vt ne ſit damnatus ex crimine communi, vt paganus, ſed ex crimine militari *dd. textibus.* cuiuſmodi multa ſunt non adeo atrocia, ſed quæ tamen ob diſciplinam militarem capite puniuntur. Denique quod & hic non niſi de caſtrenſibus poteſt teſtari. dd. textibus. Cuius rei ratio euidens eſt hæc, quod in bonis hic militis damnati ex tali delicto, & inteſtato quoq; defuncti, fiſcus ius non habet, ſed ea ad cognatos proximos militis deferuntur *l. 1. & 2. de veter. ſucc.* in quorum præiudicium cum quiuis teſtamentum facere poſſit, militi quoq; id negare viſum non fuit. Illud non immerito quis miretur, cur idem hoc priuilegium non habeãt præfecti & tribuni militares *leg. quod conſt. 21. h. t.* nimis enim cauillatoria eſt ratio ICti ibi quod hoc priuilegium datum ſit dimiſſis, non qui accipiunt ſucceſſorem. Cum enim iſti quoq; poſſint teſtari iure militari, *l. 4. C. h. t.* & à contrario ſenſu *l. tribunus 20. D. eod.* cur non & valeat teſtamentum intra annum ex quo accepit quis ſucceſſorem, nimis vero putidum eſt captare verba conſtitutionis, quæ miſſorum facit mentionem. Et omnino placet ſententia Cuiacii in *d. l. 21. tract. 4. ad Afric.* ex ſententia conſtit. aliud ſtatuendum eſſe *fac. l. 2. de his qui not. inf.* Addo deniq; & hoc: militibus tantum competere iſtud priuilegium: Alios qui iure militari teſtari poſſunt, v. c. quia in hoſtico deprehenſi *l. vlt. h. t. l. vn. C. de bon. poſſ. ex teſt. mil.* eo priuilegio non gaudere: in his enim nullo modo poteſt miſſioni eſſe locus, idque recte notat *Mynſ. hic.*

TEXTVS.

5\. Sed & ſi quis ante militiam non iure fecerit teſtamentum, & miles factus & degens in expeditione reſignauerit illud, & quędam adiecit ſiue detraxit, vel alias manifeſta eſt militis voluntas hoc valere volentis, dicendum eſt valere teſtamentum hoc, quaſi ex noua militis voluntate.

COMMENTARIVS.

NOuum hoc eſt priuilegium militare, quod ſpectatur & verſatur in confirmatione voluntatis ante inutiliter ordinatæ: Ea fit vel verbis vel factis. Illud, ſi tantum dixerit iam miles in caſtris & in expeditione, ſe velle valere voluntatem ſuam antea factam, talem ſcilicet, quæ ſi à iam militante fieret,

valeret Iure militari; quomodo quaſi per relationem videtur miles teſtamentum facere. Hoc ſi voluntati priori aliquid addidit vel detraxit iam miles; Ratio vtriuſque communis eſt, quia perinde habetur ac ſi de nouo miles teſtatus eſſet: idq; eſt quod ait Iuſti. valere teſtamentum quaſi ex noua militis voluntate. Et noua igitur voluntate opus eſt, declarata verbis aut factis: qua deficiente prius inutiliter factum teſtamentum, vtcunque in militia decedat miles non poterit valere. Quod ſuadetur aperta ratione: ſiquidem miles tum intelligetur voluntatem priorem in inutilitate ſua relinquere noluiſſe, quam creditur ſciuiſſe, quod eſſet inutilis: neque poteſt dici teſtatus in expeditione, qui voluntatem priorem inutilem nec verbo nec facto quaſi repetiit: neq; tum poteſt dici acceſſiſſe noua militis voluntas. Et hoc ita diſertiſſime reſponſum eſt in *l. Titius 25. h.t.* vbi ICtus in terminis ait, ſi nihil FACTVM vel DICTVM probetur, à milite, quod vellet valere priorem voluntatem, tum diſpoſitionem ad ius commune pertinere: & quod conſtitutiones principum pertineant ad ea teſtamenta, quę à militibus & militantibus facta ſunt: & ceteroquin efficeretur, extra etiam expeditionem, imo plane à pagano factas diſpoſitiones valere iure militari, ſi ſolum & vnicum hoc ſufficeret, militem defunctũ eſſe in expeditione. Idem legimus totidem pene verbis in *l. tributum 20. h.t. §.1. & in l. quod dicitur 38. §.1. in f. h.t.* ibi *qui teſtamentum valere voluit h. t. l. conficiuntur* 8. §.4. *ſi miles de iur. codicill. l. idemq; 9. §.1. h.t.* ibi *ſi hoc maluit miles.* obiicitur tamen non leuiter *l. in fraudem 15 §. teſtamẽtum. 2. h.t.* vbi dicitur teſtamentum, *ſi militis voluntas contraria non ſit.* Et igitur ſufficiet modo non oſtendatur à milite improbatam eſſe priorem voluntatem, nec neceſſum erit, probari nouam voluntatẽ. Interpp. plerique diſtinguunt, an teſtamentum prius factum ſit omnino à pagano, an vero à milite, tum non actu militante. Et ſane in *d. l. 15. §. 2.* proponitur teſtamentum ante factum à milite ante militiam. Mihi iſtud inprimis inconcinnum & abſurdum videtur, vt dicatur miles teſtari ante militiã; quin imo iſtud eſt contradictorium, vt ante militiam quis dicatur eſſe miles: Itaque exiſtimo abuſiue ibi militem dici ante militiam, & dici vero militẽ ratione temporis quo miles mortuus eſt, qui reuera miles cum teſtaretur, non erat. Et recte iſtam reſponſionem hic quoq; improbat Viglius, & repugnat iſti explicationi *d. l. Titius 25. h.t.* vbi ICtus ait conſtitutionibus Impp. ea demum confirmari teſtamenta, quæ ſunt facta à militantibus; Hottom. putat, D. Pium hoc de nouo conſtituiſſe, vt qui teſtamentum ante conditum nõ mutauit, miles factus cenſeatur id tacite confirmaſſe. Sed tum abſurdum eſt, tantæ ſocordiæ arguere compilatores, quod tot pugnantes in contrarium textus retulerint in Pandectas: tum obſtat, quod ipſe Vlpia. cuius eſt *d. l. 15. h.t.* requirit, vt hoc maluerit miles: vbi nominatim etiam D. Pii facit mentionem; & omnino verba *d. l. 9. §. 1. ſi hoc maluit miles.* emphaſin habent, nec poſſunt de aliqua tacita voluntate, explicari. Et facit comparatio quæ eſt in *d. l. 9.* inter hũc caſum, & præc. *in pr. L.* vbi poſt factum teſtamentum natus eſt militi filius: ait enim Vlp. valere teſtamentum, ſi miles maluit eodem teſtamento decedere, & quod tunc cenſeatur refeciſſe teſtamentum. Quod ſi enim nihil plane dixerit, potius ex amoris paterni præſumptione credimus, eum bona ad filium natum peruenire voluiſſe: quamuis ſane dici poſſit, hoc ipſo dum non reuocat voluntatem, præſumi, quod voluerit eodem teſtamento decedere: idque confirmat, quod in *l. præcedent.* dicitur de arrogato filio poſt teſtamentum. Et vt inſuper hoc addam, per *d. l. 9.* confutatur paulo ante relata diſtinctio Dd. quippe ibi proponit Vlp. ante à pagano factum teſtamentum: neque aliud reſcriptum in *d. l. 9. h.t.* intelligi poteſt aut conſtitutio Pii, quam quæ refertur in *l. 19. §. 2. eod.* Viglius hic ait animaduertendum ad verba interpoſita in *l. 15. §. 2. ſi militis ſubiuncta voluntas contraria non ſit*: ex quibus apparere ait, aliquam voluntatem fuiſſe ſubiunctam. Sed enim Viglius de ſuo addidit verbum *ſubiuncta*, quod ego nuſquam reperio. Puto tamen

Digitized by Google

men omnino ita accipiendum reſponſum Vlpiani in *d. l.* 15. §. 2. vt ſcilicet idem voluerit dicere quod eſt in *d. l.* 9. §. 1. *e. d. ſi hoc maluerit miles*: vt Vlpianus in *d. l.* 15. §. 2. minus dixerit quam ſenſerit, aut à Triboniano quædam forte verba fuerint detracta. Et ita quoq; *Accurſ. in d. l.* 15. *& Donell.* 6. *comm.* 28. Vlpianum in *d. l.* 15. accipiunt & explicant, quod ſcilicet ibi non ſit intelligendum ſimplex ſilentium militis, ſed aliud quid actum & adiunctũ fuiſſe.

TEXTVS.

6. Denique & ſi in adrogationem datus miles fuerit, vel filiusfam. emancipatus eſt, teſtamentum eius, quaſi ex noua voluntate militis valet, nec videtur capitis diminutione irritum fieri.

COMMENTARIVS.

VIglius ad hunc §. nihil agit, & ſcribit ita, vt ipſe quid ſcriberet, ſatis intellexiſſe non videatur: nec vllus Interpp. mihi hic ſatisfacit, quin ſicco quaſi pede tranſeunt: & haud ſcio an ſatis extricare poſſim: Dicerem hic turbaſſe aliquid Tribonianum, niſi idem exſtaret in *l. miles* 22. *cum l. ſeq. h. t.* & non dubito iſtum locum ex veteri ICto deſcriptum fuiſſe. Tractatur de minima capitis diminutione, & pro priuilegio militari proponitur, quod per hanc ſpeciem capitis diminutionis non rumpatur teſtamentum. Et igitur ſecus ſe habet in teſtamento paganico: cæteroquin priuilegium non fuerit & cum de infirmatione teſtamenti agatur per capitis diminutionem, oportet ante capitis diminutionẽ accidentem factum fuiſſe teſtamentum. Inprimis autem fingi & ſtatui oportet teſtamentum factum fuiſſe ſuper peculio caſtrenſi: quod ſi paganum ſimpliciter ponas, & qui non habeat peculium caſtrenſe, nullus eſt locus quæſtioni, in quacunq; ſpecie capitis diminutionis minimæ: etenim filius fam. de quo emancipando, ſiue dando per patrem in adoptionẽ agitur, de bonis aliis quam caſtrenſibus teſtamentum facere nõ poteſt. Quod ſi ponas patremfamilias teſtamẽtum feciſſe de omnibus bonis, neceſſum eſt rumpi per adrogationem teſtamentum, cum cetera bona extra caſtrenſia adquiratur patri adrogatori. Et ob id ICtus in *l.* 23. *h. t.* patremfam. militẽ ponit de caſtrenſibus tantũ feciſſe teſtamentum, & poſtmodũ adrogatum fuiſſe. Ait ICtus in *d. l.* 22. *&* 23. *h. t. & Iuſtin. h. t.* ſi ita facto teſtamento in adoptionem datus vel emancipatus filiusfam. fuerit, aut adrogandum paterfamilias ſe dederit, valere teſtamentũ vt ex noua militis voluntate. Quæritur, an oporteat eum, vt hoc poſterius obtineat, emãcipatum fuiſſe, an idem ſit, licet ſit defunctus in eodem ſtatu apud patrem adrogatorem. Sane cum miles fecerit teſtamentum iure militari, nec adquiratur nouo patri peculium caſtrenſe in terminis adrogationis aut adoptionis factæ, non videtur impedire, quo minus ratum ſit teſtamentum, licet in eodem ſtatu decedat miles: idemq; & tanto magis, ſi ponatur emancipatus miles fuiſſe: idq; neceſſaria verba *h.* §. efficiunt, quibus negatur irritum fieri teſtamentũ capitis diminutione. Sed contra mouet, quod dicitur valere teſtamentum quaſi ex noua militis voluntate: cuiuſmodi nulla fingi poteſt, quando miles in eodem ſtatu decedit. Et proinde Viglius fere videtur putaſſe, quod à Triboniano fuerint adiecta hæc verba, *nec videtur diminutione capitis irritum fieri*: & cum ſua natura capitis diminutio, ad teſtamenti irritationem tendat, non apparet, quomodo hic poſſit intercedere dici militis noua voluntas: quæ tum non eſt in obſcuro, quãdo rurſus ſui iuris factus in eadem voluntate quam iure fecit militari, perſeuerat. Sed ſiquidem emancipationem quoque dicimus ex ſubtilis iuris ratione tendere ad teſtamenti irritationem, vt mox tractabimus, quænam hic poteſt dici noua voluntas, vbi ante filiusfam. teſtamentum fecit. Quod ſi hic aliquam fingimus, poterit & fingi in caſu adrogationis: idq; omnino efficiunt verba vltima huius §. cum inſuper & ſimpliciter in *d. l.* 22. *&* 23. *h. t.* filius datus in adoptionem, & arrogatus, nec rurſus emancipatus proponatur. Difficilius

Digitized by Google

ficilius eſt, quomodo hoc inter priuilegium militare referatur. Et vero idē hoc obtinere, licet veteranus filiusfam. iure cōmuni de bonis caſtrenſibus fecerit teſtamentum: tum rationibus ſuadetur, tum textibus. Ratio aperta videtur; quod cum nec qui habet in poteſtate, nec in poteſtatem cuius poſtea peruenit miles, ſibi vindicare quidquam iuris poſſit, in peculio caſtrenſi, teſtamentum quod condidit ſiue filiusfam. ſiue paterfam. ſuper caſtrenſi peculio, licet non iam miles, non videtur ſiue per arrogationem, ſiue per emancipationem irritum fieri poſſe. Nec deſunt in hanc rem textus iuris ſatis expreſſi in *l.1.§.exigit 8.verſ.ſed ſi filiusf. de bon. poſſ. ſec. tab.* vbi veteranus fecit teſtamentum de bonis caſtrenſibus, & emancipatus deceſſit, dicitur dari bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. Referri hoc poſſit ad æquitatem prætorii edicti. Sed eſt præterea textus in *l. ſi quis filio 6. §. vlt. de iniuſt. teſtam.* vbi negatur irritum fieri teſtamentum filiifamilias, ſiue veterani, ſiue militis: & igitur non poteſt hoc referri ad priuilegium militare: cum d. loco idem in filiofam. milite & veterano ſtatuatur. Ad hæc accedit textus in *l. conficiuntur 3. §. ſi poſt 3. de iure codicill.* iuxta quem indiſtincte cuiuſuis teſtamentum arrogatione ruptum, ſecuta emancipatione conualeſcere dicitur. Quod ſi igitur emancipatio teſtamentum in priſtinum ſtatum reſtituit, & confirmat, quomodo poteſt per emancipationem rumpi? Sed rurſus contra, & quod iſtud quod tractamus ſit priuilegium militare, probatur ex ſæpe *d.l.23.h.t.* Vbi ICtus tractans de arrogato patrefam. milite, quod irritum non fiat teſtamentum, negat procedere hoc, ſi miles iam miſſus fecerit teſtamentum de caſtrenſi peculio. Vnde efficitur, licet arrogator conſequatur ius nullum in caſtrenſi peculio, arrogatione tamen rumpi teſtamentum, quod de peculio caſtrenſi iure communi eſt factum. Quid ni igitur rumpi poſſit quoque teſtamentum emancipatione, quod de caſtrenſi peculio factum iure communi fuit. Idque etiam ratio iuris ſubtilis ſuadet, quod filiusfam. redigitur per emancipationem in ſeruitutem imaginariam, ſcilicet per venditiones veteres *l.3. d.cap. min.* Neque hæc iuris ſubtilis ratio, & quo minus in ſeruitutem imaginariam deduci videatur, impeditur ex eo, quod in caſtrenſi peculio, pro patrefam. habetur filiusfam. quoniam hoc non eſt verum quo ad omnia, ſed tantum ſecundum quid. Nihil habeo quod dicam, niſi quod veteris ſubtilis iuris ratio inſuper poſterioribus temporibus habita fuerit, & magis inſpecta veritas, aut quod forte ad *d. l. 6. §. vltim. de iniuſt. teſt.* & alibi aliquid ſit additum à Triboniano. Verum nihil affirmo, & ſubſiſto.

Reliquum eſt, vt priuilegia militum circa teſtamentum colligamus, & ſub vnum conſpectum quaſi in tabella methodice & ſuccincte proponamus, & colophonis loco ſubiiciamus. Inprimis, priuilegium, tum eſt in conſtitutione teſtamenti, tum in teſtamenti conſtituti conſeruatione. Conſtitutio ſpectatur tum in perſonis, tum in diſponendi modo. Quo ad illud priuilegium ſpectatur tum in ipſo diſponente, tum in herede inſtituto. In diſponente vt priuilegio militari teſtamentū facere poſſit etiam ſurdus & mutus, iuxta dicta ad *§. quinimo ſup.h.t.* etiam damnatus iuxta dicta ad *§. ſed hactenus h.t.* etiam ignarus iuris ſui *l. ex militari 11. §. 1. h.t.* In herede, vt etiam deportatus, & alii fere qui alias non poſſunt, à milite tamen heredes recte inſtituantur *l. idem 11. §. 2. h.t.* Diſponendi modus in eo eſt, vt non requirantur ſolemnitates ordinariæ, rogatio, ſubſcriptio, ſubſignatio, & numerus teſtium, vt ſupra diximus: tum vt verba militis diſponentis accipiantur pro vt iacent, nec in illis admittantur ſubtilitates iuris ciuilis. Ex quo eſt, vt poſſit heredem ſcribere ex tempore, vt temporis mentio non detrahatur, vt accidit in teſtamentis paganorum *§. heres 11. infr. de heredib. inſtit. l. miles ita 41. in pr. h.t. l. certi 8. Cod. eod.* itemque vſque ad certum tempus *d.l.8. & d.l.41.* ita vt pro tempore ſit teſtatus, & poſt inteſtatus *d. l. 41.* ſicut ex eadem cauſa pro parte bonorum teſtatus pro parte inteſtatus decedere poteſt, vt pars ad heredem ſcriptum, pars ad proximos agnatos ex lege proueniat. *l. ſi miles*

miles 6. l. quærebatur 19. in pr. h. t. Cui porro conſequens eſt, vt ſi ex heredibus duobus inſtitutis vnus defecerit, alteri pars non accreſcat, ſed ad heredes ab inteſtato pertineat *l. ſi duobus 37. h. t.* Et omnino vt vult diſponit miles & eius voluntas effectum habet: proinde & codicillis directo hereditatem dare poteſt *l. militis 36. in pr. h. t.* & ante ab eo inutiliter teſtamentum factum nuda declaratione in militia facta ſuſtinetur iuxta dicta ad §. *ſed etſi h. t.* Et amplius non tantum procedit hoc in ſolemnitatibus communibus, in paganorum voluntatibus quæ requiruntur, ſed etiam ſpecialibus, veluti circa liberorum inſtitutionem & exheredationem; poteſt enim miles etiam præterire liberos quos habet in poteſtate, & teſtamentum valet, ita vt ſilentium pro exheredatione habeatur §. *pen. infr. de exhered. liber.* Denique quod ſuperioribus addendum eſt, miles cum duobus teſtamentis decedere poteſt *l. quærebatur 19. in pr. h. t.* vbi tamen additur hoc ita procedere, ſi ſpecialiter adiecerit, velle ſe poſterius teſtamentum valere, alias enim creditur pœnituiſſe eum voluntatis prioris. Hæc ad inſtitutionem pertinent. Sed & quo ad ius ſubſtituendi priuilegium habet miles, vt ſubſtituere poſſit filio etiam emancipato, ſed & cuiuis extraneo heredi, quo ad ea ſcilicet quæ à milite ad eos peruenerunt *l. milites 5. l. miles 41. §. pen. h. t.* quin amplius ſubſtituere poteſt ſi[illegible] quem in poteſtate habet, licet non fecerit ſibi teſtamentum *d. l. 41. §. vltim. h. t.* Hæc ad conſtitutionem vltimæ voluntatis. Ad conſeruationem pertinent, quod teſtamentum militare valet, etiamſi miles poſt miſſionem intra annum deceſſerit, vt diximus §. *ſed hactenus h. t.* quod non fit irritum capitis diminutione §. *pen. h. t.* quod non rumpitur agnatione ſui heredis ſiue ciuili, ſi arrogauerit aliquem poſt factum teſtamentum *l. idem 8. h. t.* ſiue naturali: ſi filius ipſi natus fuerit *l. item eq; 9. in pr. h. t.* vbi tamen verba *ſi m[illegible] &c.* ita accipere malim, vt opus ſit declaratione voluntatis. ceteroquin amoris paterni præſumptio faciet, vt potius credamus eum bona ad filium pertinere voluiſſe *arg. l. militis 36. §. 2. h. t.* Huc etiam pertinet, quod in teſtamento militis non habet locum Falcidia iuxta *l. ſi certarum 17. §. vltim. h. t. l. in teſtam. 7. Cod. ad L. Falcid.* & quod contra id non datur querela *l. vlt. C. de inoff. teſt.* ex qua tamen lege idem eſt in teſtamento iure communi ſuper quaſi caſtrenſi peculio facto, cui procul dubio derogatum eſt *per N. 115. cap.* 4. etiam in peculio caſtrenſi, quod nimirum poſt miſſionem factum eſt iure communi. Ceteroquin & verius & communius eſt, nec hodie querelam dari, aut ius dicendi nullum ex *d. N. 115. cap.* 4. competere, ſi miles teſtatus ſit ex priuilegio ſuo, de quo etiam agemus *infr. de inoffic. teſt.*

TEXTVS.

Sciendum tamen eſt, quod cum ad exemplum caſtrenſis peculii, tam leges anteriores, quam principales conſtitutiones, quibuſdam quaſi caſtrenſia dederant peculia, & horum quibuſdam permiſſum fuerat, etiam in poteſtate degentibus teſtari: noſtra id conſtitutio latius extendens, permiſerit omnibus in huiuſmodi peculiis teſtari quidẽ, ſed iure communi. Cuius conſtitutionis tenore perſpecto, licentia eſt nihil eorum, quæ ad præfatum ius pertinent, ignorare.

COMMENTARIVS.

DE quaſi caſtrenſi peculio & quæ ad iſtud pertineant, diximus ſup. ad *tit. quib. alien. licet*; & quod ad exemplum caſtrenſis peculii, pleno iure permiſſum fuerit filiusfam. & hoc etiã ante Iuſtinianum, ita ob[illegible]uiſſe ipſe hoc loco teſtatur [illegible] & cõſtitutionum anteriorũ & legũ: per quas non videtur intelligere leges antiquas in ſpecie dictas, q̃ ad populum fuerunt latæ, ſed potius leges & textus

Ian-

Pandectarum, in quibus etiam mentio eſt huius quaſi caſtrenſis peculii *l. 1. §. nec caſtrenſi 15. de collat. l. 1. §. in filii 6. ad Trebell. l. 3. §. dari 5. de bonor. poſſeſ.* adeo errat Mynſ. qui duo tantum de hoc peculii genere reſponſa in Pandectis extare ait: In Codice exſtant *l. velut 7. C. de adſeſſorib. & l. fori. 4. de aduoc. diuerſ. iudic. fac. l. vn. Cod. de caſtrenſ. om. palat. pecul. l. vlt. Cod. de caſtr. pec. lib. 12.* Fuiſſe autem ea de re conſtitutiones antiquiores, apparet ex *d. l. 1. §. 15. de collat.* & de hoc peculii genere teſtari filiosfam. potuiſſe docent *d. l. 3. §. 5. de bonor. poſſ. d. l. 1. §. 6. ad Trebell.* Iuſtin. tamen ita loquitur ac ſi quibuſdam tãtum ex his qui caſtrenſia habebant peculia, conceſſum fuerit ius teſtandi: quod expreſſius tradit in *l. vltim. Cod. de inoffi. teſt.* & quod nimirum licet quaſi peculium caſtrenſe habuerint patroni cauſarum, memoriales, agentes in rebus, magiſtri ſtudiorum, archiatri &c. non tamen hi propterea potuerint ſuper eo facere teſtamentum, ſed tantum, proconſules, præſides, & alii qui adminiſtrabant dignitates maiores. Sed Iuſtin. in *d. l. vlt. iunct. l. vltim. Cod. qui teſt. fac. poſſ.* indefinite ius teſtandi ſuper peculio quaſi caſtrenſi conceſſit, iure videlicet communi. Liquidum enim eſt, priuilegia de quibus hoc tit. agitur, tantum ad armatam militiam pertinere: itaque quæcunque tandem aliæ ſunt ſpecies militiæ, & quarum frequentiſſima eſt mentio in libris poſterioribus tribus Codicis, togatæ ſcilicet militiæ, illæ ad hunc tit. non pertinent. Notandum autem eſt ex *hoc §. & d. l. vlt. in f. pr. Cod. de inoffic. teſt.* non protinus, quod bona aliqua proprietate plena liberis conceduntur, & vt ſcilicet ea præcipua quoque habeant poſt mortem patris, ad ius teſtandi recte inferri, quod pluribus tractabimus ad *pr. tit. ſeq.*

* * *

AD TITVLVM XII.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

QVIBVS NON EST PERMISſum facere teſtamentum.

TEXTVS.

1\. Non tamen omnibus licet facere teſtamentum. Statim enim qui alieno iure ſubiecti ſunt, teſtamenti faciendi ius non habent, adeo quidem vt quamuis parentes eis permiſerint, nihilomagis iure teſtari poſſint: exceptis iis quos ante enumerauimus, & præcipue militibus qui in poteſtate parentum ſunt: quibus de eo, quod in caſtris adquiſiuerunt, permiſſum eſt ex conſtitutionibus Principum teſtamentum facere. Quod quidem ius ab initio tantum militantibus datum eſt, tam ex autoritate Diui Auguſti, quam Neruæ, nec non optimi Imperatoris Traiani: poſtea vero ſubſcriptione D. Hadriani etiam dimiſſis à militia, id eſt veteranis conceſſum eſt. Itaque ſiquidem fecerint teſtamentum de caſtrenſi peculio, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerunt. Si vero inteſtati deceſſerint, nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit. Ex hoc intelligere poſſumus, quod miles adquiſierit in caſtris, qui in poteſtate patris eſt, neque ipſum patrem adimere poſſe, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo commune cum fratribus eſſe:

Digitized by Google

eſſe: ſed ſcil. proprium eius eſſe, qui in caſtris adquiſiuit: quamquã ciuili iure omnium, qui in poteſtate parentum ſunt, peculia, perinde in bonis parentum computẽtur, ac ſeruorum peculia in bonis dominorum numerantur, exceptis videlicet iis, quæ ex ſacris conſtitutionib. & præcipue noſtris propter diuerſas cauſas non adquiruntur. Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe peculium habent, ſi quis alius filiusf. teſtamentum fecerit, inutile eſt, licet ſuæ poteſtatis factus deceſſerit.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio methodi.*
2 *Ius teſtandi an ex genere permiſſorum.*
3 *Filiusf. cur nequeat teſtari.*
4 *Quis filiusfam. & quatenus teſtari poßit.*
5 *Quid iuris ſi filius inteſtatus decedat.*
6 *An peculium profectitium occupent creditores patris.*
7 *An de aliquo peculio aduentitio liceat teſtari.*
8 *Filiusfamil. an & quatenus mortis cauſa donare poßit.*
9 *An poßit facere codicillos ſuper bonis aduentitiis.*
10 *An ex iis donare mortis cauſa.*

1 PIget diſputare de methodo, † & an non præmitti tit. 10. hic locus debuiſſet, quod videtur ſuadere *l. 4. qui teſtam. fac. poſſ. & ipſa d. rubr.* tum & methodus in Codice obſeruata. Verum ſæpe videmus diuerſam tractandi rationem in Codice & Digeſtis, aut etiam his libris obſeruatam: & pro Iuſtin. hoc loco dici poteſt, recte prius actum fuiſſe de ſolemnib. teſtandi, in quæ quiſque intuens, & ſecũdum ea diſponens, iuſtum efficiat teſtamentum. Et quod ad *d. l. 4.* attinet, plane, vbi quæſtio eſt in indiuiduo de huius vel illius vltima diſpoſitione, prima quæſtio ante omnia eſt, an potuerit iure teſtamentum facere, quo negato, de teſtamenti illius forma & ſolemnitatibus fruſtranee agitur. Et bene nobiſcum ageretur, ſi grauius alibi in leges methodi peccatum non fuiſſet. Porro hinc quod rubr. eſt negatiue concepta, colligunt Interpretes hic, quemlibet † poſſe teſtari, niſi ſpeciatim inueniatur 2
prohibitus. Sed dubium facit, quod Lege 12. tabb. ius teſtandi conceſſum legimus, vulgata lege *Paterfam. vti legaßit ſuper pecunia tutelaue rei ſuæ, ita ius eſto.* Eoque pertinet quod in *l. lege 130. de V. S.* teſtamentariæ hæreditates L. 12. tabb. confirmari dicuntur; & cum eadem L. datum ſit ius diſponendi de bonis, & dãdi liberis tutores, legimus, permiſſum eſſe L. 12. tabb. ius dandi tutores *l. 1. de teſtam. tut. §. permiſſum ſup. de tutel.* Equidem vt maxime teſtamẽti factio ad ius gentium referatur, vt probauimus ad *prin. tit. 10. ſup.* attamen LL. cuiuſq; reipub. modum & limites huic iuri præſcribere poſſunt & ſolent. Pro Doctoribus autem reſpondebo, multum intereſſe, an in ſpecie aliquid certis perſonis permittatur, an ſub generali appellatione *patrisfamilias*, quod nomen omnibus fere ciuibus competit, quamquam fortaſſis ſint aliæ permiſſiones laxiores in aliis partibus iuris, vt citra vllam generalem etiam permiſſionem omnibus aliquid liceat, certis perſonis excluſis nominatim. Sed his omiſſis ipſam rem adgrediamur. Proponitur ſtatim initio huius tituli, non omnibus licere facere teſtamentum. Exemplum & exceptio à regu-
la permiſſiua ſubiicitur in † filiofam. qui ipſa 3
paulo ante relata 12. tabb. lege excluditur. Seruorum autem Iuſtinianus non meminit, quoniam hi nullum plane ſtatum habent, & omnia omnimodo dominis adquirunt, ita vt in eorum perſona nihil penitus ſubſiſtere poſſit. Quæ duplex ratio ex iure antiquiſſimo etiam ad filiosfam. fere adcommodari poteſt; nam & hi ex lege Romuli quam refert Halicarn. libr. 2. & de qua diximus ſupra ad tit. de pat. pot. cum occidi à parentibus & vẽdi poſſent, inſtar ſeruorum, ſtatum integrum habere non videbantur; & ſine vlla diſtinctione omnia parẽtibus pleno iure adquirebant, vt diximus *ſupr. h. libr. tit. 9.* & mox ipſe hoc

loco tradit Iuſtinian. Eoque reſpexit *Vlpian. in tit. 20. de teſtam. §. filiusfamil. 9.* vbi hanc reddit rationem, cur filiusfamil. teſtamentum facere nequeat, quoniam nihil ſuum habeat, de quo teſtari poſſit; quin iſta ratio etiam poſteriori iure obtinuit, in filiofamil. conſiderato qua tali; ſiquidem in peculio caſtrenſi & quaſi, ſub qualitate patrisfamil. teſtandi ius filiofamil. permiſſum eſt, imo omnino ſub hac qualitate permiſſum eſt ei peculium hoc; quin dixerim etiam in peculio aduentitio, in quo etiam vſusfructus tantum patris eſt, aliquã filiumfamil. habere rationem patrisfamil. alias proprietatem habere non poſſet, putat tamen Weſembec. Vlpianum non tam ad bona reſpexiſſe, quam ad familiam & eius iura, quæ filiusfam. non habet: Lex autem 12. tabularum, vt refertur ab autore ad Herenn. dat ius legandi ſuper familia pecuniaque ſua. Eſt porro penes Legem, eiuſmodi conceſſionem modificare & moderari; nec ſi quis aliquatenus pro patrefamil. habetur, protinus plenum ius, aut teſtandi facultas infertur, vt ex his quæ mox dicemus, manifeſtius apparebit. Diximus ſup. *ad d. tit. 9.* quo progreſſu peculium, primo caſtrẽſe, poſt quaſi caſtrẽſe, tum etiam aduentitium
4 & quatenus † filiofam. conceſſum fuerit. Hic de iure teſtandi videamus; cuius progreſſum hic tradit Iuſtin. Initio ab Auguſto (vt ait hic Iuſtin. quod tamen Iulio tribuit *Vlpian. in l. 1. de mil. teſt.* vbi & Titi & Domitiani meminit,) poſt Nerua & Traiano conceſſum hoc ſaltem, vt militantes de eo poſſent teſtari, quod in caſtris adquiſiuiſſent, in ceteris ius integrum morientibus liberis, patribus reſeruaretur, (quod & diu poſt habuerunt, liberis inteſtatis mortuis,) poſt Hadrianum permiſiſſe, vt etiã dimiſſi à militia & veterani teſtamentum de eo peculio facere poſſent. Apparet hinc apud *Vlpian. d. §. 9. de teſtam.* vbi hoc tribuitur Auguſto Marco, ſuperfluum & delendum eſſe verbum *Marci*: neq; iſtud cognomen *Auguſti* præponi nominibus proprijs, ſed poſtponi pro cognomine ſolet. Ait Iuſtinian. permiſſum ab Hadriano etiam dimiſſis à militia, id eſt veteranis. Veterani dicebãtur proprie, qui emerita ſtipendia habebant, & qui nimirum tot ſtipendia fecerant, & tot annis militauerant, quot ex LL. Romanis & morib. requirebantur, de qua re præter alios tractat *Lipſ. in Electis*. Et quid igitur ſi quis ante emerita ſtipendia, cauſarie & honeſte, vel ob præclara merita, vel ob morbum dimiſſus eſſet? Et Iuſtinian. quidem ita loquitur, tamquam ſi hoc priuilegium ad veteranos reſtringeret: Sed puto illum principalem & impulſiuam primam cauſam ſignificare voluiſſe; Ceterum cum etiam de quaſi caſtrenſi peculio filijfamil. teſtari potuerint, & hodie omnimodo poſſint, vt diximus ad §. *vltim. titul. prec.* dubitandum non eſt, quin quiuis dimiſſus teſtamentum de caſtrenſi peculio, & ſcilicet iure communi facere poſſit. Quid ſi porro filiusfam. † teſtamentum de hoc pecu- 5
lio facere omiſerit? Et reſpondet Iuſtin. hoc §. *ſi vero*, ſi inteſtati liberi deceſſerint, nullis liberis, vel fratribus ſuperſtitibus, ad parentes eorum *iure communi* peculium pertinere, vbi annotauit Pacius, pertinere ad patrem iure patriæ poteſtatis & peculij. Id quidem iure veteri & etiamnum Digeſtorum ita ſe habet, quo filiusfamil. qui teſtamentum fecerat de peculio caſtrenſi, vt paterfam: Sed ſi non feciſſet, vt filiusfamil. moriebatur, & peculium quoque caſtrenſe ad inſtar cuiuſuis alterius peculij paganici occupabat pater defuncti, vt probat *l. 2. & l. proponebatur 9. de caſtrenſ. pecul.* & quod tum non inſtar hæreditatis, ſed inſtar peculij profecti à ſe pater id occupauerit, præter dd. ll. oſtendit inſuper *l. ex penultim. Cod. eod.* itaque iſto iure filiusfamil. ab inteſtato hæredem habere non poterat. Sed eo iure, quod poſteriores Impp. introduxerunt illa Pacij nota falſa eſt; & de hoc poſteriori iure loqui Iuſtinianum, tum ratio efficit, tum manifeſto probat, quod addit, ad patrẽ id pertinere, ſi filiusf. nullis liberis, vel fratribus relictis deceſſerit: etenim iure peculij & poteſtatis pater non ſuccedit, ſed iure patris bona occupat præcipuo iure, & omnibus omnino præfectus; neque tum poteſt eſſe locus

locus ſucceſſioni, aut liberorum, aut fratrū, quibus admiſſis, vt hoc loco, neceſſum eſt ceſſare ius patris & peculij; niſi quis dixerit ius illud patris interquieſcere, dum aut liberi, aut fratres ſuperſunt; his deficientibus, integrum ius priſtinum patri relictum eſſe; plurimum enim intereſt, an pater iure peculij occupet bona filij, an tamquam hęres quod hoc caſu creditoribus in ſolidum, illo tantum peculiotenus teneatur, & peculij iure occupabat pater bona tamquam ab ipſo profecta, & quaſi ſemper eius fuiſſent, hæreditas adeunda eſt, nec ante transmittitur; & omnino iure peculii occupans pater bona, etiam matrem excludebat & liberos. Cōſtitutiones, quæ liberos & fratres præferunt patri, exſtant in *leg. 3 & 4. C. de bon. quæ lib.* quas & confirmat Iuſtinian. in *l. vlt. C. comm. de ſucceſſ.* loquuntur illæ quidem in peculio aduentitio, ſed maior ratio eſt, vt idem obtineat in caſtrenſi, in quo pater minus habet iuris; Hodie autem poſt *Nou. 118. c. 2.* omnimodo filijfam. quoque bona caſtrenſia & aduentitia iuxta ordinem ibi expreſſum, de *quo inf. lib. 3.* deferuntur iure hæreditatis, non amplius iure peculij.

Ex hoc intelligere poſſumus.] Inſerit hic Iuſtinian. quid in caſtrenſi peculio iuris filiusfamil. habeat. Olim quoque, extra caſum quo inteſtatus moriebatur, in omnibus ceteris patrisfam. loco habebatur, vt præter alia docet *l. 2. ad SC. Maced. l. 4. de iudic.* Tres eius qualitates hic recenſet Iuſtinianus, quę tamen etiam peculio aduentitio hodie ſunt communes. Prima qualitas eſt, quod pater id non poſſit adimere filio, quoniam eius proprium eſt tā-quam patrisf. Pariter nec adimere aduentitia poteſt, vt ne filio ſalua maneat proprietas, aut vt ne eius ſit adminiſtratio, ſi plenam habeat proprietatem. Altera qualitas huic conſequens eſt, vt creditores patris nullū ius in peculio caſtrenſi ſibi vindicare & ad rogare poſſint, neq; petere vt in eius poſſeſſionem mittantur, aut vendere poſſint. Idem in ad-
6 uentitio peculio eſt; Secus autem in † profectitio, quippe quod totum patris eſt, vt tradit Iuſtin. *ſup. tit. 9.* & hic expreſſit Theophil. Cui hic à Viglio obiicitur *lex 3. §. ſed verum. in fin. de minorib.* ex qua ſi fiſcus bona patris propter debitum occupat; peculium profectitium etiam, ex conſtitutione Claudij ſeparatur & filio relinquitur, neq; vero minus, imo plus iuris fiſcus, quam alij creditores patris habere debet. Difficultatem auget, quod probatur ex *l. 1. § alienatio 4. in f. quand. act. de pec. ann.* damnato & deportato patre peculium quoque profectitium ab fiſco occupari, ſiquidem in hūc actio dari dicitur de peculio. Et improbabile planè eſt, quod exiſtimat Vigl. ex cauſa delicti & peculium profectitium occupari à fiſco, ſed non ex cauſa delicti: quandoquidem maior ratio eſt, vt ſeparetur filio peculium damnato patre; quia hoc caſu & alia priuilegia ceſſant, quæ fiſcus habet, cum venit vt creditor. Poteſt dici, ſummo iure quidem & ipſo iure, bona omnia damnati patris fiſcum occupare, & ideo ipſo quoque iure teneri actione de peculio, ſed ex humanitate relinqui peculium profectitium filio, & creditores adeo agētes de peculio repelli poſſe per exceptionem & remitti ad filium, aut quod in ſpecie *d. l. 1. §. 4.* repudiatum fuerit à filio peculium. Quod attinet ad *d. l. 3. §. ſed vtrum, de minoribus*, dicam vel quod debiti verbum ibi accipiatur abuſiue pro debito ex cauſa delicti damnato patre, aut quod Imp. Claudius humanitate ſpeciali voluerit ſibi, & fiſco ſuo derogare, quod non etiam facere debuit in præiudicium creditorum, quibus ius quæſitum eſt in omnibus bonis patris, inter quæ etiam eſt peculium, quod conſtat per patrem filio libera voluntate adimi poſſe. Tertia qualitas caſtrenſis peculij eſt, quod mortuo patre id præcipuum habet filius, nec cum fratribus communicat, aut ijs confert; quod idem conſtat obtinere in peculio aduentitio *l. vlt. Codic. de collat.* ſecus in peculio profectitio *leg. frater 38. de condict. indebit.*

Quamquam iure ciuili.] Iam ſup. h. t. diximus olim omnia omnino per liberos non ſecus ac per ſeruos adquiſita fuiſſe parentibus. Et

Digitized by Google

Auguſtum primum, & poſt alios Impp. hinc excepiſſe peculium caſtrenſe, & quaſi, & alios porro, & præcipue Iuſtinianum excepiſſe quoque peculium aduentitium. Notum autem eſt nimis, paſſim conſtitutiones, iuri ciuili in ſpecie accepto, opponi ſolere.

Præter hos igitur.] Hic teſtamenti factio
7 permittitur † filijsfamil. de ſolo peculio caſtrenſi vel quaſi. Itaque vel ex hoc ſolo licet quæſtionem decidere, an filiusfamil. teſtari poſſit de peculio aduentitio, in quo habet plenam proprietatem, quod recte communiſſime Doctor. negant; & ſane hoc textu, teſtamentum inutile eſſe dicitur, quod de alijs bonis extra caſtrenſia, vel quaſi fecit filius; & perſpicue errant, qui hoc aduentitium peculium referunt inter peculium quaſi caſtrenſe, & teſtamenti inde faciendi ius filio defendunt; quorum opinionem latiſſime confutaui *ad Tr. de teſtament. theſi 2.* & plenius adhuc in *Tractat. de action. diſputatione vltim. in 2. corollar.* quæ deſcribere huc non libet. Hoc ſaltem addo, argumentum præcipuum illorum, qui iſtam opinionem contra Interpp. propugnant, quod qui plenam bonorum proprietatem habet, poſſit etiam de illis teſtari, confutari duplici inſtantia ex iure veteri, 1. ex hoc loco, & quod nimirum initio Auguſti conſtitutione tantum militantibus ius teſtandi permiſſum fuit, non autem dimiſſis à militia, qui tamen procul dubio dominium caſtrenſis peculij retinuerunt, 2. ex *§. vltim. titul. præceden. & l. vltim. Codic. de inoff. teſtam.* quibus locis teſtatur Iuſtinian. quibuſdam tantum filiisfamilias permiſſum fuiſſe teſtari de quaſi caſtrenſi peculio, cum tamen omnes in eo peculij genere plenam haberent proprietatem. Obiter addo, nõ recte Theoph. opponere caſtrẽſi peculio paganicum, quaſi in hoc pater plenum ius habeat; cum & aduentitium peculium ſit paganicum, niſi forte Theoph. ita ratione iuris veteris locutus eſt, & eius temporis, quo nõdum excepta fuere aduentitia. Inde ſane actum ſuſpicor, quod Interpres πα-γανικὸν, reddidit profectitium? Ceteroquin nõ recte. Porro hæc propoſitio, quod extra caſtrenſe vel quaſi peculium filiusf. ius teſtandi non habeat, duplicem hoc loco habet ampliationem. Vna eſt in *pr. §.* etiamſi pater filiofam. teſtari permiſerit. Cum autem † filiusf. ex 8
peculio etiã profectitio mortis cauſa permittente patre donare poſſit *l. tam is 25. §. 1. de don. mort. cauſ.* ratio differentiæ quæritur, cum præſertim mortis cauſa donatio vltimis volũtatibus comparetur, & pene adæquetur in *pr. ſup. de donat. l. vlt. C. de mort. cauſ. donat.* Sed enim licet in multis iſta comparentur, tamen in nonnullis etiamnum differt donatio cauſſa mortis, & ad naturam contractus accedit, & in hoc præcipue, quod eſſentiam eius conſtituit, quod perficitur traditione, aut conuentione. Tũ etiam licet perſona filij procul dubio in cõfirmanda aut irritanda donatione iſta ſpectetur, ipſe tamen pater quodãmodo per filium & huius miniſterium intelligitur donare: quem etiam & nimirum patrem dixerim reuocare poſſe hanc donationem, idq; *B. in l. 1. §. 2. de donat. & communiter Dd.* affirmare notat Vigl. hic. licet ipſe magis diſſentiat; ſequitur Bartolum *Angel. hic n. 2. & Ioh. Fab. n. 3.* Et nihil prohibet, quominus donatio mortis cauſa ex alieno arbitrio pendeat; quod non admiſſum eſt in teſtamentis, *l. illa 32. in princ. de hæredib. inſtit.* neque facere poteſt voluntas & permiſſio patris, vt filiusfamil. ſit paterfam. & vero ſolis patribusfamil. L. 12. tabb. conceſſa eſt teſtandi facultas. Tum etiam hæredem in his bonis filius habere nõ poteſt: nec mouet, adeo quod legata ſiue fideicommiſſa filiusfam. dare, aut codicillos facere nõ poteſt; quoniã iſta relinquuntur ab hęrede ab inteſtato, at ex donatione cauſa mortis, ſi res tradita non fuerit ipſe pater conuenitur. Nec quidq̃ obſtat *l. 1. §. 1. de tut. & rat. diſtr.* ex qua à negato iure teſtandi infertur ad negandum ius donandi mortis cauſa; Etenim procedit conſequentia, vbi agitur de confectione teſtamenti iure ordinario ſuper bonis propriis: & vbi propter iudicii defectum & ætatis, teſtamenti factio negatur: agitur enim ibi de

pupil-

pupillo: Proſus factio teſtamenti eſt publici iuris *l. 3. h. t.* ſecundum quod explicamus *ſup. ad pr. tit. de teſtam. ord.* quod donationibus & ſimpliciter quibuſuis contractibus non competit. Et quid igitur ſi filius condiderit teſtamentum de profectitiis, & acceſſerit conſenſus patris, & adiecta fuerit clauſula, ſi non valet iure teſtamenti, valeat iure codicillorum vel cuiuslibet vltimæ voluntatis? Et recte negare hoc communius videntur Dd. teſte *Viglio hic*, licet aliud probet poſt quoſdam *VVeſemb. hic.* Neque hæc temere produci debent: & cum intentio primaria & principalis fuerit, facere teſtamentum, poſtquã hoc ius filiumfam. non habere conſtat, recte ſtatuemus totum actum inualidum eſſe. Et rationem iuris viuam eſſe puto, quod donationem mortis cauſa ſupra requirere probauimus, aut traditionem aut conuentionem, quam hic deficere ſupponimus, quod ſi enim ipſi donatario præſenti res donata ſit, & pater, vt oportet, conſenſerit, nulla dubitatio eſt, quin donatio valeat: in quibus terminis conſtat inepte quæri, an actus iure teſtamenti valere debeat, aut codicillorum &c.

9 Porro cum, vt diximus, ſuper aduentitiis bonis filius non poſſit † facere teſtamentum, an ſaltem codicillos poterit facere? Ne inepta ſit quæſtio, facit, quod in his bonis habet heredem ab inteſtato. Sed enim regula iuris eſt, nec poſſe codicillos facere, qui non poteſt facere teſtamentum *l. 1. in fi. pr. d. leg. 3. l. diui. 6. §. pen. de iur. codicill.* Et quod ſpecialiter conſtitutum eſt, vt ab inteſtato heredem habeat, producendum ſine textu non eſt, cum hoc ſit præſertim ſtatutum in fauorem perſonarum earum, quibus bona Lex quaſi addixit: quas legatis & fideicommiſſis vt onerare poſſet filiusfam. admittẽdum non eſt. Et effectu parum intereſt, an quis aliquem heredem inſtituat teſtamento an per fideicommiſſum bona illi reſtitui iubeat. Cum autem iuxta præ-
10 dicta, donatio † mortis cauſa hactenus omnino diuerſa ſit à teſtamentis, dixerim filiumfam. de bonis etiam aduentitiis in quibus habet plenam proprietatem, donare quoque mortis cauſa inuito patre poſſe. Nam excepto iure teſtandi, in ceteris eadem huius peculii ratio eſt. Atquin de caſtrenſi peculio poteſt filius omnimodo mortis cauſa donare *l. 7. §. vlt. de donat.* quamuis hoc inepte neget *A. Fab. de error. pragmat. dec. 43. cap. 6. & ſeqq.* & reſtringit inepte *d. l. 7. §. vlt.* ad caſum, quo filiusfam. teſtamentum fecit. Nec mouet eius ratio, quod donatio ſit vltima voluntas, ab inteſtato, inteſtato autem filio defuncto pater bona etiam caſtrenſia occupat iure peculii. Hoc quidem hodie falſum eſt, ſed tamen vt prædiximus donatio mortis cauſa non recte refertur ad vltimas voluntates niſi ſecundum quid. Redditur autem *in d. l. 7. §. vlt. de donat.* hæc ratio, cur filiusfam. de caſtrenſibus bonis mortis cauſa donare poſſit: quoniam poſſit de his teſtamentum etiam facere. Quæ ratio ſi recta eſt, contra quam diximus, non poterit donare quid filius ex aduentitiis bonis, licet etiam vſumfructum habeat. Sed puto rationem ita explicandam, ac ſi dixiſſet ICtus, quia plenum in illis bonis ius habet: quæ & ipſa ratio, ſi rationem iuris regularem ſequamur, tribueret filio ius teſtandi, niſi nominatim Legibus facultas hæc adempta eſſet. Et tempore ICti, cuius eſt *d. l. 7. §. vlt.* nullum erat peculium tale aduentitium, & quiſquis bonorum plenam habebat proprietatem eo tempore quoque poterat facere teſtamentum. Igitur vt concludamus, filius iuxta hunc §. de peculio aduentitio nullo, teſtamentum facere poteſt, & ratio iuris facit, vt nullam diſpoſitionem dicamus, etiamſi facta ſit ad pias cauſas, vtcunque communiter aliud placuerit *Dd. in l. ſenium 3. §. 1. Cod. qui teſtam. fac. poſſ. cap. licet de ſepulturis in 6.* adeo vt pene hoc etiam conſenſu patris in profectitiis admittant.

Illa vero exceptio non eſt reuera *ex Nouell. 123. cap. 19. auth. presbyteros. C. de Epiſc. & cler.* vt presbyteri diaconi, &c. poſſint teſtamenta facere, licet filiifam. ſint: quoniam iiſdem locis Iuſtin. eorum bonis dat priuilegium & ius bonorum caſtrenſium: Scilicet tamquam quæ cœleſti militia ſint adquiſita. Cum autem

Digitized by Google

tem Canones Pontificii negent Impp. ius eſſe, quidquam ſtatuendi de clericis, non poterunt clerici quorum mentio eſt *in d. auth. presbyteros.* ex autoritate Imperiali iſto priuilegio vti, quod & notat Decius *in d. l. ſenium 3. C. qui teſtam. fac. poſſ.*

Hæc diximus occaſione primæ ampliationis, & quod filiusfam. teſtari non poſſit, licet conſentiat pater. Altera eſt, quod teſtamentum eius non valeat, etiamſi paterfam. factus decedat, vt ait Iuſtin. *hic in fin.* Idque generale eſt, vt niſi quis facti tempore teſtamenti fuerit habilis, diſpoſitio ſit nulla. *l. 1. §. exigit 8. cum ſeqq. de bon. poſſ. ſec. tabb. l. 4. qui teſtam. fac. poſſ. l. ſi filiusfam. 19. eod. & §. ſeq.* & procedit hic regula Catoniana *l. quod initio 30. de Reg. iur.* Extra teſtamentum tamen ſi quis fideicommiſſum reliquerit inhabilis, & habilis deceſſerit, deberi illud, reſponſum eſt *in l. 1. §. 1. de legat. 3.*

TEXTVS.

1. Præterea teſtamentum facere impuberes non poſſunt: quia nullum eorum animi iudicium eſt. Item furioſi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, ſi impubes poſtea pubes, aut furioſus poſtea cõpos mentis factus fuerit & deceſſerit. Furioſi autẽ ſi per id tempus fecerint teſtamentum, quo furor eorũ intermiſſus eſt, iure teſtati eſſe videntur: certe eo quod ante furorem fecerint, teſtamento valente. Nam neq; teſtamentum recte factum, neque vllum aliud negotium recte geſtum poſtea furor interueniens perimit. Item prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt, teſtamentum facere non poteſt, ſed id quod ante fecerit, quam interdictio bonorum ſuorum ei fiat, ratum eſt.

COMMENTARIVS.

Sequuntur aliæ perſonæ, quæ non poſſunt facere teſtamentum. Nam in pr. tit. agitur de cauſa ob quam filiusfam. licet pubes & ſanę mentis & ciuis ſit, ob hoc ipſum teſtari non poteſt, quod filiusfam. eſt: ex rationibus quas ad princ. tit. attuli. Et obiectio quam VVeſemb. poſt alios etiam mouet, leuis & facilis eſt, quod in his quæ ſunt iuris publici, patriæ poteſtatis ratio non ſoleat attendi. Neque enim hoc ſenſu teſtamenti factio eſt, eſt iuris publici, vt ante explicatum eſt. Et illa regula quæ eſt tradita *in l. filiusfam. 9. de his qui ſunt ſui iur. & in l. in priuatis 77. cum l. ſeq. de iudic. l. ille 13. §. vlt. cum l. ſeq. ad Trebell.* vt loca arguunt ipſa, pertinent ad officia publica, quorum filiusfam. non obſtante poteſtate patria capax eſt, cuiuſmodi officium non eſt, facere teſtamentum.

Porro vt ad hunc textum accedamus, & generalius agamus de iis qui teſtamentum facere non poſſunt, ante omnia excluduntur iure Romano, qui non ſunt ciues: Ex quo teſtamentum facere non poſſunt ſerui, deportati, capti ab hoſtibus, de quibus *in §. vlt. h. tit.* obſides *l. obſides 11. h. tit.* Et ita ciues eſſe oportet qui teſtari volunt, vt ſciant ſe eſſe ciues: nam qui dubitant de ſuo ſtatu non poſſunt teſtamentum facere *l. 1. in princ. de legat. 3.* Ex numero ciuium qui ſunt, non poſſunt teſtari, vel quia in poteſtate alterius ſunt, de quibus ad *pr. tit.* vel quia eius conditionis, vt voluntatem ſuam recte exprimere certo iudicio non poſſe creduntur, quod contingit ex duplici cauſa, ætatis & vitii alicuius, ſiue animi, ſiue corporis.

Hinc non poſſunt impuberes teſtari *§. 1. h. t.* vbi Iuſtin. reddit rationem, quod nullum ſit eorum iudicium animi, nimirum tale quale requiritur in eo qui ſuper bonis ſuis vniuerſis in perpetuum vult diſponere, conſtans & ſolidum, quam ſtabilem mentem vocat Iuſtin. *in l. vlt. C. de teſtam. mil.* alias hæc verba poſſint eſſe obnoxia cauillationi, cum impuberes pubertati proximi doli ſint capaces, vt latius

vt latius diximus *ſup. ad tit. de tutel.* qua de cauſa Vigl. putat, huiuſmodi pupillis ſtatuto poſſe teſtamenti factionem concedi, quod & olim hic qui numerorum tribunatum in impuberi ætate conſecuti erant, fuiſſe permiſſum, docet *l. vlt. Cod. de teſtament. milit.* & militare olim potuiſſe impuberes colligere quis poſſit ex *l. ſed & 8. §. iam vero 7. de excuſ. tut.* ſed vitioſa verſio eſt, & in Græco habetur νεωτέρου ἡλικίας id eſt, minoris: à 17. enim demum anno in militiam alligebantur, non impuberes, etiam Vegetio teſte, & vt maxime aliquando miles eſſet, teſtari tamen non poſſet.

Neque hic permittendum fuit, vt impuberes tutoris autoritate teſtamenta facerent, quippe quæ ab alieno arbitrio pendere non poſſunt, neque hoc permittendum fuit tutoribus, vt cum præiudicio agnatorum bona vniuerſa, in quibus ſacra quoque & familiæ iura continebantur, autoritate eorum transferrentur.

Alia cauſa contractuum eſt, in quibus etiam ſi quid præter officium egerunt tutores, rationem poſtea coguntur reddere pupillis aut eorum heredibus. Puberes autem, quoad hoc vt facere poſſint teſtamentum, iure habiles cenſentur, vbi poſtremum anni 14. diem (maſculi ſcilicet) attigerunt *l. à qua. 5. de teſtam.* & cur pubeſcant citius fœminæ, rationem dedimus ad *pr. ſup. quib. mod. tut. fin.* Hæc de ætate. Vitium animi, quod prohibet teſtamentum facere, duplex eſt, furor & prodigalitas. De furore res aperta eſt, *in l. 1. & 3. de inoff. teſt.* ſiue quis ſit furioſus, ſiue mente captus. In prodigo, qui ſane alias non deſtituitur iudicio, hæc ratio prohibitionis eſt, *huius §. & l. is cui 18. de teſtam.* quod ipſi eſt interdicta bonorum adminiſtratio, & cum prodigat bona ſua, & ſine iudicio profundat ea, creditur nec recte de iis teſtamento facto diſpoſiturus. Minori autem adminiſtratio bonorum interdicta non eſt, ſed ei dantur curatores, quod alias in contrahendo facile decipi poſſet: quod non præſumitur in teſtamento, in quo tot interueniunt ſolemnitates: ſed & non omnes minores neceſſario accipiunt curatores, vt tractauimus *in §. inuiti ſup. de curatorib.* Quid tamen ſi prodigus recte de bonis ſuis, vt quiuis ſanus, diſpoſuerit? Et difficile eſt prodigi declarati talem admittere & ratam habere diſpoſitionem, niſi forte quædam indicia mutatorum morum præceſſerint *arg. l. 1. de curat. furioſ.* Plane Imp. Leo huiuſmodi diſpoſitionem probat *Nouell. 39.* Quis autem prodigus ſit, diximus *ad §. furioſi 3. ſup. de curatorib.* Præter rationem qua hic vtitur Iuſtin. in furioſo, quod mente careat, illa addenda eſt ex L. XII. Tabularum; qua ſancitum eſt, ſi quis furioſus exiſtat, vt in eo pecuniaque ſua agnatorum & gentilium ſit poteſtas.

Nec ad rem pertinet.] Diximus ad *fin. pr.* quod omnino oporteat quem eſſe habilem eo tempore quo facit teſtamentum.

Si per id tempus.] Contradictionem ſapere videtur, dicere eo tempore furioſum, quo furor eſt intermiſſus. Sed Iuſtinianus eo reſpectu loquitur ita, quod hic in ea conditione eſt, vt poſſit furor recurrere. Quid ſi autem talis ſit, quem conſtat habere, vt loquuntur, dilucida interualla, & poſt eius mortem producatur teſtamentum ita conditum, vt quiuis ſanus diſpoſuiſſet. Et puto veram eſſe eorum opinionem, qui reſpondent pro teſtamento, quam & Vigl. hic probat, & fac. exemplum quod refert *Valer. Maximus libr. 7. cap. 8.* de quodam Tuditano. Tempore interualli teſtari poſſe, confirmat *l. 20. de teſtam.* & latius proponitur *in l. furioſus 9. C. qui teſtam. fac. poſſ.*

Certe eo quod ante fecit.] In furore factum teſtamentum nullum eſt, nec conualeſcit ceſſante furore, ſed ante furorem factum, valet; nec poſt ſuperueniente furore irritatur.

Idem obtinet in prodigalitate §. ſeq. aut ſi quis poſt ſurdus mutus fiat. *ad dict. leg. is, cui 18. l. qui teſt. 20. §. 4. de teſtam. §. Item ſurdus inſu-*

in fi. h.t. L. qui in 6.§.1. de teſtam. ſecus in iis quæ ſuperuenientia ſtatum mutant teſtatoris, veluti ſi quis diminutionem capitis maximam mediam aut minimam, (ſi vid. arrogetur) patiatur, de quo tractatur *in §. alio 4. infr. Quib. mod. teſtam. infirm.* Illud alio pertinet, quod Iuſtin. pro ratione adiicit nihil eorum quæ recte geſta ſunt furore irritari poſt ſecuto: quãuis poſſit cauſam præbere, vt per alium actum negotium diſſoluatur, veluti conſtat, olim ob furorem diuortium mitti potuiſſe.

TEXTVS.

3. Item ſurdus & mutus non ſemper teſtamentum facere poſſunt, vtique autem de eo ſurdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil poteſt, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam literati & eruditi homines variis caſibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Vnde noſtra conſtitutio etiam his ſubuenit, vt certis caſibus & modis ſecundum normam eius teſtari poſſint, aliaque facere quæ eis permiſſa ſunt. Sed ſi quis poſt teſtamentum factum aduerſa valetudine aut alio caſu quolibet, mutus aut ſurdus eſſe cœperit, ratum nihilominus manet eius teſtamentum.

COMMENTARIVS.

Vitium hoc eſt corporis quod inhibet teſtamenti factionem. Et olim quidem ſimpliciter licet mutus aut ſurdus tantum, non poterant citra permiſſum principis teſtari *l. ſi mutus 7. de teſtam.* Sed Iuſtin. in vniuerſum permiſit ſub hac limitatione *in l. diſcretis 10. Cod. h. tit.* vt ſi mutus & ſurdus ſimul ſit, ſiquidem natura, nullo modo poſſit teſtamentum facere: ſin caſu poſſit, ſiquidem literas ſciat. Sin alterutro vitio tantum laboret, ſurdus tantum etiam natura, teſtari poſſit, ſi loqui poſſit, mutus itidem tantum, licet à natura, poſſit, ſi literas ſciat & ſcribere poſſit. Vt quidem recte ſe cetera habent, ſed illud non facile explicatu, quomodo qui natura eſt ſurdus, loqui poſſit. Et cum omnino audiendo diſcamus quid quæque res ſignificet, penitus impoſſibile eſt, vt poſſit loqui, qui numquam audiuit. Et proinde ridiculus eſt Tribonianus *in d. l. 10. C. Qui teſtam. fac. p. ſſ.* Si, inquit, vox articulata ei à natura conceſſa eſt, nihil prohibet eum omnia quæ voluerit facere: Neque enim à natura vox inditur homini, ſed eam linguam quiſque diſcit, quam alios audit loquentes, itaque talis eſt hæc conſecutio & hypotheſis; ac iſta, ſi aſinus habet pennas, volat: prorſus quiſquis naturaliter ſurdus eſt, eum & mutum eſſe oportet, vt & Plinius ſcribit *lib. 10. nat. hiſt. cap. 69.* Et facetum eſt commentum, quod *in d. l. 10. C. h. t.* ſubdit Iuſtinianus, neminem eſſe qui non exaudiat, ſi quis ſupra cerebrum eius loquatur. Quod vt maxime ſit verum, & tamen falſum eſſe puto, laborioſiſſimus fuerit iſte modus quo quis loqui diſcat, & ſub ipſum faciendi tempus ſtolidum ſit exiſtimare hac ratione fieri poſſe, vt ſurdus animi ſui ſenſu exprimat. Licet enim tum ſonum deſuper loquentis exaudiat, tamen quid ſibi velit, numquam intelligere poſſit. Illi quoque omnino errãt, qui putant mutum qui ſcribere non poteſt, impetrare tamen poſſe à principe vt ſibi liceat teſtari; quippe cum hic nec voluntatem ſuam principi exponere poſſit, & vt recte Vigl. hic, quis horum geſticulationes recte percipiat, aut quis talium interpretationibus in re tam ſeria credat. Cogitandum tamen, an non ad interrogationem alterius adnuendo poſſit facere teſtamentum. Quamuis hoc videatur periculoſum, & quod nutu fideicommiſſum relinqui poſſe dicitur *l. nutu d. l. 3.* proculdubio ad eum pertinet, qui & loqui poteſt, & fideicommiſſorum latior interpretatio eſt.

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

Cæcus autem non poteſt facere teſtamentum, niſi ſecundum obſeruationem, quam Lex Diui Iuſtini patris noſtri introduxit.

COMMENTARIVS.

NOn dubium eſt, quin cæcus teſtamentum recte faciat, cum hoc vitium non impediat, quo minus aut loqui aut ſcribere quis poſſit. Sed quia in teſtamento cæci facilius poteſt fraus committi, & voluntatis ſuppoſitio, teſtamentum id paulo accuratius, & ſolennitatibus pluribus confici voluit Iuſtinus, quæ perſpicue ſatis exponuntur *in l. hac conſultiſſima. C. qui teſt. fac. poſſ.*

Patris noſtri.] Vulgatum eſt & notum, quod Iuſtinus adoptauerit Iuſtinianum.

BIBLIOTECA E. C. ROMA VITTORIO EMANUEL

TEXTVS.

Eius qui apud hoſtes eſt, teſtamentum, quod ibi fecit, non valet, quamuis redierit: ſed, quod dum in ciuitate fuerat, fecit, ſiue redierit, valet iure poſtliminii: ſiue illic deceſſerit, valet ex Lege Cornelia.

COMMENTARIVS.

DIximus paulo ante, ſi poſt teſtamentum factum quid accidat teſtatori, quo mutetur eius ſtatus, teſtamentum irritum fieri. Mutatur autem ſtatus, cum in hoſtium poteſtatem quis peruenit, quorum ita ſeruus efficitur, de quo & diximus *ad §. ſi ab hoſtibus 5. ſup. quib. mod. ius pat. pot. toll.* Et ineptus eſt Leo N. 40. vbi neglecta hac ratione iuris, quam ſecuti ſunt veteres ICti, contendit, omnino captiuis permittendam fuiſſe teſtamentifactionem. Itaque ſi teſtamẽtum conſeruari debet, oportet rationem inire, vt ne teſtator ſtatum mutaſſe, nec in poteſtatem hoſtium veniſſe videatur. Quod faciendum viſum fuit Romanis, ne forte timidius bellica pericula adirent ciues Romani, ſi per captiuitatem vltima ſua elogia irrita ſcirent futura. Et cum itaque alterutrum fieri neceſſe ſit, vt vel captiuus apud hoſtes moriatur; aut ab iis elapſus aut dimiſſus reuertatur ad ſuos: in vtrumque caſum proſpexit Legislator Romanus; vt numquam captus fuiſſe videatur, & ſiquidem redeat, fingatur ſemper retro fuiſſe in ciuitate Romana: ſin apud hoſtes moriatur, fingatur ipſo puncto dum capitur, imo antequam adhuc capitur, mortuus fuiſſe; prius effectum eſt per fictionem poſtliminii, de qua diximus plura *ad d. §. ſi ab hoſtibus 5. Quib. mod. ius pot. ſolu.* quæ quo autore aut qua Lege introducta ſit, non liquere puto; nam L. Cornelia improprie ſumitur *in l. captum l. 9. C. de poſtlim.* vbi tribuitur L. Corneliæ, quod eſt fictionis poſtliminii.) Poſterior per L. Corneliam; *h. §. & l. 1. in fin. C. de poſtlim. & capt.* quam quidam & in his Vigl. putant latam fuiſſe primo bello Punico, cum cæſis Romanis ipſe Imp. Regulus & multa millia Romanorum capta fuiſſent. Quod à Scipione aliquo latam eſſe idem Vigl. putat, minus probo, quoniam ante bellum ſecundum Punicum vix illuſtre fuit nomen Scipionum. Magis errat, dum pro ratione adiicit, à familia & gente Leges fuiſſe appellatas, imperite confundens familiam & gentem: & ſcilicet *Cornelius*, nomen gentis, *Scipio* nomen familiæ fuit: & proinde, quod à familia nomen Leges acceperint, falſum eſt. Ceteroquin plures fuiſſe Cornelias LL. vulgo notum eſt, & eas diſtinctim refert *Ant. Aug. de LL. pop. Rom.* Obiicit Ang. non fuiſſe neceſſariam fictionem poſtliminii ad conſeruationem teſtamenti, quod ciuis fecit, qui in ciuitate mortuus eſt, ſiquidem pro regula tradatur, media tempora non nocere *l. ſed ſi 6. §. 2. l. ſi alienum 49. §. 1. de hered. inſt. §. in extran. 4. verſ. medio infra de hered. qua.* Ipſe reſpondet hoc procedere, ſi interim non fuerit mutatus ſtatus. Verum de aliis ſuper-

uenientibus nec poſſit eſſe ratio dubitandi, & *in d.l.6.* §.2. proponitur factus peregrinus, quomodo ſane mutatur ſtatus. Nimirum iſta regula ad heredem pertinet, non ad teſtatorem, cuius ſi ſtatus mutetur, teſtamentum valere non poteſt.

Quærunt etiam Interpp. cum fingatur reuerſus ſemper fuiſſe in ciuitate, cur non etiam confirmetur teſtamentum apud hoſtes factum: & recte reſpondet Iohan. Faber non confirmari, quæ apud hoſtes geſta ſunt, niſi habeant præiacentem materiam, ex quo fit, vt ſi quis ex vxore ſecum capta ſuſtulerit liberos apud hoſtes, & cum iis reuerſus ſit, liberi iuſti ſint *l. ſiue 25. de capt. & poſtlim. reu.* quia nimirum matrimonium ante rite contractum erat. Ex quo fit, vt codicilli facti apud hoſtes, ſi reuertatur qui ante teſtamentum fecit, ſuſtineantur, *l. in bello* 11. §. *codicilli* 5. *eodem.*

Ad Titvlvm XIII. Libri Secvndi Institutionum,

DE EXHEREDATIONE liberorum.

TEXTVS.

Non tamen vt teſtamentum valeat omnino, ſufficit hæc obſeruatio, quam ſupra expoſuimus: Sed qui filium habet in poteſtate, curare debet, vt eum heredem inſtituat, vel exheredem eum faciat nominatim: alioquin ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur: adeo quidem, vt ſi viuo patre filius ſit mortuus, nemo heres ex eo teſtamento exſiſtere poſſit: quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum. Sed non ita de filiabus & aliis per virilem ſexum deſcendentibus liberis vtriuſque ſexus antiquitati fuerat obſeruatum, ſed ſi non fuerant ſcripti heredes, ſcriptæve, vel exheredati exheredatæve, teſtamentum quidem non infirmabatur, ius tamen adcreſcendi eis ad certam portionem præſtabatur. Sed nec nominatim exheredare eas perſonas, parentibus neceſſe erat, ſed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, ſiue ita exheredetur, Titius filius meus exheres eſto: ſiue ita, Filius meus exheres eſto, non adiecto proprio nomine, ſcilicet ſi alius filius non exſtet.

COMMENTARIVS.

1 *Variæ liberorum differentia.*
2 *De filiabus & nepotibus ex filiis.*

Recte notat Hottomannus, quod hic tit. ideo inſcribatur, *De exheredatione liberorum*, non etiam, *inſtitutione*: quoniam liberi in poteſtate non tam à patre quam à Lege accipere videantur hereditatem, cum & viuo patre quaſi videantur eſſe domini bonorum *l. in ſuis* 11. *de lib. & poſthum.* qua de cauſa etiam non adire hereditatem, ſed ipſo iure & ignorantes quoque exſiſtere heredes dicuntur §. *ſui* 1. *inf. de hered. ab int.* Itaq; per exheredationem filius ab hereditate excludendus fuit. Et igitur ſolemnitates teſtandi aliæ ſunt communes, de quibus, vt Iuſtin. in pr. ait ſupra videlicet *tit.* 10. expoſitum, aliæ ſpeciales, in eius teſtamento qui liberos habet. Cuius rei & eorum quæ in pr. *& in ſeqq.* §§. *& tit.* traduntur, ratio pendet à coniunctione, quæ eſt inter liberos & parentes, & quæ facit, vt aliquando teſtamentum ſit ipſo iure nullum, aliquando modis & remediis legitimis impugnetur & euertatur, vt ſeqq. oſtendent. Cuius diuerſitatis ratio rurſus dependet à magna

gna diuerſitate, quæ eſt inter liberos teſtatoris. Vna † differentia eſt, quod alii tempore teſtamenti facti exiſtunt, alii necdum exſiſtunt, qui non poſſunt facere, vt teſtamentum initio ſit nullum, ſed poſſunt facere, vt iis natis rumpantur teſtamenta. Alia differentia eſt à gradu, quod alii ſunt primo gradu, alii ſecundo, vt nepotes: Tertia eſt à poteſtate, quod alii ſunt ſub ea, alii emancipati. Quarta a ſexu, quod alii ſunt maſculi: alii fœminæ. Quinta à familia, quod alii ſunt de familia, alii extra familiam, veluti nepotes ex filia. Sexta addenda eſt propter nouam conſtitutionem Iuſtiniani, quod alii ſunt natura liberi, alii Lege, tantum per adoptionem. Hæ omnes differentiæ variant ius, & de ſingulis videndum eſt. Optimo iure ſunt liberi iam nati maſculi, in poteſtate. Hi enim omnino aut inſtituendi ſunt aut exheredandi,& quidem nominatim, vt eſt in fin. huius textus; ceteroquin ſi alterutrum factum non ſit, teſtamentum eſt nullum, etiamſi filius viuo patre deceſſerit *h. text. & l. filio 7. de iniuſt. teſtam.* quia initio interno vitio laborat teſtamentum, & quod ab initio non conſiſtit ex caſu ſecuto non conualeſcit, ex vulgat. reg. Caton. *l. pen. de reg. iur.* ſiquidem actus legitimi ſuis viribus niti, non ex incerto euentu pendere debent. Itaque per tale teſtamentum, hoc quod ante factum eſt non rumpitur *l. ſi filius 7. de lib. & poſth.* An autem iure prætorio ſuſtineatur, videbimus ad *§. non tamen infra quib. mod. teſtam. infir.* Hoc autem in hac materia eſt præterire, non inſtituere vel non exheredare. *§. Eadem 11. infra de hered. ab int.* & patet ex *§. ſeq. verſ. ſed fœminini*, legatum autem reliquiſſe non ſufficit, vtcunque hoc etiam magnam partem bonorum contineat, oportet enim filium ſucceſſorem eſſe patris, aut legitime & per exheredationem excludi, & quidem, vt in fin. huius textus docet Iuſtin, per exheredationem nominatim factam, quod quale ſit ibidem Iuſtin. explicat, & plenius docent ICti, *in l. 1. 2. & 3. de lib. & poſt.* vt ſcilicet vel nomen exprimatur filii, vel certa eius demonſtratio, quæ nominis vice fungitur *l. certum 6. de rebus creditis.*

Sed non ita de filiabus.] Diximus de filiis: ſequitur de filiabus & nepotibus ſiue neptibus ex filio, & ita deſcendentibus per ſexum virilem. Nam nati ex filia, cum non ſint omnino in familia & poteſtate teſtatoris, nec vmquam fuerint, & habeant ſuum patrem & auum paternum, ab auo materno liberi prætereuntur, qui iure veteri nec ab inteſtato quidem vocabantur, niſi demum à prætore tertio gradu poſt ſuos & agnatos. Quod cum poſt *in §. pen. infra de hered. ab int. & plene Nouel.* 118. *c.* 1. mutauerit Iuſtin. ita vt æquo iure concurrant cum nepotibus ex filio, aut cum auunculis ſuis, licet dubitare, an & illi hodie ſint exheredandi, vel inſtituendi, & quod remedium habeant, ſi ſe reperiant præteritos.

Et breuiter interim dicendum eſt, iis præteritis teſtamentum non eſſe nullum: cum nec olim nepotes ex filio hoc ius haberent, vt teſtamentum nullum facerent, & nec hodie habeant emancipati, (vt poſt dicemus,) nec liberi præteriti a matre, ſed quod ius competit omnibus liberis, qui vocantur ab inteſtato ad ſucceſſionem parentum, hoc quoque competet, querela ſcil. inofficioſi de qua tit. 18. Iam breuiter videamus, quo iure olim fuerint filiæ & nepotes neptesue ex filio, iuxta hunc §. Præteriti nec teſtamentum faciebant nullum, nec querela indigebant, ſed quaſi pro ſcriptis habebantur, ita vt per ius adcreſcendi certam portionem heredibus auferrent. Id ita explicatur à veteribus ICtis. Paulus 3. *Sent.* 4. Filio & extraneo æquis partibus heredib. inſtitutis, ſi filia (hoc enim verbum addendum eſt,) præterita adcreſcat, tantum ſuo auocabit quantum extraneo. Si autem duo filii ſunt inſtituti, ſuis tertiam, extraneis (ſi ſcilicet cum duobus filiis aut etiam ſoli ſint inſtituti) dimidiam tollit. Caius 2. *inſt.* 3. Si pater præterierit filiam, non rumpit teſtamentum filia prætermiſſa, ſed inter fratres ſuos legitimo ſtãte teſtamento ſuam ſicut alii fratres conſequitur portio-

 nem,

nem. Si vero extranei heredes ſcripti ſint, ſtante teſtamento filia medietatem hereditatis adquiret. Vlpianus *tit.* 22. §. *ex ſuis* 14. Filia, nepos, neptis (ſi ex filio) præteriti ſcriptis heredibus adcreſcunt, ſuis quidem in partem virilem, extraneis autem in partẽ dimidiam, Theophilus hic οἱ μὲν ἐξωτικοὶ εἰσὶν οἱ γεγραμμένοι, εἰς τὸ ἥμισυ γίνονται οἱ προσαύξοντες, οἱ δὲ σοῦοι, εἰς τὸ ἀνάλογον. In ſumma, aut nullis liberis filiis ſcilicet ſuperſtitibus inſtituti ſunt extranei ſoli: aut ſoli filii: aut mixtim filii & extranei. Primo caſu filia accreſcit in dimidiam ſiue auſert extraneis dimidium, ſiue vna ſit filia ſiue plures præteritæ filiæ aut nepotes. Secundo caſu accreſcit filia præterita in virilem, vt Vlp. & Caius ſcribunt, & quidem ſingulari numero de filia, ſed putarim ſingulas, ſi plures ſint, auferre virilem, perinde ac ſi ab inteſtato ſuccederetur, ſatis enim patri tribuitur, quod teſtamentum conſeruatur: ceteroquin ſi plures ſint filiæ, aut etiam nepotes ex filio, nimis parum conſequerentur. Tertio caſu ſcribit Paulus, ſi filius & extraneus æquis partibus inſtituti ſint, filiam tãtum auocare ſuo quantum extraneo, ſin duo filii ſint inſtituti, & extranei, filiis adimere tertiam, extraneis dimidiam. At vero cur & non illic adimet extraneo dimidiam, aut cur illic plus adimit ſuo quam hic, & cur non vtrobique idem ius: Aut an priore quoque caſu aufert dimidium ſuo, eique ſicut & extraneo adcreſcit ad virilem? Atque ita vtrobique idem ius erit, quæ ſane videtur ſententia Pauli. Nam poſteriori caſu, ſi duo filii in ſemiſſe, ſinguli in tribus vnciis ſint inſtituti, dum ſingulis filia aufert tertiam, & ſcilicet vnam vnciam, conſequitur virilem, & tantum habet, quantum ſinguli fratres, quorum deducta vncia vna quiſque retinet duas. Itaque conſtans ius erit vt filia accreſcat ſuis fratribus in virilem, extraneis in dimidiam. Et conſequenter falſum erit, quod ſcribit Hottoman. filio & extraneo inſtitutis ex æquis partibus, filium, accreſcente filia habiturum trientem, extraneum quadrantem, filiam, quincuncem. Ita enim contra Paulum filia minus auocaret ſuo quam extraneo, & imo iuxta Paulũ filia habebit ſemiſſem, quippe quæ vtrique & filio & extraneo detrahet dimidiam, atque ita fiet ex accidenti, vt plus habeat filia quam filius. Aut an forte tantum habebunt omnes filiæ, licet plures ſint? plane in iſtis non eſt immorandum, cum hoc ius ſuſtulerit Iuſtin. *in* §. *ſed hæc* 5. *infra h. t.* Hoc primum eſt, in quo olim differebant filii à filiabus & nepotibus. Alterum eſt, quod in fin. hic proponitur, & cuius veſtigium eſt *in l. ſi quis* 6. §. 1. *ad L. Corn. de falſ.* quod filiæ & nepotes poterant inter ceteros exheredari generali clauſula, quippe cum nec præteriti facerent nullum teſtamentum, ſed nimirum ita inter ceteros exheredatæ iſtæ perſonæ, non accreſcebant heredibus, ſicut præteritæ, ſed ſi non accepiſſent legitimam, de inofficioſo iis agendum erat, de quo *infra tit.* 18. Illud autem quæri † poſſit, cum olim etiam ſui præteriti habuerint bonorum poſſ. cont. tabb. de 2
quo *infra lib.* 3. *tit.* 10. an etiam filiæ præteritæ & nepotes potuerint vti iſto remedio. Ego magis negandum puto, quoniam præteriti vtentes remedio præterito mitius agere dicebantur, quam ſi dicerent teſtamentum nullum, quo modo quoque totum teſtamentum ad nihilum redigebatur, atquin præteriti nepotes & filiæ ius dicendi nullum non habebant, & proprio remedio iuris ciuilis illis ſatis conſultum erat. Ratio autem diuerſitatis inter filios & ceteros liberos ea eſſe videtur, quod fœminæ cum nubendo tranſirent in alienam familiam, itemque ceteri liberi tamquam gradu remotiores, non videbantur ita arcte eſſe coniuncti teſtatori, ſicut filius, neque eadem conditione illis bona deberi; Vnde fiebat, vt filiæ & nepotes ex poteſtate patris exirent vna mancipatione & manumiſſione, cum in filiis tres eſſent neceſſariæ, vt expreſſe ſcriptum eſt *in l. vet.* 8. §. 1. *de inoff. teſtam.* & *ab Vlp. tit.* 10. *in princ.*

TEXTVS

Digitized by Google

TEXTVS.

1. Poſtumi quoq; liberi vel inſtitui debent hæredes vel exhęredari. Et in eo par eſt omnium conditio, quod & filio poſtumo, & quolibet ex ceteris liberis, ſiue fœminini ſexus, ſiue maſculini, præterito, valet quidẽ teſtamentum, ſed poſtea agnatione poſtumi ſiue poſtumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque ſi mulier ex qua poſtumus, aut poſtuma ſperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento eſt ſcriptis hæredib. ad hæreditatem adeundã. Sed fœminini quidẽ ſexus perſonæ vel nominatim vel inter ceteros exhæredari ſolebant, dũ tamen ſi exheredarẽtur inter ceteros aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ per obliuionem. Maſculos vero poſtumos, id eſt, filios & deinceps placuit non aliter recte exhæredari, niſi nominatim exhæredarentur, hoc ſcilicet modo: Quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres eſto.

COMMENTARIVS.

DIximus de liberis in poteſtate iam natis, cum teſtamentũ fiebat, ſequitur de necdum natis, id eſt poſtumis. Ita enim in hac tractatione dicitur, quiſquis etiã viuo patre poſt teſtamentum natus eſt, *l.3.§.1. & l. poſtumus 12. in prin. de iniuſt. teſt.* Hi liberi etiamſi maſculi ſint primo gradu, hactenus differunt à iam natis, quod his præteritis teſtamentum eſt nullum initio; illis autem præteritis teſtamentum initio valet, & natis demum rumpitur; *l.§.l.1. & 3. in princ. de iniuſt. teſt. t.t. Cod. de poſthum. hær. inſt.* Quoniam poteſt fieri, vt non naſcantur, ſed mulier faciat abortum, quod ſi fiat, teſtamentum firmum manet. *leg. 2. Codic. de poſt. hæred. inſt.* ex ratione *l. qui mortui 129. de V. S.* Itaque hactenus nec pro natis haberi poſſunt; & cum nati omnimodo rumpant, nullum ipſis incommodum affertur, itaque fruſtra hic obiicitur, quod qui in vtero eſt, quoties de ipſius commodo agitur, habeatur pro nato.

Et in eo par omnium conditio eſt.] Filia natæ præterita teſtamentum non rumpitur, vt ad prin. diximus, ſed filia poſtuma præterita teſtamentum ea nata non minus rumpitur, quam ſi poſtumus filius præteritus natus fuiſſet. Etenim incertum eſt an filius an filia ſit in vtero: & cum quam benigniſſime præſumamus de voluntate parentum erga liberos, creditur, qui in vtero eſt obliuione præteritus eſſe. Igitur omnino poſtumus vel poſtuma exhæredandi ſunt, (alias teſtamentum rumpunt;) non tamen eodem modo. Filius enim poſtumus nominatim exhæredandus eſt: filia poſtuma exhæredari poteſt inter ceteros, vt tamen (in quo differt à filia iam nata) ei adſcribatur legatum; ne vt ait Iuſtinian. præterita videatur per obliuionem. Ceteroquin pro poſtuma nata dici poſſet, non debere eam ſub generali clauſula contineri, quam pater forte in vtero eſſe ignoraſſet. An autem hodie omnino poſtumi poſſint exhæredari, dicemus *infr. ad tit. de inoff. teſt.* Ait Iuſtinianus:

Maſculos poſtumos filios & deinceps.] Commune ius eſt, vt diximus, poſtumorum maſculorum & fœminarum, vt ſint exhæredandi⁹ ſed hac differentia, quod hæ quidem exhæredari poſſunt, & inter ceteros adſcripto tamen legato, illis autem legatum adſcripſiſſe non ſufficit, ſed exhæredandi erant nominatim, id eſt, vt hoc loco explicat Iuſtin. hoc modo, *Quiſquis filius mihi genitus fuerit, exhæres eſto.* Ceteroqui verbo *nominatim* in ſpecie accepto, poſtumi, qui necdum nomen habẽt, nominatim exhæredari nõ poſſunt. Sed quid eſt, quod ait Iuſtin. filios *& deinceps?* neq; videtur aliter iſtud accipi poſſe, quam vt intelligãtur nepotes poſtumi ex filio prædefuncto.

Sed non videtur rationis, vt hos neceſſum ſit exhæredari nominatim; verum quod ſufficiat inter ceteros exhæredare cum legato, illa ratio facit, quod ſi iam nati ſunt, poſſunt & ſimpliciter inter ceteros exhæredari, & imo etiã ſaluo teſtamẽto præteriri, *iuxt. ſ. pr. hui⁹ tit.* Qua in re cum eodẽ iure vtantur quo fœminę, difficile dictu eſt, cur hactenus differant, vt neceſſe ſit eos ſi adhuc in vtero ſint, nominatim exhæredari. Viglius hic rationem ignorare ſe ingenue fatetur. Hottom. affert hanc rationem, quod de patrum voluntate erga liberos ſemper præſumamus & iudicemus benigne, ſed iam diximus, non poſſe præſumi benigne ſi pater adſcripſerit legatum. Probabiles ſunt rationes quas addducit Weſemb. quod vetuſtas plus mares & quidem ex maſculis progenitos dilexerit, & quod teſtator nepotem ex filio, in quo eſt ſpes propagationis nominis & familiæ non facile præſumi poteſt, & debet inter ceteros voluiſſe exhęredare; & pręcipue quod ſi maxime legatum adiecerit, tamẽ niſi nominatim poſtumum nepotem exhæredauerit, credatur exiſtimaſſe fœminam poſtumam naſcituram, quæ inter ceteros cum legato recte exhæredatur; quæ ratio in nepotibus etiam maſculis iam natis ceſſat, ſecũdum hoc quod ſubiicit Iuſtinianus formulam exhæredandi, *Quiſquis mihi filius, &c.* exempli cauſa ſcriptũ accipi debet; quoniam alias appellatione filij præſertim in materia odioſa nepos non continetur. Facit omnino ad explicationẽ huius rei, quod Vlp. ſcribit, nepotes & pronepotes ceterosq; maſculos poſtumos præter filium vel nominatim, vel inter ceteros cum legati adiectione fuiſſe exhæredandos: ſed tutius eſſe vt nominatim exhæredentur; & id obſeruari magis. Ita ille *tit. 22. § nepotes* 18. ex cuius verbis apertum fit, rationem illam quam diximus, feciſſe, vt poſſent exhæredari inter ceteros; ſed rationes poſteriores ex Weſemb. feciſſe, vt aliud potius obſeruaretur.

TEXTVS.

3. Poſtumorum autem loco ſunt, & hi, qui in ſui hæredis locum ſuccedendo quaſi agnaſcendo fiunt parentib. ſui hæredes; vt ecce ſi quis filium & ex eo nepotem in poteſtate habeat, quia filius gradu præcedit, is ſolus iura ſui hæredis habet, quamuis nepos quoq; & neptis ex eo in eadem poteſtate ſint: Sed ſi filius eius viuo eo moriatur aut qualibet alia ratione exeat de poteſtate eius, incipit nepos neptisue in eius locum ſuccedere, & eo modo iura ſuorum hæredum quaſi ad natione nanciſcitur. Ne ergo eo modo rumpatur eius teſtamentum, ſicut ipſum filium vel hæredem inſtituere vel exhæredare debet teſtator, ne non iure teſtamentum faciat: ita & nepotem neptemue ex filio, neceſſe eſt, ei vel hæredem inſtituere vel exhæredare, ne forte eo viuo, mortuo filio, ſuccedendo in locum eius nepos neptisue, quaſi adgnatione rumpat teſtamentum: idque Lege Iulia Velleia prouiſum eſt, in qua ſimilis exhæredationis modus ad ſimilitudinem poſtumorum demonſtratur.

COMMENTARIVS.

1 *Poſthumus, vnde dictus.*
2 *Species poſthumorum.*
3 *Eorum ius in rumpendo teſtamento.*

QVomodo ſcribendum ſit, poſtumus an
poſthumus, † Grammaticorum diſpu- 1
tatio eſt, & eadem fere quæ de verbis, teſta-
menti, poſtliminij, æditui, aut æditimi; &
quamuis *Cuiac. 3. obſ. 4.* velit *vnius* eſſe produ-
ctio-

ctionem verbi, & *poſtumum* nihil aliud ſignificare q̃ poſtremum, tamen quas ipſe adducit in contrarium autoritates ipſius opinioni repugnant, nec quidquam loca ex alijs ab ipſo adducta mouent, quippe quod verbum aliquod extra propriam ſuam & natiuam ſignificationem, per translationem latius vſurpari poſſit. Nec quidquam etiam facit, quod ad præc. §. dixim⁹, poſtumū dici etiam, qui viuo patre poſt teſtamentum natus eſt; ita enim dicitur quo ad effectum de quo hic tractatur, rumpendi teſtamēti: ſicut & hoc §. qui ſuccedendo in locum hæredis ſui teſtamentum rūpit, poſthumorum loco eſſe dicitur, quem poſthumum vere & proprie eſſe nemo dixerit. Hic autem locus poſtulat, vt ſpecies poſthumorum explicemus. Sunt ſcilicet poſthumi vel vere, vel quaſi;
2 † Veros poſthumos omnino eſſe puto, qui nati poſt humatum patrem ſunt. Quaſi vero poſthumi ſunt, qui effectum habent poſthumorum verorum, quoad effectum hunc, rumpendi teſtamenti, licet viuo teſtatore poſt teſtamētum, *l. 3. §. 1. de iniuſt. teſt.* aut etiam ante teſtamentū nati fuerint, ſed poſt teſtamentum demum locum ſortiantur hæredum ſuorum, quod accidit fere dupliciter, 1. ſi quis poſt teſtamentum factum adrogauerit aliquem ſibi in filium; hic enim ſi ſe præteritum deprehendat, teſtamentum rumpit, vt docet *l. filio 23. de lib. & poſt.* 2. qui eſt huius §. caſus, ſi qui teſtamenti tempore ſecundo gradu alio præcedente erat, poſt viuo adhuc teſtatore priori gradu ſubmoto, ſuus hæres eſſe incipiat, *h. §. & leg. poſtumorum 13. de iniuſt. teſt.* neque enim vt quis ſuus hæres ſit, ſufficit eſſe in poteſtate, ſed gradu primo, vel proximo eſſe oportet, quem nemo præcedat *§. ſui 2. infra de hered. qualit. & differ. §. ſui 2. in fin. infr. de hæred. ab int.* præcedens enim gradus ſemper obſtat ſequenti, *l. ſi quis 6. in fin. princ. de iniuſt. teſt.* Adeoque non neceſſe habet auus ſuperſtite
3 † adhuc filio exhæredare nepotem ex ipſo natum, & rurſus firmum manet teſtamentum, ſi eo adhuc ſtatu durante, id eſt, viuo filio auus decedat: Sed ſi contingat filiū præmori, nepos ſubintrans in locum patris prædefuncti, vel etiam emancipati, ſi deprehendat ſe præteritum, ad inſtar poſthumi rumpit teſtamentum. Itaque auus qui filium habet, & ex eo nepotem, ſi omnino ſecure teſtari velit, in caſum quem diximus, neceſſe habet nepotem quoq; exhæredare, vel inſtituere h. §. Ait autem Iuſtin. Ne eo modo rumpatur eius teſtamentum, ſicut ipſum filium, vel hæredem inſtituere, vel nominatim exhæredare debet teſtator, ita & nepotem neptemue ex filio, neceſſe eſt ei, vel inſtituere hæredem, vel exhæredare. Apparet hinc melioris eſſe conditionis neptem ex filio, quam filiam, quæ præterita non rumpit teſtamentum. Sed nimirum hic agitur de nepte, quæ teſtamento facto non habuit proximum gradum in familia defuncti, ſed demum præmortuo patre ſuccedit in eius locum inſtar poſthumæ. Cū ergo in poſthuma filia id iuris eſſet, vt expreſſum eſt *§. præcedent.* vt ſaluo teſtamento ea præteriri non poſſet, merito in nepte ex filia idem ſtatutum fuit, quia credimus fuiſſe auum eam inſtituturum, ſi tempore facti teſtamenti in eius familia proximum gradum obtinuiſſet. Sed an neptis ex filio erit exhęredāda nominatim? Id videtur hic §. ſuadere, dū filium ait nominatim exhæredandum eſſe, & mox cum filio comparat nepotem & neptē ex filio. Et tamen iſtud repugnat rationi, quia neptis ex filio ſuccedens in locum patris vtitur iure poſthumæ, atquin filia vere poſthuma, teſtamento ſaluo inter ceteros exhęredari poteſt, ſi modo adſcribatur ei legatum, ne obliuione præterita videatur *§. præcedent.* quod ipſum nō videtur neceſſum eſſe in nepte iam nata ex filio, quam non poteſt obliuione videri præteriiſſe pater; itaq; ſufficiet omnino eam in genere exhęredatam eſſe. Et hanc ſententiam prorſus veram eſſe puto; & ad hunc locum reſpōdeo, quod qualitas exhęredationis nominatim faciendæ, quæ in priori parte comparationis requiritur, non ſit repetenda in redditione, vbi etiam agitur de nepte; ſicut nec repetitur h. §. nec in *leg. poſtumorum 13. de iniuſt. teſtament.* Sed comparatio

facta

facta ſimpliciter intelligenda eſt, quoad exhęredationem attinet, non quo ad eius ſpeciem formam, modum: nam & qui exhæredatur inter ceteros, vtique exhæredari eum verum eſt. Et cum Iuſtinian. in d. redditione, ſimul de nepote & nepte loquatur, neceſſe habuit indefinite dicere, (& recte dixit) exhæredandos eſſe, non expreſſo an nominatim an vero inter ceteros: & ex præmiſſis hoc explicandum, & ſubiectis proprijs applicandum reliquit; nec vlla ratio excogitari poteſt, propter quam neptes ex filio debeant nominatim exhæredari. Quod attinet ad nepotes ex filio, in locum præmortui patris ſuccedentes, cum iure poſtumorum vtantur, repetimus, quę ad *fin. § prac.* de veris poſtumis ex filio diximus.

Idque L. Iunia Velleia prouiſum.] Proponitur huius L. ſententia in *leg. Gallus 29. § nunc de 11. cum ſequentibus de liber. & poſthum.* quibus locis ſcribitur, Legem Velleiam cauiſſe, vt nepos inſtitutus ſuccedens in locum patris non rumperet teſtamẽtum. Vbi non leuis ſcrupulus eſt, quorſum opus fuerit hac Lege, & quæ ratio, vt nepos etiam inſtitutus in præmortui patris itidem inſtituti locum ſuccedens rumperet teſtamentũ. Hoc enim diſpoſuiſſe Legem Velleiam, ex iam d. loco apparet, aut oporteat eã ita explicare, vt nepos quem præcedebat filius, iure veteri nõ potuerit inſtitui: & hoc primum per L. Velleiam fuerit admiſſum; cuius rurſus iuris non videtur in aperto eſſe ratio. Quoniam iſta ſunt hodie ſublata, breuiter agendum eſt. Videtur iſtius rei hæc non improbabilis ratio, quod vt iure ſui ſuccedens non rumpat teſtamentum, oportet eum eſſe inſtitutum tamquam ſuum; quẽ autem pater præcedit eo tempore, quo teſtamentum factum eſt, tamquam ſuus inſtitui non poteſt; non autem ſufficit eum inſtitutũ tamquam extraneum, qui eo tẽpore quo moritur teſtator, reperitur ſuus, & quid autem ſi facto protinus teſtamento deceſſiſſet teſtator, obſtante tum adhuc patre nullo modo ſuccedere potuiſſet. Eoque non obſtat *l. ex ſi qui 18. de iniuſt. teſtam.* nam ibi nullus fuit, qui inſtitutum iure ſui præcederet. Sed & Iuriſcõſulti noſtri demum poſt Legẽ Velleiam ſcripſerunt, quæ hactenus ſubtilitati iuris veteris derogauit, vt recte inſtitueretur nepos iam tempore teſtamenti natus, quamuis adhuc filio ſuperſtite, & vt prædefuncto filio in eius locum ſuccedens non rumperet teſtamentum. Addit in fin. §. Iuſtinian. in Lege Velleia ſimilem eſſe exhæredationis modũ demonſtratum, ad ſimilitudinẽ poſthumorum. Quod vt rectius intelligatur, ſciendum eſt, quod vt poſtumi, qui nati omnimodo quoque ſui futuri eſſent, & ſcilic. ex vxore & ipſi tamquam incertæ perſonæ, aut his ſimiles, non tam ex L. 12. tabb. quam ex interpretatione prudentum olim potuerint inſtitui. Id non ita pariter receptũ fuit, in poſthumo, qui ex filij prædefuncti, ante auum, ſed poſt teſtamentum factum, vxore naſciturus eſſet: Sed vt recte fieret, effecit Gallus Aquilius, introducta formula, qua inſtitueretur, qui tempore facti teſtamenti, in vtero erat vxoris filij, in hunc euentum, ſi ante auum mortuo filio, poſt aui mortẽ nepos naſceretur, vt vigore & virtute particulæ *TVNC* 1 ipſo inſtitutionis tempore videretur ſuus, qui alias in rei veritate, tempore teſtamẽti natus, ſuus non fuiſſet, *l. Gallus 29. in pr. de lib. & poſthu.* & pluribus diſputat *A. Fabr. 9. coniect. 1.* Quæ ratio faciebat, ne ante hic poſthumus inſtitui poſſet; quia ſuperſtite adhuc filio, ſi ipſo teſtamenti facti tempore natus fuiſſet, non fuiſſet ſuus, & expectari euentum mortis filij iam etiamnum viuentis, non placuit. In caſum autem quo viuo teſtatore nepos naſceretur, Gallus non proſpexit, quoniam licebat auo, mutato teſtamento inſtituere, aut exhęredare nepotẽ. Sed quia nec ſemper licet mutare teſtamentum, nec ſemper cõmodum eſt, ſubuenit Lex Velleia, quæ prima parte de nepotibus poſt teſtamentũ viuo auo naſcituris; ſecunda, de nepotib. tempore teſtamẽti iam natis locuta eſt. Vtrobiq; ſcilic. vbi tempore teſtamenti facti filius adhuc ſuperſtes eſt, ſed ante patrem ſuum decedit: & effecit dicta Lex Velleia, vt vtroq; caſu inſtituere liceret recte

recte nepotes, & vt inſtituti & præmortuo filio in locum patris viuo auo ſubintrantes, non rumperent teſtamentum: Vtraque hæc pars legis Velleiæ proponitur in *l. Gallus* 29. §. *nunc* 11. *cum ſeqq. de lib. & poſthum.* Iuſtinianus, cui iſtud plene tractare propoſitum non fuit, tantum ex ſecundo eius capite propoſuit, de nepotibus tempore teſtamenti facti natis, & qui præteriti, præmortuo patri ſuccedendo, in ſpecie, dicuntur rumpere teſtamentum: cum primum caput L. Velleiæ pertineat ad caſum, quo nepos ex filio adnaſcendo in ſpecie, rupiſſet teſtamentum, ſi præteritus fuiſſet: qui ſcilicet præmortuo iam filio natus eſt, cetero-quin ſi viuo filio natus ſit, & hic poſt demum auo adhuc ſuperſtite moriatur, hoc ad ſecundum caput L. Velleiæ, & ad hunc noſtrum §. pertinet, de quo & ruptione per adgnationem & ſucceſſionem agemus *infr. tit.* 17. Et hoc eſt nimirum, vt eo redeamus, quod ait Iuſtinianus, per L. Velleiam ſimilem modum exheredationis, ad ſimilitudinem poſtumorum demonſtrati: voluit enim Lex Velleia, viuis nobis natos *ſimiliter* non rumpere teſtamentum, vt habent verba *d. l. Gallus* 29. §. *nunc* 11. *de lib. & poſt.* id eſt, quod Gallus introduxit, in euentum, quo nepos poſt aui mortem naſciturus eſſet: idem introduxit Lex Velleia & produxit ad caſum, quo nepotes nobis viuis naſcituri, aut etiam tempore teſtamenti iam nati eſſent: vt eodem modo ad effectum conſeruandi teſtamenti eos exheredari aut inſtituere liceret. Hactenus enim & vt teſtamentum firmum ſit ipſo iure, eadem eſt inſtitutionis & exheredationis ratio: & quo iure ſcilicet ante Gallum & L. Velleiam nepotes ex filio inutiliter inſtituebantur, & inſtituti quoq; rumpebant, eodem iure probabile & omnino verum eſt, eos nec recte exheredari potuiſſe. Sed de iſtis prolixius & ſubtilius hic agere, nec libet nec licet: hoc ſaltem addo, perſpicue hic nimis labi Viglium, dum putat in *pr. tit. huius*, vbi traditur, nepotes ex filio ſaluo teſtamento potuiſſe præteriri, referri ius antiquum, quod correctum fuerit per L. Velleiam: cum omnino abſurdum ſit exiſtimare, ius iſtud quod iam tempore ICtorum noſtrorum abolitum erat, proponere Iuſtinianum voluiſſe: & nimirum in *d. pr.* agitur de nepotibus, qui tempore teſtamenti facti iam præmortuo aut emancipato filio, proximum gradum obtinent: ſed in hoc §. de iis, quos tempore teſtamenti pater præcedebat, & quos auus inſtituiſſet, niſi filius eos præceſſiſſet: & ob id merito præteriti, ſuccedentes viuo auo in locum patris, teſtamentum rumpunt. Ex his autem addendum pro pleniore diſtinctione poſtumorum, quod alii ſunt ex vxore noſtra, alii ex vxore filii qui vel naſcituri ſunt mortuis nobis, qui inſtitui poſſunt ex formula Galli: vel viuis nobis, de quibus L. Velleia: Ita conſiderantur vel ratione teſtamenti facti, vel mortis aui.

TEXTVS.

4. Emancipatos liberos iure ciuili neque heredes inſtituere, neque exheredare neceſſe eſt: quia non ſunt ſui heredes. Sed prætor omnes, tam fœminini ſexus quam maſculini, ſi heredes non inſtituantur, exheredari iubet: virilis ſexus nominatim, fœminini vero inter ceteros: quia ſi neque heredes inſtituti fuerint, neque ita, vt diximus exheredati, promittit eis prætor contra tabulas teſtamenti bonorum poſſeſſionem.

COMMENTARIVS.

IVs ciuile ſucceſſionem tantum tribuit ſuis & agnatis, ab inteſtato: Alios non agnoſcit; de quo pluribus *infr. libr.* 3. Emancipati nec agnati ſunt, nec ſui, (de quo effectu emancipationis diximus ad *tit. ſup. Quib. mod. ius pat. pot. ſolu.*) itaque neque neceſſum erat eos olim inſtituere vel exheredare, ſed ſaluo teſtamento recte præteribat eos pater. Prætor autem, qui naturalem rationem hic ſecutus, ab inteſtato eis bonorum poſſeſſionem dedit §. *emancipati*

9. inf. de hered. ab int. idem conſuluit iis ſi teſtamento facto præteriti eſſent, per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, de qua in §. 1. *inf. de bon. poſſ.* Itaq; effectu tantum iuris habent ex prætorio pure emancipati, quātum ſui ex iure ciuili. Hoc enim eſt, quod hic Iuſt. ait, velle & iubere prætorem, vt etiam liberi emancipati maſculi & fœminæ, inſtituantur aut exheredentur: & quidem itidem obſeruata differentia iuris ciuilis, & ſcil. vt maſculi exheredentur nominatim, fœminæ inter ceteros, vt notatū ad *pr. tit.* At enim ibi diximus, potuiſſe olim fœminas omnino præteriri, vt tamen teſtamentum ſaluum eſſet. Et igitur differentias iuris ciuilis non recte obſeruauit prætor, & melioris conditionis ſunt fœminę emancipatæ iure prætorio, quā in poteſtate, iure ciuili. Sed nimirum ius ciuile ſuccurrebat fœminis præteritis, vt iure accreſcendi partem auferrent: quo modo cum iis præteritis ſuccurrere prætor non poſſet, merito præteritis quoque filiabus dedit poſſ. bon. cont. tabb. neq; enim iure noſtro præteritio patris habetur pro exheredatione. Poteſt tamen forte affirmari, quod fœminis emācipatis potuerit hactenus tantum ſuccurri per bon. poſſ. cont. tabb. & hactenus quoque ſaltem fuerit ſuccurſum, vt tantum caperent, quantū iure ciuili capiebant ſuæ per ius adcreſcendi. Nec enim habent q conquerantur emancipatæ, ſi ad inſtar ſuarū redigantur: idq; expreſſe ita ſcribit *Theoph. hic* Quod autem & quare hoc remedium bonor. poſſ. cont. tabb. conceſſum etiam ſit ſuis, qui poſſunt dicere teſtamentum nullum, vbi præteriti ſunt, dicemus *inf. li. 3. tit.* 10. Ceteroquin eſt iſtud remedium ſua natura reſciſſorium, quip pe cum teſtamentum iure ciuili valeat, in quo præteriti ſunt emācipati, qui ſunt iure ciuili pro extraneis, quandoquidem ſuitatis & agnationis iura amiſerunt *l. tutelas 7. de cap. min. l. ſed cum 6. §. 1. de bon. poſſ.* vbi ICtus ait, quod prætor reſcindat capitis diminutionem quæ verba oſtendunt, eos à prætore non tam qua emancipatos, quam ſub quodam colore ſuitatis, & perinde ac ſi adhuc in poteſtate eſſent, admitti.

TEXTVS.

5. Adoptiui liberi, quamdiu ſunt in poteſtate patris adoptiui, eiuſdem iuris habentur, cuius ſunt iuſtis nuptijs quæſiti. Itaque heredes inſtituendi vel exheredandi ſunt, ſecundum ea quæ de naturalibus expoſuimus. Emācipati vero à patre adoptiuo, neq; iure ciuili, neque eo iure quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, vt ex diuerſo quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem in adoptiua familia ſunt, extraneorum numero habeantur, vt neq; hæredes inſtituere eos, neq; exheredare neceſſe ſit. Cum vero ab adoptiuo patre emancipati fuerint, tunc incipiant in ea cauſa eſſe in qua futuri eſſent, ſi emancipati à naturali patre fuiſſent.

COMMENTARIVS.

Diximus de liberis naturalibus. Sequitur de iis qui tantum ex lege per adoptionē facti ſunt. Hi eodem iure ſunt, quo illi iuxta hoc §. tradita & in *l. 1. de bon. poſſ. cont. tabb. in pr. l. 1. §. liberos 6. vnde liber. l. 1. & paſſ. de adopt.* & procul dubio his quoq; præteritis teſtamentum eſt nullum, vt docet hoc §. Iuſti. *verſ. itaq.* ſicut & ſi poſt teſtamentum adoptati ſunt illud procul dubio rumpunt *l. verum 8. l. de iniuſt. teſt.* vbi miror iudicium Hottom. qui ex eo loco probari putat, meliori eſſe conditione filiam adoptiuam, quam filiam naturalem, quod hac preterita teſtamentū maneat firmum, in *pr. h. t.* non autem illa præterita per *d. l.* 8. neq; enim agit Vlp. in *d. l.* 8. de filia adoptiua quæ iam teſtamenti facti tempore fuit in poteſtate, cuius præteritio quod olim teſtamentum fecerit nullum penitus falſum eſt. Sed de ea quæ poſt teſtamentum adoptata fuit, & agnaſcendo & quaſi inſtar poſtumæ teſtamentum rumpit: hactenus

Digitized by Google

hactenus autem eandem conditionem eſſe maſculorum & fœminarum, vt præteriti teſtamentum rumpant, expreſſit ipſe Iuſtin. in §. 1. *h. t.* Atque ita ius eſt, adoptione durante; quo caſu & ciuili & prætorio iure hactenus inſtar verorum liberorum habentur; & vtroque rurſus iure pro extraneis quo ad patrem naturalem *h. §. verſ. qua ratione.* vt nec præteriti teſtamentum nullum dicere, nec bon. poſſ. cont. tabb. petere poſſint §. *eadem 12. infr. de hered. ab int.* neque enim quis ius liberorum quo ad effectum ſuccedendi, in duorum patrum bonis ſibi adrogare poteſt. Soluta adoptione, (quæ eſt inuentum ciuile) per emancipationem, nullum omnino ius filius retinet nec iure ciuili nec prætorio, nec teſtamento facto nec ab inteſtato *h. §. verſ. emancipatis §. minus ergo 11. inf. de hered. ab int.* Itaq; ne omnino ſucceſſione patris vnius ſaltem, fraudentur, ex iure prætorio ius recipiunt ad bona patris naturalis, perinde ac ſi ab hoc emancipati fuiſſent & in eodem ſtatu ſemper manſiſſent *h. §. inf. §. at hi 10. verſ. nam viuo inf. de here. ab int.* nec intereſt an in adoptionem à patre naturali dati, an qui emancipat. à patre naturali adrogandos ſe dederunt, poſt rurſum à patre adoptiuo fuerint emancipati, vt colligitur ex *h. §. & d. §. 10. in pr.* quod & ipſa ratio ſuadet.

TEXTVS.

6. Sed hæc quidem vetuſtas introducebat: noſtra vero conſtitutio inter maſculos & fœminas in hoc iure nihil intereſſe exiſtimans: quia vtraq; perſona in hominum procreatione ſimili naturæ officio fungitur, & antiqua XII. tabb. lege omnes ſimiliter ad ſucceſſionem ab inteſtato vocabantur, quod & prætores poſtea ſecuti eſſe videntur: ideo ſimplex ac ſimile ius in filiis & filiabus & in ceteris deſcendentibus perſonis per virilem ſexum, non ſolum iam natis, ſed etiam poſthumis introduxit, vt omnes ſiue ſui, ſiue emancipati ſint, vel hæredes inſtituantur, vel exhæredentur nominatim, & eundem habeant effectum circa infirmanda teſtamenta parentum ſuorum infirmanda, & auferendam hereditatem, quem filij ſui vel emancipati habent: ſiue iam nati ſint, ſiue adhuc in vtero conſtituti poſtea nati ſint. Circa adoptiuos autem filios certam induximus diuiſionem, quæ in noſtra conſtitutione, quam ſuper adoptiuis tulimus, continetur.

COMMENTARIVS.

1 *Mutatio iuris veteris.*
2 *Rationes mutationis an bona.*
3 *An emancipati præteriti faciant teſtamentum nullum.*

HActenus relatum eſt ius vetus, ſatis copioſe, & forte prolixius quam decebat in his Inſtitutionibus: ſequitur ius nouum Iuſtiniani. Triplicem † autem tollit differentiã 1 iuris antiqui, inter maſculos & fœminas, inter liberos primi & vlterioris gradus, inter liberos natos & naſcituros. In f. autem §. per relationem ſubiicit, quid ſtatuerit de adoptiuis. Cauſa impulſiua huius mutationis fuit præcipue fauor ſexus fœminei; inde cum olim eodem iure eſſent nepotes, quo fœminæ, iuxta *pr. huius tit.* ſimul & iſta differentia ſublata fuit. Cur exæquauerit fœminas † maſculis duplicem reddit rationem. Prima eſt, quod fœmina 2 ſimili officio in procreatione fungatur. Altera, q. L. XII. tabb. non diſtinxerit inter maſculos & fœminas. In priori ratione ſi Ariſtotelem audiamus, falſum antecedens, ſiquidẽ ille exiſtimat, ex ſemine tantũ viri formari partum: ſed vtcunq; Galenũ & alios ſequamur, & mulierem quoq; aliquid conferre fateamur, non tamen inde efficitur, tantundẽ cõferre fœminam, cum vtq; maritus ſit principiũ generationis. Sed vt & hoc cõcedamus, fungi ẽt fœminã eodẽ officio, inepta eſt tamẽ cõſequẽtia:

cum alia ſint plurima, & præſertim ius familiæ & agnationis, quæ hac in re maſculos & fœminas diſtinguunt,& non immerito diuerſum ius requirunt. Altera ratio quoq; nō concludit. Licet enim ab inteſtato L.XII.tabb. fœminas quoq; & filios vocet cum fratribus; ex ipſa tamē L.XII. tabb. vt puto, cum filius venditionibus demum tribus exeat, fœmina filia vna mancipatione patria poteſtate liberatur *l.verum 8.§.1.de iniuſt.teſta.* Addidit inſuper tertiam rationē, ꝙ & prætores hoc poſtea ſecuti ſint: Ad quā eadē eſt reſponſio, quæ ad rationem alterā, à lege XII.tabb. nam prætores ſane ēt filiab. ab inteſtato bonorum poſſeſſionem dederunt: ſed dederunt & emancipatis, quos tamen hic Iuſtin. ſuis non exæquat. Et ex ſucceſſione ab inteſtato, non recte infertur, debere eſſe omnimodo idem ius, quo ad teſtamentū irritum faciendum: quin ipſe prætor licet emancipatos maſculos & fœminas ab inteſtato vocet, tamen hactenus differentiā iuris ciuilis obſeruauit, vt fœminæ inter ceteros exheredari poſſent, vt ipſe Iuſtin. refert in §. *emancipatos 3.ſup.h.t.* Sed iniurium pene ſit, accuratas & veras rationes poſcere Tribonianum, cui pro ratione ſolet eſſe & fuit voluntas: vtcunq; hoc paſſim, ſed ineptiſſime ſæpe agat, vt leges ipſius nouæ ratione niti videantur. Et igitur hodie & filiæ quoq;, natæ pariter & poſthumæ nominatim ſunt inſtituēdæ aut 3 exheredandæ. Sunt qui putant † etiam differentiam poteſtatis ſublatam, & emancipatos quoq; hodie inſtituendos aut exheredandos, ceteroqui nullū fore teſtamentum quæ *Bart. in auth.ex cauſa C.de lib.præt.* & communiter recepta ſententia eſt. Id videtur ex hoc §. colligi, illis verbis, *vt omnes ſiue ſui, ſiue emancipati vel heredes inſtituantur, vel nominatim exheredentur*: facit, quod ipſe Iuſtin. hic ſumat argumentum à ſucceſſione ab inteſtato, hodie autem & poſt N. 118. emancipati cum ſuis ab inteſtato vocantur. Sed iam diximus iſtud argumentum non procedere: & cum demum per N. 118. diu poſt Iuſtin. emācipati ab inteſtato vocati ſint, conſequenter tanto minus probabile ſit, per hunc §. mancipatos ſuis in ſucceſſione teſtamentaria adæquatos eſſe: cum longe facilius ſit, ius ſuccedendi ab inteſtato habere, quam ius annullandi vel rumpendi teſtamentum. Neque hoc poteſt fieri, niſi iure ſuitatis, quod ſane in cauſa teſtati reſeruatum eſſe emancipatis vix admitti poſſit: cum ex communiori ſententia, nec poſt N. 118. emancipatus ſuccedat ab inteſtato, vt ſuus, ſed magis vt extraneꝰ, ita vt opus ſit aditione hereditatis, ceteroquin eam non tranſmittat: Et alias ſequeretur, emancipatum obſtare filio ſuo, & ſcil. nepoti, quem auus emancipato filio in poteſtate retinuit: & ita poſt teſtamentum filio emancipato, nepos præteritus non ſuccederet in locum filii, nec rumperet teſtamentum: & eiuſmodi plura conſequerentur: quæ cum nimis multos textus ſint euerſura, admittenda circa textum apertiſſimum correctoriū, non ſunt. Nec deeſt, quod commodiſſime ad hunc §. reſpondeatur: nimirum quod exæquatio ſit facta maſculorum & fœminarum quo ad vtrumq; ius, prætoriū & ciuile, de quo vtroq; in præcedd. dixit Iuſti. ꝙ nimirū ſicut maſculi in poteſtate iure ciuili erant inſtituendi vel exheredandi nominatim, fœminæ poterant exheredari inter ceteros: ita iure prætorio emancipati erant nominatim exheredandi, emancipatæ poterāt exheredari inter ceteros: §. *emancipatos 3. h.t.* quod ſi factum eſſet, prætor eis non dabat poſſeſſionem bonorū contra tabb. ſed querela inofficioſi eis erat neceſſaria. Hodie iuxta hunc §. ſi pater emancipatas tantum inter ceteros exheredauerit, iis perinde ac ſi præteritæ eſſent (& imo habebuntur pro præteritis) prætor dabit bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Atq; hæc eſt veriſſima huius loci ſententia, quod liberi omnes, filii, filię, & rurſus liberi primi gradus aut ſecundi, nepotes neptesue, ſiue ſui ſiue emācipati, illi ſcil. ex iure ciuili, hi ex iure prætorio ſint inſtituendi aut nominatim exheredandi, & eundē habeant effectum circa teſtamenta parentum ſuorum infirmanda, ſui nimirū faciendo nullum ex iure ciuili, ſed emancipati per bonorū poſſ. cont. tabb. impugnādo ex iure prætorio: quem olim habebant filii, & ſcil. liberi primi

gradus

gradus ſoli, ex vtroq, iure ciuili & prætorio: nam & olim inter liberos ratione ſexus & gradus, non tantũ iure ciuili quo ad ſuos, ſed etiã iure prætorio quo ad emancipatos erat differentia; quod vt diximus, ſufficiebat iure quoq; prætorio ceteros liberos emancipatos, exceptis filiis, inter ceteros exheredatos eſſe, vt eis prætor negaret bon. poſſeſſionem cont. tabb. Et habuit Iuſtin. neceſſe in *d. verſ. vt omnes.* vti maſculino genere, ibi, *ſiue ſui ſiue emancipati,* quia non tantum fœminas ſed etiam nepotes voluit & debuit cõprehendere. Quam explicationem & hoc ſuadet, quod al as ineptiſſimus eſſet & nullus in iſta cõparatione ſenſus, *vt omnes liberi ſiue ſui ſiue emancipati eundẽ habeant effectum, quẽ ſui vel emancipati habent:* & omnino oſtendunt iſta verba, ſexus & gradus differentiam, non etiam poteſtatis, ſublatam eſſe, & proinde hodieq; firmum eſſe teſtamentum, in quo emãcipatus eſt pręteritus: quæ ſententia & quod iſto §. nihil hactenus ſit mutatum eſt *Ioh. Fab. Iaſon. ad Port. & Viglius hic.* An autem hodie aliquid hic ſit mutatum per *N. 115. cap. 3.* videbimus ad *tit. de inoffi teſt. inf.*

Circa adoptiuos.] Diximus ad *§. prae.* olim adoptiuos durante poteſtate patris adoptiui, nullũ penitus ius in bonis & ſucceſſione patris naturalis habuiſſe: emancipatos autẽ à patre adoptiuo, illud ius habuiſſe in bonis naturalis patris, ex iure prætorio, quod emancipati à patre naturali, & in eo ſtatu manentes habebant: ſi modo ſuperſtite adhuc patre naturali, ab adoptiuo patre emancipati fuiſſent. Quod ſi vero hoc poſtquã naturalis pater mortuus eſſet, accidiſſet, ius iam quæſitum heredibus aliis legitimis non poterat auferri *§. at d. 10. in f. inf. de here. ab int.* Quo modo cum filius & patris adoptiui & naturalis ſucceſſionem amitteret, *§. ſed ea 14 d. t.* conſtitutum à Iuſtin. eſt in *l. penult. Co. de adopt.* vt ſi quis ab extraneo eſſet adoptatus, ius in bonis naturalis patris omnimodo filius retineret, *d. l. pen. & d. ſed §. ea 14. inf. de hered. ab int. §. ſed hodie ſup. de adopt.* vbi de hac re diximus: eaque eſt conſtitutio & diuiſio, cuius hic meminit Iuſtin.

TEXTVS.

Sed ſi in expeditione occupatus miles teſtamentum faciat, & liberos ſuos iam natos vel poſthumos nominatim non exheredauerit, ſed ſilentio præterierit, non ignorans an habeat liberos, ſilentium eius pro exheredatione nominatim facta valere, conſtitutionibus principum cautum eſt.

COMMENTARIVS.

PRiuilegium hoc eſt militis, quod attigimus ſub *fi. tit. XI.* ꝙ non neceſſe habeat liberos natos ſiue naſcituros vel nominatim vel inter ceteros exheredare, ſed ſilentiũ eius pro exheredatione habeatur *h. §. l. ſicut 9. cum l. ſeq. C. de milit. teſt.* id eſt vt perinde teſtamentũ valeat ac ſi liberos exheredaſſet: & cõſequenter nec ex iuris veteris ratione filiæ aut nepotes præteriti ius accreſcendi ad certã portionem de quo in *pr. ſup. h. t.* habuerunt. Et ait Iuſt. perinde haberi ac ſi eos *Nominatim* exheredaſſet: ſci. vt comprehendat caſum difficiliorem: quod etiam ſilentio poſſit præterire eos liberos, quos alii parentes neceſſe habebant nominatim exheredare, veluti maſculos primi gradus, ceteroquin male hinc inferretur, oportuiſſe olim omnes liberos nominatim exheredari: aut an ita loquitur Iuſt. ſecundũ ius nouum de quo in *§. praced.* quo exæquauit hactenus omnes liberos qui ſunt in poteſtate. Hoc ita ſi ſciat ſe liberos habere, aut vxorem grauidam eſſe, tum enim conſulto præteriiſſe eos intelligitur, ſecus ſi ignoret, aut mortuos eſſe putet: tum enim præteritio facit teſtamẽtum nullum, quoniam creditur eos pro affectu paterno, ſi ſciuiſſet, inſtituturus fuiſſe, idq; ita reſcriptum eſt in *d. l. ſicut 9. cum l. ſeq. C. de mil. teſtam. & in l. ſi filiusf. 33. §. 2. D. eod.* Eadem enim eſt ratio natorum, quo ad annullandũ, & poſthumorum quo ad rumpendum. Filius militis natus præteritus nõ facit nullum teſtamentũ: poſthumus præteritus non rumpit. Quid hodie iuris ſit, dicemus ad *tit. 18. de inoff. teſtam.*

Digitized by Google

TEXTVS.

Mater vel auus maternus neceſſe non habent liberos ſuos, aut heredes inſtituere, aut exheredare: ſed poſſũt eos ſilentio omittere: nam ſilentium matris, aut aui materni, & ceterorum per matrem aſcendentium, tantum facit quantum exheredatio patris, neque enim matri, filium filiamue, neq; auo materno nepotem neptemue ex filia, ſi eum eamue hæredem non inſtituat, exheredare neceſſe eſt: ſiue de iure ciuili quæramus, ſiue de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum poſſeſſionem permittit: ſed aliud eis adminiculum ſeruatur, quod paulo poſt vobis manifeſtum fiet.

COMMENTARIVS.

QVod miles ſaluo teſtamento præterit liberos ſuos, & quod ſilentium eius pro exheredatione habetur, eſt ex priuilegio militari, de quo §. *præc.* In matre & auo materno &c. idem obtinet, ob qualitatem liberorũ, qui nec in poteſtate ſunt nec in familia: nec vnquam fuerunt: Vt nec neceſſum habitum ſit, eos per exheredationem expreſſam inde excludere. nec etiam viſum fuerit, iis præteritis ad certam portionem ius accreſcendi concedere, ſecundum tradita ad *pr. ſup. h. t.* Et igitur, vt ait hic §. ſilentium matris tantum facit quantum exheredatio patris: &, vt ait ſignantius in §. *præc.* ſilentium pro exheredatione eſt: quo ſenſu in *l. ſi patronus 12. in pr. de bon. libr.* dicitur miles ſilentio exheredare. Nimirũ non reuera & ſi verba conſideres, ſiquidem qui nihil dicit de filio, eum non poteſt dici exheredare: ſed ratione effectus, vt idem iuris ſtatuatur quod in exheredato: & quidem vtroque iure, ciuili & prætorio. Nimirũ illo iure præteriti olim dicebant teſtamentum nullum, aut per ius accreſcendi certam portionem ſcriptis auferebant: hoc præteriti à matre non poterant, quia nec poterant exheredari: hodie quiuis liberi in poteſtate non exheredati nominatim teſtamentum dicunt patris nullum: ſed matris, liberi non poſſunt. Hoc & ſcil. prætorio iure, præteriti bon. poſſeſſione contra tabb. euertunt teſtamentum: ſed matris teſtamentum euertere ita non poſſunt: quia nec poterant nec poſſunt exheredari: quoniam ita notat's ea bon. poſſ. non datur *l. nõ putauit 8. in pr. de bon. poſſ. cont. tabb.* & ita explicãda eſt ratio ICti in *l. 4. §. 2. de bon. poſſ. cont. tabb.* quod edictum iſtud non pertineat ad teſtamenta fœminarum, (idem autem in auo materno) quia non habeant ſuos heredes: *l. nulla 13. de ſuis & legit.* quibus ſcilicet Lex quaſi addicit ita bona, vt ea habere omnino debeant, niſi diſerte per exheredationem excludantur: & quibus adeo præteritis prætor dat hanc bon. poſſ. quippe qui eos itidem voluit ita exheredari: & hactenus emancipatos exæquauit ſuis, non vt illi teſtamentum faciant nullum, ſed quod citra querelam (neq; enim pro exheredatis habentur) per poſſ. bon. cont. tabb. teſtamentum euertant. Vt adeo excludantur liberi expreſſe per matrem, iure non requiritur; & fœminarum liberi hactenus nec emancipatorum iure vtuntur, qui præteriti habent bon. poſſ. cont. tabb. quoniam hi ſui fuerunt, & ſuorum iure ex edicto prætoris vtuntur: eoque reſpexit ICtus in *d. l. nulla 13. de ſuis & leg.* quod fœminæ nec habeant ſuos heredes, nec habere deſinant, & quo ad eas omnium liberorum conditio par eſt.

Neque enim matri.] Hæc ratio petit principium. Mater non neceſſe habet liberos inſtituere vel exheredare: quia matri liberos ſi eos non inſtituat, exheredare neceſſe non eſt. Poteſt excuſari Iuſtin. quod in hac ratione addit aliquid noui; nimirum nec prætorio iure id neceſſe eſſe, neque liberos contra teſtamẽtum matris habere poſſeſſionem cont. tabb. vbi ratio dubitandi erat, quod bon. poſſeſſio datur liberis etiam non ſuis contra teſtamentum patris, vt videlicet emancipatis: quorum

Digitized by Google

quorum iure videbantur cenſendi liberi matris vel aui materni. Sed ratio decidendi eſt, quam diximus, quod mater ob conditionem ſexus non habet liberos ſuos, nec vnquam habuit in poteſtate aut familia. Prætor autem quo ad patrem liberos eodem iure habet, licet exierint è poteſtate, quo eſſent iure ciuili adhuc in poteſtate. Ceterum rationem huius iuris, quod iſto §. proponitur, iam dedimus, quod nec lex nec prætor quidem eodem modo attribuit bona materna liberis, qui extra familiam & poteſtatem ita ſunt, vt nec in ea vmquam fuerint, nec eſſe poſſint.

Aliud adminiculum.] De quo *tit.* 18. & ſcilicet querela inofficioſi: quia cum natura liberi ſint, aliquid & portionem legitimam iis relinqui, pietatis ratio & iura quoque ciuilia ſuadent & volent, quod ſi factum non ſit, & illi exheredatione notati ſint, aliquo remedio ipſis ſuccurrendum fuit, de quo plura *d. tit.* 18. Hodie tamen poſt *N.* 115. *c.* 3. etiam præteritione matris teſtamentum fieri nullum receptum eſt, de quo dicemus ad *tit.* 18. Quæſierit hic aliquis, quid iuris parentes habeant, ſi à liberis prætereantur. Et certi iuris eſt, cum parentes, ſiue pater ſiue mater non ſint ſui heredes liberis, præteritionem eſſe pro exheredatione, & patrem quoque præteritum nec teſtamentum filii nullum dicere, nec cont. tabb. poſſ. bon. vti poſſe, ſed tantum inofficioſi querelam habere *l. cum filii* 17. *Cod. de inoffic. teſtam. l. pater* 14. *cum l. ſeq. D. eod.* nec enim hactenus intereſt inter filium emancipatum & in poteſtate: niſi quod pater præteritus à filio emancipato, iure patroni ex proprio edicto habet bon. poſſ. cont. tabb. ad certam partem, de quo *t. t. ſi quis à par. manum. & in* §. *vlt. infr. de leg. agna. ſucc.*

* * *

AD TITVLVM XIV. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE HEREDIBVS INSTItuendis.

TEXTVS.

1. Heredes inſtituere permiſſum eſt, tam liberos homines, quam ſeruos, & tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem, ſecundum plurium ſententias non aliter quam cum libertate recte licebat inſtituere: hodie vero etiam ſine libertate, ex noſtra conſtitutione heredes eos inſtituere permiſſum eſt. Quod non per innouationem induximus, ſed quoniam æquius erat, & Attilicino placuiſſe liberis ſuis Paulus, quos tam ad Maſſurium Sabinum, quam ad Plautium ſcripſit, referti. Proprius autem ſeruus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem teſtator habet, alio vſumfructum habente. Eſt tamen caſus, in quo nec cum libertate vtiliter ſeruus heres inſtituitur à domina, vt conſtitutione diuorum Seueri & Antonini cauetur: cuius verba hæc ſunt: ſeruum adulterio maculatum non iure teſtamento manumiſſum ante ſententiam, ab ea muliere videri, quæ rea fuerit, eiuſdē criminis poſtulata, rationis eſt. Quare ſequitur, vt in eundem à domina collata inſtitutio heredis nullius momenti habeatur. Alienus ſeruus etiam is intelligitur, in quo vſumfructum teſtator habet.

COM-

COMMENTARIVS.

1 *Qui inſtituantur heredes.*
2 *De inſtitutione ſeruorum.*
3 *De ſeruo adultero dominæ.*

HIc tit. magis ad extraneos heredes pertinet, & tres habet partes: de his qui poſſunt inſtitui heredes; de diuidenda hereditate inter plures heredes ſcriptos: & de inſtituendi modo, hiſque quæ adiici inſtitutioni
1 poſſunt. Inſtitui poſſunt, † ait Iuſtin. tum liberi homines quam ſerui. Liberi homines ita 1. ſi ſint ciues Romani, non deportati, & omnino non peregrini, cum quibus conſtat non eſſe teſtamenti factionem 2. ſi non ſpeciali aliqua Lege, veluti Iulia Papia aut Voconia facti ſint incapaces, cujuſmodi olim vel in ſolidum vel pro parte erant orbi, cælibes, fœminæ: ſunt & aliæ perſonæ incapaces, quas referunt *Vigl. & Mynſ. hic ex l. 1. & l. collegium Cod. h. t. l. hi qui l. Manichaos C. de apoſtat. l. 1. C. de ſec. nupt. cap. vlt. N. quib. mod. nat. effi. ſui.* Serui vel
2 ſunt proprii † vel alieni. Hi vtique ex ſe ſunt incapaces, ſed eſt cum iis teſtamenti factio ex perſona dominorum, quibus adquiritur hereditas *l. non minus 31. l. ſi alienum 49. §. 1. D. h. t.* itaque hic dominus ciuis Rom. mediate per ipſum ſeruum heres videtur quodammodo eſſe inſtitutus. Seruus proprius non poteſt intelligi inſtitutus ex perſona domini: quoniam cum inſtitutionem validam eſſe oporteat, eo ipſo tempore quo teſtamentum fit, nemo ſeipſum repræſentare poteſt. Igitur inſtitutio ſerui proprii aut erit nulla, aut oportet eum ſimul habere libertatem: quam quidem ſimul tacite pro adſcripta habendam vult Iuſtin. licet id nominatim non expreſſerit teſtator *h. §. & l. pen. C. de neceſſ. ſeru. hered. inſt.* cum enim qui ſeruum tutorem dat liberis ſuis, intelligatur eum voluiſſe eſſe liberum, de quo ad *§. 1. ſup. qui teſt. tut. dat.* ſiquidem qui vult conſequens, etiam intelligitur velle antecedens, ſine quo ad iſtud perueniri non poteſt: idem ad inſtitutionem protrahendum, eſt arbitratus Iuſtinian. in *d. l. pen. C. de neceſſ. ſeru. her. inſt.* & magis teſtator creditur ſeruum inſtitutum heredem dilexiſſe, quam eum quem tutorem dedit liberis. Hoc procedit in inſtitutione, ſeruum autem cui ſine libertate legatum relictum eſt, non fieri liberum expreſſum eſt in *ead. l. pen. C. de neceſſ. ſeru. hered. inſt.* nec enim hic eſt idem fauor, & voluntas domini hic exitum habere poteſt, vt etiam ſeruo manenti, quod relictum eſt, tamquam pro alimentis, præſtetur *d. l. pen.* Eſt autem ſeruus domini proprius vel in ſolidum, vel eſt tantum pro parte, vbi ſcilicet ſeruus eſt plurium communis. Rurſus ſeruus eſt vel pleno iure domini, vel non, vt ſi eius habeat nudam proprietatem, vſusfructus ſit apud alium. Quæritur ergo quid iuris, ſi ſeruus inſtitutus ſit heres, qui alterius eſt pro parte, vel in quo alius habet vſumfructum. Illo caſu libertas & inſtitutio exitum ſuum habeat, poſt textum in *l. 1. §. 1. C. de comm. ſeru. man.* vbi Iuſtin. conſtituit vt ſocius partis quam in ſeruo habet precium accipere, & ita partem ſuam vendere cogatur, quod *d. l. 1.* in genere conſtituit, ſiue inter viuos impoſita libertas ſit, ſiue vltima voluntate, & ſiue libertas relicta ſit per modum legati, ſiue ſeruus heres ſit inſtitutus. At quid ſi dominus libertate non adſcripta ſeruum communem fecerit heredem? Et exiſtimant aliqui inter quos Vigl. hic, & hic quoque obtinere *d. l. 1.* & ſocium cogi partem vendere. Et opinio iſta ita firmatur: quod Iuſtinianus *h. §.* libertatem, licet nulla mentio eius facta fuerit, vult pro adſcripta haberi, quo poſito ſuccedit poteſtas *d. l. 1. C. de comm. ſeruo man. & l. ſi ſeruus 18. de ſubſtit.* ex qua ſeruo communi cum libertate ſubſtituto, permittitur afferre precium partis, & fauorabilius præſumere debemus, quod teſtator voluerit ſeruũ liberum & heredem fieri, quam ad ſocium peruenire. Sed præterquam quod correctoria non facile ſunt extendenda, repugnat ipſa conſtitutio in *d. l. 1. §. 1. in f.* ibi, *& hoc moriturus dixerit.* Et cum ratione partis ſeruus communis ſit alienus, poteſt intelligi teſtator voluiſſe, vt ſocius per ſeruum fieret heres: ſicut ex hac ratione ſeruo communi legatum, totum adquiritur ſocio, *l. verum 63. §. ſi ſeruo 9.*

pro

Digitized by Google

pro ſoc. l. Plautius 49. in princ. ad L. Falc. & hæc communis Interpp. eſt ſententia. Alter caſus erat, de ſeruo inſtituto, in quo teſtator habet nudam proprietatem. Et recte hunc inſtitui apparet ex eo, quod Iuſtinian. hic ait, ſeruum hunc intelligi proprium, quod & rationi iuris congruit, *l. recte 25. de V. S.* Quoniam autem de hoc caſu nihil in *d. l. 1. C. de commun. ſeru. manum.* agitur; eius deciſio petenda eſt ex *l. 1. C. comm. de manum.* vt ſeruus hic fiat liber & hæres, ſed interim fructuario operas præſtet, & ex re eius adquirat ipſi; quod enim de libertate inter viuos impoſita ibi tractatur, etiam ad vltimam voluntatem recte porrigitur. At quid ſi teſtator hunc ſeruum inſtituerit ſine libertate? Et eum nihilominus liberum fieri ex hoc textu probatur: vbi cum dixiſſet Iuſtinian. libertatem pro adſcripta haberi *ſeruo proprio.* ſtatim ſubiicit, pro proprio eum ſeruum quoque haberi, in quo teſtator ſolam proprietatem habet. Et facit, quod hic ceſſat ratio, quæ militat in ſeruo communi; quoniam fructuario regulariter, per ſeruum fructuarium non adquiritur hæreditas, vt diximus *ſup. tit. per quas perſ. adq.* At cur non conſtitutum eſt, vt ſeruus liber omnimodo fiat, & pretium vſusfructus accipere fructuarius cogatur? quod ſtatutum eſt in ſeruo communi. Equidem conſtitutio *d. l. 1. Cod. comm. de manum.* duabus ſeptimanis antiquior eſt *l. 1. Cod. de comm. ſeru. manum.* Sed difficile eſt admittere hic correctionem, cum vtraq; conſtitutio ſit poſita in Codice. An quia æſtimatio vſusfructus ob incertam eius durationem eſt incertior? (& poſſit tamen ratio æſtimandi iniri ex *l. hæreditatum 68. ad L. Falcid.* an quia non partem, ſed ſolidum vſumfructum habere alicui proponitur; an quia non multum præiudicatur ei, qui tantum operas adhuc tenetur præſtare, & aliquatenus adquirit fructuario, & in ceteris omnibus habetur pro libero, imo reuera eſt liber, plane in Ll. Iuſtinian. fruſtra accurata exigitur ratio. Quid autem ſi fructuarius inſtituat ſeruum fructuarium? Et ſiquidem ſine libertate, procul dubio proprietarius per ſeruum fiet hæres, cum & morte fructuarij ius eius finiatur; & in §. *alienus in fin. huius textus*, alienus dicatur ſeruus fructuarius. Idem tamen adhuc erit, licet eum inſtituerit cum libertate quoniam fructuarius non habet ius dandi libertatem; & quod diſponitur in *dict. leg. 1. Cod. commun. de manumiſſ.* vt interim quaſi liber videatur ſecundum quid, dum durat vſusfructus, habere non poteſt locum in libertate quæ data eſt vltima voluntate, quoniam vt diximus, morte fructuarij finitur omne ius eius.

Quod non per innouationem.] Obiicitur quod in §. 2. *ſupr. quibus manum. non licet.* Iuſtinian. ait, ſe hoc conſtituiſſe noua humanitatis ratione. Reſp. Hottomann. ibi agi de dominis, qui ſoluendo non ſunt: Inepte, quoniam ſi Attilicinus & alij hoc probarunt in genere, multo magis id probarunt in domino qui ſoluendo non eſt, vbi ſimul militat fauor domini §. 1. *quib. man. non licet.* Cauillatur Weſemb. nihil innouari, quia nec hodie hæredes fiunt ſine libertate. Etenim hoc quæritur, an libertas pro adſcripta habeatur nec ne, cuius teſtator expreſſe mentionem non fecit. Sed nimirum etiam hic noue aliquid conſtituere dicitur, qui ex eo quod paucioribus placuerat, ſed receptum non erat, ius facit, & pluriũ receptam opinionem improbat & abrogat. Ergo hactenus non fecit per innouationem, quoniam ipſe primus eius opinionis autor & inuentor non fuit.

Ad Maſſurium Sabinum.] Leuis obſeruatio eſt, non intelligi opus dedicatum Sabino, quippe qui longe antiquior fuit, ſed notas vel commentaria ſcripta ad libros Sabini: quomodo paſſim in Pand. eodem ſenſu, quo legimus commentatos eſſe ICtos ad Edictum prætoris.

Eſt tamen caſus.] Exceptio eſt à regula, & quod domina ſeruum proprium † inſtitue- 3
re hæredem nec cum libertate poſſit, cum quo adulterij commiſſi rea poſtulata necdum abſoluta fuerat, quippe cuius manumiſſio & libertas impeditur; ex quo recte ad nullitatem inſtitutionis infertur. Quid

ſi ſeruus abſoluatur, & humanius eſt, quod probat Viglius, libertatem interim in ſuſpenſo fuiſſe, & ſecuta abſolutione confirmari, & conſequenter, & inſtitutionem hæredis, ſummi iuris ratio aliud efficit in legatis, quia dies inutiliter cedit *leg. cum filius* 76. §. *ſeruus* 4. *de legat.* 2. quod ſecus eſſe in hæreditatibus, argum. eſt §. *ſeruus infr.* 4. *h. t.* Et tamen ibi etiam mortis teſtatoris tempore vtiliter cedit dies, licet alius poſt adquirat hæreditatem; & illo ſane tempore oportet capacē eſſe hæredem; qualis non eſt, cui quæſtio adulterij mouetur; itaque & hic contra Vigl. inutilis erit inſtitutio & libertas; quod ſummæ iniquitatis ait eſſe Ang. hic. quid enim ſi quis per calumniam ſeruo moueat quæſtionem? An tum tenebit forte libertas & inſtitutio? & ea cognitio iudicis erit? Subſiſto. Refertur ſuper hoc conſtitutio Impp. hic & in *l. his verbis* 48. §. 2. *eod.* quem text. ex h. §. emendandum & pro *accuſatum* legendum eſſe *maculatum*, vt h. §. putat Hottom. quoniam mas & fœmina ſimul rei adulterij peragi non poſſunt *l. reos* §. *C. ad L. Iul. de adult.* vtrobiq; autem ponitur fœmina adulterij poſtulata. An accuſatum intelligimus in *d. l.* 48. iam condemnatum quoque, ſi quo caſu pœna irrogata nō fuerit. (Ceteroquin de ſeruo punito inſtituendo hærede fruſtra quæratur) an accuſatum paulo abuſiue pro, crimini obnoxiū, vt apud Theoph. ἐνόχῳ τῇ μοιχείᾳ, aut intelligimus mulierem ita poſtulatam, vt peracta fuerit; nam olim pœna adulterij tantum relegatio fuit. Quin & abſoluta muliere poterit accuſari ſeruus, & iudicio pendente locus erit conſtitutioni iſtius §. Sed & tum, ſi citra adulterium ſeruus cum domina rem habuerit, argum. *l. vn. Cod. de mulier. quæ ſe prop. ſeru.* quæ tamen ſanctio nimis dura eſt, & procul dubio iure Canon. locum non habet. His autem conſtitutionibus, ſi dominus cum ancilla rem habuerit, locum non eſſe conſtat, cum nec adulterium ita committatur.

TEXTVS.

2. Seruus autem à domino ſuo hæres inſtitutus, ſiquidem in eadem cauſſa manſerit, fit ex teſtamento liber, eique hæres neceſſarius. Si vero manumiſſus fuerit à viuo teſtatore, ſuo arbitrio adire hæreditatem poteſt: quia non fit hæres neceſſarius, cum vtrūque ex domini teſtamento non conſequatur. Quod ſi alienatus fuerit, iuſſu noui domini adire hæreditatem debet: & ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipſe alienatus neque liber neq; hæres eſſe poteſt: etiāſi cum libertate hæres inſtitutus fuerit; deſtitiſſe enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienauit. Alienus quoque ſeruus hæres inſtitutus, ſi in cauſa eadem durauerit, iuſſu eius domini debet adire hæreditatē. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut viuo teſtatore, aut poſt mortem eius, antequam adeat, debet iuſſu noui domini adire. At ſi manumiſſus eſt viuo teſtatore, vel mortuo antequam adeat, ſuo arbitrio adire poteſt hæreditatem.

COMMENTARIVS.

S*Eruus à domino.*] Pergit amplius agere de ſeruo proprio, & quid iuris ſit, eo inſtituto circa acquiſitionem hæreditatis: & quidem duplici caſu, quo vel manet in eadem cauſa, id eſt conditione & ſtatu, vſque ad mortem teſtatoris, vel non manet, qui caſus rurſus eſt duplex; vel enim alienatur poſt teſtamentum, vel manumittitur: atque ita in vniuerſum ſunt tres caſus, ſerui in eodem ſtatu manentis: Serui ante mortem teſtatoris alienati; & ſerui manumiſſi. Primo caſu fit teſta-

Digitized by Google

[illegible] hæres neceſſarius, id eſt, omnino cogitur eſſe & eſt hæres, de quo plenius a[illegible] *infra de hered. qual. & diff.* Id primum fauore dominorum videtur receptum, qui non erant ſoluendo; argum. §. 1. *in fin. ſupr. quibus ex cauſ. manumitt. non lic.* poſt generaliter obtinuit, vt apparet ex h. §. Ratio eſt, quia teſtatoribus minus honorificum eſt, ſi quis repudiet hæreditatem: & cum igitur ſeruus ſummum beneficium à teſtatore conſequatur, nimirum libertatem, non debet iſtud ſeruo licere, vt poſſit hæreditatem repudiare. Accedit, quod omnino libertas & hæreditas coniuncta ſunt, & iuris hoc facit ratio, vt ea ſeparari & ſegregari inuicem non poſſit: adeo quidem vt neutrum adimi ſeparatim & ſeorſim ſeruo poſſit, ſed vtrumque ſimul ſit relinquendum ſeruo *l. ſi ita 13. §. 1. de liber. & poſthum.* ex ratione *l. 6. §. vltim. de hered. inſtit.* quod quia paulo ſubtilioris eſt & latioris inquiſitionis, pluribus hic non exſequimur.

Alter caſus eſt ſerui poſt teſtamentũ manumiſſi: & hic ſuo arbitrio poteſt adire, aut repudiare hæreditatem; quoniam libertatẽ ex teſtamento non conſequitur; adeo non coniunctim cum hęreditate, quę duæ alias ſimul exiſtunt: neceſſarius enim hæres ita fit ſeruus, vt ipſa poteſtate iuris exiſtat, vt dicemus *ad tit. 19.* quod iuris ratio non patitur vt contingat in eo, qui ante mortem teſtatoris libertatem eſt conſecutus: licet recte atq; ordine facturus ſit hic ante manumiſſus, ſi pro beneficio libertatis hanc iniuriam non rependat patrono. Tertius caſus eſt, ſerui poſt teſtamentum alienati; & ſi in eodem ſtatu manet nouum dominum facit hæredem, ipſe nec hæres fit nec liber, licet cum libertate fuerit inſtitutus, quoniam, teſtator mutaſſe voluntatem, & deſtitiſſe à libertatis datione intelligitur aperte, cum ſeruum vtique adhuc ſuum alienauit, vt perinde hic ſit ac ſi alienum ſeruum initio inſtituiſſet, quæ probantur h. §. *verſ. quod ſi alienatus*, & in *leg. quoties 9. §. ſeruus 16. l. ſeruum 50. in fin. princip. h. t. l. ex ſeruo 47.* facit quod ſi ſeruo quis legatum cum libertate dederit, eumque alienauerit, legatum pertinet ad emptorem *l. quæſitum 91. §. ſeruo. de legat. 1.* Neque hic obſtat regula cuius paulo ante meminimus, ex *leg. 13. §. 1. de liber. & poſthum.* non tam quia vtrumque adimitur, & libertas & hæreditas, quam potius quia facto ipſo alienationis conditio ſerui mutatur, & res in alium ſtatum deducitur. Dixi, ſeruum non fieri liberum, nec hæredem, ſi maneat in eodem ſtatu, & apud nouum dominum: Ceteroquin ſi dominus prior, teſtator eum redimat rurſus, reuiuiſcit quaſi & libertas, & inſtitutio, & ſeruus fit neceſſarius hæres, *d. l. leg. quoties 9. §. ſeruus 16. & d. l. ſeruos 50. h. t.* An quia alias paterfamilias moreretur inteſtatus, quod non præſumitur voluiſſe: Sed hoc procedit ſaltem ſi ſeruus in ſolidum fuerit inſtitutus; ſin pro parte poſſet portio eius iure accreſcendi ad cohæredem pertinere. Sed & idem receptum eſt, vt ſi ſeruo citra hæreditatem tantum libertas data ſit, & is alienatus rurſusque à teſtatore redemtus ſit, libertatem conſequatur, *l. verum 58. de manum ff teſtament.* vt fatendum ſit fauore libertatis hoc admiſſum: alias ſi quis ſeruum legatum Titio, alienauerit, (quomodo legatum ademptum cenſetur) licet eum rurſus redemerit, legatum non reconualeſcit *l. cum ſeruus 15. de adim. legat.*

Alienus quoque ſeruus.] Hactenus de ſeruo proprio. Sequitur de alieno inſtituto; quæ inſtitutio vt *ad pr. tit.* diximus, valet ex perſona domini: Itaque hic quoque ſunt tres caſus, 1. Serui in eodem ſtatu manentis, & facit vtique dominum hæredem cuius iuſſu adit, quod iuſſum neceſſarium eſſe & cur, diximus ad *§. Item nobis 3. ſup. per quas perſ. adquirit.* 2. Serui manumiſſi, & ipſe fit hæres *h. §. in fin. Vlpian. titul. 22. de hered. inſtit. §. alienus 11.* 3. Serui alienati: & hic noui domini iuſſu adire hæreditatem h. §. reſpondetur, qui adeo etiam efficietur hæres. Vbi obiiciunt quidam iniquum hoc videri, & contra præſumptam voluntatem teſtatoris, qui vtique

Digitized by Google

cenſetur voluiſſe eum fieri hæredem per ſeruum, qui tempore teſtamenti facti dominus erat, qui ſi ignorans ſeruum ſuum inſtitutum eum alienauerit, iniquũ videatur, vt priuetur cõmodo hæreditatis. An igitur, licet ſummo iure adquiratur nouo domino hæreditas, ſaltem priori domino dabimus condictionem? *arg. l. pen. de ſtip. ſeru.* Id quidem Hottom. pene velle videtur, ſed textus iuris ſimpliciter loquuntur *& h. §. & in l. Antiſtius 62. §. 1. de adq. hær. l. 2. §. vlt. de bon. poſſ. ſec. tab.* Vbi ICtus ait hæreditatem ſiue bonor. poſſeſſionem ambulare cum domino. Et qui inſtituit ſeruum, ſimul ipſius quoque perſonam ſpectare intelligitur *arg. l. debitor 82. § vlt. de leg. 2.* Ceteroquin ipſum dominum hæredem potius teſtator inſtituiſſet, ex quo fit, vt etiam ipſe ſeruus manumiſſus hæres efficiatur: Creditur enim teſtator amoris erga ſeruum gratia & beneuolentia eum hæredem inſtituiſſe, vt beneficio quod ex inſtitutione ſerui conſequitur prouocatus dominus tanto citius eum remuneretur libertate.

TEXTVS.

3. Seruus etiã alienus poſt domini mortem, recte hæres inſtituitur: quia & cum hæreditariis ſeruis eſt teſtamentio factio: nondum enim adita hæreditas perſonæ vicem ſuſtinet, non hęredis futuri, ſed defuncti: cum etiam eius, qui in vtero eſt ſeruus, recte hæres inſtituatur. Seruus autẽ plurium, cum quibus teſtamenti factio eſt, ab extraneo inſtitutus hæres, vnicuique dominorum, cuius iuſſu adierit, pro portione dominij adquirit hæreditatem.

COMMENTARIVS.

1 *Hæreditas cuius perſonam repræſentet.*
2 *Ad l. ſi ſeruus 52. h. t.*
3 *De ſeruo poſthumi.*

SEruus alienus recte inſtituitur, non tantum is, qui dominum habet vere, ſed etiam qui repræſentatiue, id eſt, ſeruus hæreditarius; quoniam hæreditas iacens perſonæ & domini vice fungitur. *leg. liber homo 13. §. 2. Ad L. Aquil. l. ſi ante 15. de interrogat. in iur. leg. 1. §. 1. ſi is qui teſtament. liber. l. cum hered. 9. Codic. depoſiti leg. hæred. 6. 1. de adquirend. rerum domin. l. mortuo 22. de fideiuſſ.* & quidem defuncti vicem & locum vt ſuſtineat in *prin. inſ. de ſtipulat. ſeru. l. non minus 31. §. 1. h. t. & h. §.* vbi vt & in *leg. hæreditas 34. d. t. de adquir. rerum domin.* nominatim additur ſuſtinere locum defuncti, nõ heredis futuri. Cui ſententiæ obiicitur & textus & ratio. Textus eſt in *l. nouatio 24. in fin. de nouat.* vbi dicitur, hæreditatem interim ſuſtinere perſonam hęredis futuri. Ratio ſumitur ex vulgata regula, quod vbi hæres adiit, coniungatur tempus aditionis, cum eo tempore, quo mortuus fuit teſtator, per fictionẽ iuris, ita vt hæreditas numquã vacua, ſed hæres retro à tempore mortis hæres fuiſſe intelligatur, *l. hæres 54. de adquir. hær. l. ſi ex re 28. §. illud 4. de ſtipulat. ſeru. l. omnia 193. de Reg. Iur.* Secundum quod non poteſt videri hæreditas repræſentaſſe † perſonam defuncti, aut 1
oporteret alias fingere eum qui mortuus eſt, adhuc viuere, cuiusmodi fictio nulla apparet vſquam. Sunt qui arbitrantur, in hac quæſtione inter ſe non conueniſſe priſcis Iuriſcõſultis. Sed recurrendum eo temere non eſt; & non videtur eſſe difficilis huius rei explicatio: Vt quam breuiſſime dicam, aut conſideratur caſus & euentus aditæ hæreditatis, & recte dicitur hæreditas futuri hæredis perſonam repræſentaſſe, cui etiam hac conſideratione recte ſtipulatur ſeruus hæreditarius, *dict. leg. 28. §. 4. de ſtipulation. ſeru. & leg. ſeruus 35. eod.* quo reſpectu in *fin. prin. inſ. de ſtipulat. ſeru.* dicitur adquiri hęreditati ac per hoc hæredi: & in *l. interdum 73. §. 1. de Verb. obl.* hæreditate non adita, ſtipulationem ſerui nullius eſſe momenti, aut conſideratur ipſũ illud inſtans, quo ſeruus contrahit, aut inſtituitur hæres, & quod in rei veritate obtinet, & quod nimirum needum adita eſt hæreditas:

Et

Et hac conſideratione, cum etiamnum in rei veritate incertum ſit, an heres ſit aditurus hereditatem, ſiquidem actum valere volumus, qui non debet nec poteſt eſſe in ſuſpenſo, oportet vt ſtatuamus, quod hereditas repræſentet defunctum, idque eſt quod ait ICtus *in l. in eo 33. in fi. de adq. rer. dom.* quoties ſeruus hereditarius ſtipulatur, vel per traditionem accipit, ex perſona defuncti vires conſumit. Atque hinc eſt, quod ſeruus hereditarius recte ab alio inſtituitur heres, modo teſtamenti factio fuerit cum defuncto, licet cum herede inſtituto non ſit *l. ſeruus 52. h. t.* At quomodo vt hoc obiter addamus, poteſt non eſſe teſta-

2 menti factio cum herede † inſtituto? ſiquidem hoc eſt, eſſe cum aliquo teſtamenti factionem, poſſe eum inſtitui heredé. Dicam vel de facto fuiſſe quem inſtitutum heredem, qui iure non poterat, vel poſſe quem recte inſtitui heredem reſpectu vnius & ab hoc vel illo, non ab omnibus, quomodo olim ex Lege Voconia fœminæ ab extraneo heredes inſtitui non poterant, ſed iſtud obiter. Ex his autem explicandum eſt, quod ait ICtus *in l. ſi Titio 15. §. 1. de legat. 2.* nullum eſſe dominum, & ob id hereditati adquiri. Nullus eſt dominus reuera, vt non excludatur, quin hereditas fungatur eius vice. Et hoc eſt quod Angel. & alii hic ſcribunt, hereditatem qua iacentem repræſentare defunctum, ſed aditam videri retro repræſentaſſe perſonam heredis.

Cum etiam eius qui in vtero eſt.] Poſtumus vel

3 ſuus † eſt vel alienus: De poſtumo ſuo hic locus intelligi non poteſt, quia ita non eſſet ſeruus alienus, ſed ipſius teſtatoris, cum nó poſſit eſſe ſuus poſtumus, niſi qui naſceretur in teſtatoris poteſtate. Ergo hic de poſtumo alieno agitur. Atqui occurritur, cũ alienus poſtumus non poſſit ipſe heres ab alio inſtitui, de quo *in §. poſtum. 26. infra de legat.* nec poſſe inſtitui ſeruum eius, cum inſtitutio ſerui ex perſona domini ſumat vires. Duplex reſponſio eſt, 1. Quod dicatur ſeruus eius qui in vtero eſt, quatenus in huius nati poteſtate eſt futurus: Ceteroquin quod non habeat, aut capiat vires inſtitutio ſerui ex perſona eius qui in vtero eſt, ſed defuncti, cuius interim repręſentat hereditas perſonam, vt modo diximus & quod de hereditario ſeruo dixerat Iuſtin. quodammodo exemplo ſerui, eius qui in vtero eſt, confirmare videtur, quæ in terminis explicatio eſt Theoph. qui ait nullam fore inſtitutionem ſerui, ſi heredis futuri & ſcilicet poſtumi perſonam ſpectaremus. Altera eſt reſponſio, quod inſtitutio ſerui non ſit ita comparata, vt ſemper dominum faciat heredem, qui eſt tempore teſtamenti facti, ſed etiam alium, in quem ſeruus eſt poſtea tranſlatus, vel etiam ipſum ſeruum factum liberum, vt diximus ad §. *præc.* vt proinde quadantenus etiam ex perſona ipſius ſerui ſubſiſtere videatur inſtitutio, quod quidem reſponſum eſt de legato *in l. [illegible] 82. §. vlt. de leg. 2.* fac. opt. *l. et ſi 5. de ſeru. leg.* ea tantum valere ſeruis relicta, quę & liberis illis recte relinquerentur, & ſeruum eius qui capere non poteſt, ſi ante liber factus ſit, admitti ad hereditatem, eſt *in l. ſi ſeruus 82. de adq. her.* ex quo patet, ſerui quoque perſonam ſpectari, vt hinc fauorabiliter receptum ſit poſſe ſeruum inſtitui etiam eius, qui vtique natus futurus eſt ciuis Romanus. Alii hanc rationem reddunt, q[illegible] de commodo eius, q[illegible] in vte[illegible] iuxta vulgat. regulam iuris, i[illegible] nus habeatur. Recte autem om[illegible] explicatur hic locus, de ſeruo iam hereditario inſtituto, minus autem conuenit, vt ponamus ſeruum viuente domino inſtitutum ita, vt poſt mortem domini heres eſſet, quomodo tamẽ caſum aliqui ponunt, & ſane inſtitutio hæc quoque valet.

Seruus autem plurium.] Seruus vel eſt vnius, vel plurium communis, qui adquirit pro rata portionis dominicæ: de qua re & quomodo ſingulis dominis vel ex re ipſorum vel iuſſu adquirat, dicemus *infra in §. vlt. de ſt[illegible] ſeru. & in §. vlt. infra per quas perſ. obl. adq.* vbi etiam videbimus, quid iuris, ſi aliquis ex dominis ſit incapax, & eo reſpiciunt verba huius §. *cum quibus teſtamenti factio eſt,* ſi vnus enim incapax ſit pars aliqua ei adquiri non poteſt, de quo agemus d. loco.

TEXTVS.

4. Et vnum hominem & plures vſque in infinitum, quot quis heredes velit, facere licet.

COMMENTARIVS.

Accurſius hinc quærit, quid ſi quis instituat omnes homines in mundo? Et reſpondet, valituram institutionem quidem, per hunc textum, ſed non poſſe confirmari aditione propter nimiam difficultatem vel impoſſibilitatem. Quin Angel. putat poſſe adiri, vt ſemper vnus adiens detrahat priori. Sed ineptum eſt exiſtimare hanc fuiſſe mentem Iuſtiniani in verbis *in infinitum*, quorum iſta, non dubia ſententia eſt, non eſſe certum numerum & definitum ſub quo heredes inſtitui poſſint, ſed eſſe hoc permiſſum teſtatoris arbitrio, vt tamen res reperire exitum poſſit, & habeat aliquam determinationem. Et Viglius hic notat, huiuſmodi diſpoſitionem, qua inſtituuntur omnes homines, non videri eſſe ſane hominis, credit tamen, ſi tale quid teſtator diſponat, fiſcum vel etiam rempubl. eſſe admittendam: aut potius inter pauperes huiuſmodi hereditatem eſſe diſtribuendam. Plane ſi ſimpliciter omnes inſtituerit quis, dixerim ciuiliter fore hoc accipiendum, vt Reſpubl. intelligatur inſtituta. Sed in medium ego hoc relinquo, & ſi expreſſe dixerit ſe inſtituere omnes homines mundi, omnino cum Porcio dicam inſtitutionem eſſe nullam, cum id ſpeciali fauore admiſſum ſit, vt inſtituantur pauperes *l. id quod pau. C. de Epiſ. & cler.* Theoph. *in infinitum* reddidit εἰς ἄπειρον, quomodo ad pr. tit. ſeq. ait gradus ſubſtitutionum fieri εἰς ἄπειρον, ſed vtique non in infinitum.

TEXTVS.

5. Hereditas plerumque diuiditur in duodecim vncias, quæ aſſis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina, ab vncia vſque ad aſſem: vtputa hæc: ſextans, quadrans, triens, quincunx, ſemis, ſeptunx, bes, dodrans dextrãs, decunx. Non autem vtique ſemper duodecim vncias eſſe oportet: nam tot vnciæ aſſem efficiunt, quot teſtator voluerit: & ſi vnum tantum quis ex ſemiſſe, verbi gratia heredem ſcripſerit, totus as in ſemiſſe erit. Neque enim idem ex parte teſtatus, & ex parte inteſtatus decedere poteſt: niſi ſit miles, cuius ſola voluntas in teſtando ſpectatur. Et è contrario, poteſt quis in quantaſcunque voluerit, plurimas vncias ſuam hereditatem diuidere. Si plures inſtituantur heredes, ita demum in hoc caſu partium diſtributio neceſſaria eſt, ſi nolit teſtator eos heredes eſſe ex partibus æquis. Satis enim conſtat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos eſſe heredes. Partibus autem in quorundam perſonis expreſſis, ſi quis alius ſine parte nominatus erit, ſiquidem aliqua pars dixit aſſi, ex ea parte heres ſit. Et ſi plures ſine parte ſcripti ſint, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus ſit, ii qui nominatim partes expreſſas habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec intereſt, primus an medius an nouiſſimus, ſine parte heres ſcriptus ſit, ea enim pars data intelligitur, quæ vacat. Videamus, ſi pars aliqua vacet, nec tamen quiſquam ſine parte heres ſit inſtitutus, quid iuris ſit: veluti ſi tres ex quartis partibus heredes ſcripti ſunt. Et conſtat vacantem partem ſingulis tacite pro heredi-

Digitized by Google

hereditaria parte accedere, & perinde haberi, ac ſi ex tertiis partibus heredes ſcripti eſſent. Et ex diuerſo: ſi plures heredes ſcripti in portionibus ſint, tacite decreſcit ſingulis: vt ſi verbi gratia, quatuor ex tertiis partibus ſcripti ſint, perinde habeantur, ac ſi vnuſquiſque ex quarta parte heres ſcriptus fuiſſet. Et ſi plures vnciæ, quã duodecim diſtributæ ſint is, qui ſine parte inſtitutus eſt, quod dupondio deeſt, habebit. Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit. Quæ omnes partes ad aſſem poſtea reuocantur, quamuis ſint plurium vnciarum.

COMMENTARIVS.

1 *De vno herede ſcripto in vna parte.*
2 *Ad* l.3.C.de teſtam.milit.
3 *An poſſit prohiberi ius accreſcendi.*
4 *Ad* l.8.etſi duo h.t.
5 *De herede ſcripto in re certa & n.* 11.
6 *De heredibus pluribus conformiter ſcriptis.*
7 *De reuocatione ad aſſem ſolemnem.*
8 *De progreſſu ad dupondium.*
9 *Ad* l.23.C.de legatis.
10 *De progreſſu ad tripondium & n.*12.
11 *Difformis inſtitutio & eius ſpecies.*
12 *Ad* l.17.§.vlt.h.t.

TOtum hoc ex pluribus §§. vno contextu proponere viſum fuit, quia continetur materia connexa, quam methodice ad certa capita reuocabo, additis etiam caſibus, quos Tribonianus omiſit. Vt rem paulo altius repetamus & arceſſamus, inſtituitur (in pagano ſcilicet) aut vnus aut plures. Vnus
1 ſine controuerſia capit totam † hereditatem, &c. 1. Si ſit ſimpliciter ſcriptus, veluti, Titius heres eſto. 2. Etſi in certa parte hereditatis ſcriptus ſit, vt docet §. hereditas 7. *verſ. etſi vnum.* Loquitur ibi Iuſtin. de vno qui in ſemiſſe ſcriptus eſt: ſed procul dubio idem obtinet, etiamſi in vncia ſcriptus ſit. Ratio huius iuris eſt, vel quia non neceſſe habet teſtator in XII. partes diuidere hereditatem, ſed poteſt tot vncias facere quot voluerit, & quot voluerit facere, tot efficiunt hereditatem, vt diſerte Iuſtinianus ait in *d.* §. *verſ. non autem*: vel quia quidquid etiam voluerit teſtator, ex ratione iuris pars vacans & quæ ſupereſt, accreſcit parti in qua ſcriptus eſt heres: cuius porro ratio eſt, quod nemo paganus (miles enim excipitur, vt oſtendimus ſupra ad tit. XI. & in d. §. hereditas in fin. repetit Iuſtinian.) pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poteſt, & cum diuerſi generis heredibus, quod rurſus *in d.* §. *verſic. neque enim*, tradit Tribonianus poſt ICtum *in l. ius noſtrum* 7. *de Reg. Iur.*

Hinc autem, & quod teſtator tot partes poſſit facere hereditatis, quot velit, & plures & pauciores, defenditur diuiſio *l.* 3. † *C. de* 2
teſtam. milit. vbi miles inſtituit duos, vnum ex vncia, alterum ex duabus: & reſcriptum eſt totam hereditatem ad illos duos pertinere, (cum tamen alias miles poſſit pro parte teſtatus decedere) quoniam intelligitur in tot partes hereditatem diuiſiſſe. Nec obſtat *l. ſi miles 6. D. eod.* quia vt in re certa inſtitutus habeat totam hereditatem, & detrahatur mentio rei certæ, fit ex ſubtilitate iuris & interpretatione, quæ in teſtamento militis non habet locum, cui rurſus non obſtat *l. ſi certarum 17. in princ. d. tit.* quia ipſum miles inſtituerit ibi heredem rerum ruſticarum & vrbanarum, & ceterarum rerum, apparet, in totum teſtatum eum decedere voluiſſe. Et conſequitur ea voluntas effectum, ita vt res per perceptionem ſingulis legaſſe videatur: licet hactenus perinde dicatur haberi ac ſi ſine partibus eos ſcripſiſſet, quo ad nudam rationem iuris, & eo ſcilicet vt tamquam heredes, verbi cauſa à creditoribus defuncti conuenire poſſent. Sed quid ſi teſtator pagan° expreſſe dixerit, ſe velle vt heres ſcriptus tantum † habeat partem 3
ſibi adſcriptam, & nolle ſe vt partes ceteræ

ei ad-

ris, aut iuxta diſpoſitionem iuris ciuilis, ſecundum quam hereditas in XII. partes vel proportionaliter XXIV. aut XXXVI. diuiditur. Illa conſideratione nullas certas partes habet hereditas, ſed quot fecit teſtator, adeo & pauciores quam XII. §. *hereditas 7. verſ. non autem h.t.* & plures imo plurimas *d. §. 7. in fin. l. 13. §. 1. h.t* & ita *in d. l. interdum 13. §. vlt. h.t.* hereditas in XIV. partes diuiditur. Hac autem & poſteriori conſideratione hereditas vt as quidam ſolemnis, conſiderata, habet XII. partes & vncias, ad quas reuocari debent & poſſunt, partes, quas dedit & expreſſit teſtator, quantæcunque etiam ſint, plures vel pauciores. Et ita *Iuſtin. in §. etſi plures 10. h.t.* quæ omnes partes, inquit, ad aſſem poſtea reuocantur, & Iuriſc. *in d. l. 13. §. 1. cod.* paterfam. inquit, diſtribuere hereditatem in quot voluerit vncias, poteſt, ſed ſolennis aſſis diſtributio in duodecim vncias fit. Et vbi igitur ſecundum hanc rationem partes reuo-
7 candæ † ſunt & reducendæ ad aſſem ſolemnem, diſtinguitur: quod aut partes adſcriptæ heredibus ſingulis, ſunt infra aſſem, nec eum explent, aut ſunt ſupra aſſem, illumque excedunt: vbi enim partes exæquant aſſem, nullus dubitationi eſt locus aut diſputationi. Primo caſu, vbi non totum aſſem exhauſit teſtator, illud obtinet, quod diximus ad membrum præcedens, vbi vnus ſolus in quantacunque minima parte etiam, ſcriptus eſt, vt omnes ceteræ partes adiiciantur iuris poteſtate, quod non patitur, vt pro parte quis teſtetur, pro parte inteſtatus moriatur *l. 7. de reg. iur.* Et ſicut hic heredi vni ſoli totum quod ſupereſt, adiicitur: ita illic vbi plures ſcripti ſunt, ex eadem ratione, quod ſupereſt, pro rata portione ſingulis adiicitur: veluti ſi tres inſtituti ſint ſinguli ex quadrante, tres illæ vnciæ ſuperſtites ſingulis adiiciuntur, vt ſinguli habeant trientem: quomodo ſcribit Iuſtin. *in §. videamus 9. in princ. h.t.* & ad eundem modum, ſi duos ſcripſerit heredes, ſingulos ex quadrante, quæ ſuperſunt ſex vnciæ ſingulis proportionaliter adcreſcunt *l. interdum 13. §. 2. h.t.* Poſteriori caſu, vbi partes adſcriptæ excedunt aſſem ſolemnem, oportet eadem ratione, vt ſiquidem reuocamus rem ad aſſem ſolemnem, conſiſtentem in XII. vnciis, ſingulis pro rata decreſcat, veluti ſi quatuor proponamus inſtitutos, ſingulos in triente & ita omnes in XVI. vnciis, ſingulis detrahimus vnciam, perinde ac ſi in quadrante eſſent inſtituti *d. §. videamus 9. verſ. & ex diuerſo h. t.* neque vero æqualiter & in viriles partes fit decretio, aut accretio, ſed pro portionibus quas inſtitutioni adſcripſit: quæ ſi ſint inæquales, inæqualiter etiam aut adiicitur aut detrahitur. Hinc ſi alter heredum ex quadrante, alter ex ſemiſſe ſcriptus ſit, ex tribus vnciis quæ ſuperſunt, duæ huic, vna illi adiicitur: *d. l. 13. §. ſed ſi 3. h.t.* Ex diuerſo, ſi vnum ſcripſit heredem ex XII. vnciis, alterum ex ſex, ex vnciis ſex quæ excedunt, illi quatuor, huic duæ detrahuntur, ita vt ille beſſem, hic trientem hereditatis & aſſis conſequatur *d. l. 13. §. 4. h. tit.* Atque ita obtinet, vbi reductio fit ad aſſem ſolemnem. Reperitur & alia ratio apud IC. vt † progreſſus fiat, verbi gratia, ad dupon- 8
dium, & ad duplicem aſſem, vbi partes adiectæ ſuperant XII. vncias, nec tamen faciunt totum dupondium, ſed ſunt infra XXIV. vncias: & vt nimirum ſicut vbi partes ſunt infra aſſem, ſingulis pro rata ad dupondium explendum adiiciatur.

Atque ita vbi quatuor ſunt inſtituti heredes, ſinguli in triente in XVI. vnciis omnes, ex VIII. vnciis, quæ deſunt dupondio, ſingulis duæ adcreſcunt. Ita in ſpecie *d. l. 13. §. 4. h.t.* ſi ex duobus alter ex XII. vnciis, alter ex VI. ſcriptus ſit, ex VI. reliquis vnciis, illi quatuor, huic duæ accreſcunt. Quomodo habent idem plane heredes, quod haberent, ſi reuocatio fieret ad aſſem ſolemnem, quoniam quæ eſt proportio III. ad XII. & VIII. ad IV. vbi aſſem facimus, eadem eſt proportio IV. ad XXIV. & XVI. ad VIII. vbi tranſitus fit ad dupondium, quoniam in dupondio duæ vnciæ tantundem faciunt, quantu n in aſſe vncia vna. Itaque, vt diximus, ſi duo

zed by Google

ſcripti ſint, vnus in XII. vnciis, alter in VI. vnciis, ille duas partes habebit totius hereditatis, hic tertiam. Cui obiicitur *l. cum quæſtio*
9 *23. C. de legat.* vbi † in hac ipſa quæſtione Iuſtin. eam interpretationem ſumit, quaſi qui primo dat XII. vncias, ſecundo VI. tantundem primo detractum voluerit, ita vt æquales vterque habeat partes. Quidam diuinatorie diſtinguunt, an de voluntate teſtatoris conſtet nec ne: alii non magis probabiliter intereſſe putant, an teſtator poſteriori ſex vncias an dimidiam hereditatem adſcripſerit. Apparet plane hoc quaſi præſupponere Iuſtinianum, quaſi primo totum dederit teſtator: quo poſito fateri ſane neceſſe fuerit, voluiſſe derogare & detrahere priori voluntati. Sed haud ita voluntatem teſtatoris ICti interpretati fuerunt, ſed quod voluerit facere teſtator tranſitum ad dupondium, vel quod in XVIII. partes voluerit diſtribuere hereditatem: quod vtrumque longe rectiorem habet rationem: cum & abſurdum ſit, eos quos omnino inæqualiter ſcripſit heredes teſtator, æqualiter tamen ſuccedere. Iuſtiniano vel Triboniano potius pro ratione fuit voluntas, vt alibi ita & hic quoque: de qua re videndi ſunt *Interpretes in d. l. 23. Azo in Summ. 6. h. t. n. 10. Donell. 6. comm. 20.*

10 Porro quod iuris eſt, vbi teſtator † exceſſit aſſem, vt vel ad aſſem, vel ad dupondium fiat reuocatio & progreſſus: idem iuris eſt, vbi exceſſit dupondium, & v. c. XXX. vncias diſtribuit, vt tum vel ad dupondium aſſemque reuocatio fiat, vel progreſſus, ad treſſem & tertium aſſem, eodem effectu, vt ſcilicet in hoc tres vnciæ pro vna computentur: de qua re in ſeq. membro amplius dicturi ſumus.

Hęc de inſtitutione quam diximus vnifor-
11 mem. Difformis † inſtitutio habet duo membra principalia. Aut enim cum heredibus ſiue ſimpliciter ſiue ex parte ſcriptis concurrunt heredes ſcripti ex re ſingulari: aut heredes ſimpliciter & ex parte ſcripti inuicem concurrunt. Priori caſu eſt reſcriptum *in l. quoties 13. C. h. t.* eos qui ex rebus ſingularibus ſunt ſcripti, eſſe loco legatariorum. Differentiæ ratio inter iſtos, & qui ſoli ſunt ſcripti heredes ex re certa & ſingulari, de quibus antea diximus, hæc eſt: quod vbi ſoli ſunt hæredes inſtituti ex re ſingulari, vel vnus vel plures vniformiter, cum teſtator noluerit ſine herede & inteſtatus decedere, neceſſitas facit, vt detrahatur mentio rei certæ, qua ſtante inſtitutionem inutilem & nullam eſſe efficeretur, cum impoſſibile ſit heredem eſſe, & tantum rem ſingularem habere.

At vero vbi alii recte heredes ſcripti ſunt, vel ſimpliciter vel ex partibus hereditariis, nulla neceſſitas eſt, vt mentionem rei certæ aliquibus adſcriptam detrahamus, cum per ceteros heredes ſatis ſuſtineatur voluntas defuncti. Stante autem mentione rei certæ, quandoquidem heredes eſſe non poſſunt, relinquitur neceſſario, vt pro legatariis tantum habeantur, qui in re ſingulari fuerunt inſtituti: Et hoc procedit ſine controuerſia, vbi inſtituti ſimpliciter vel ex partibus hereditariis adiuerunt hereditatem.

At quid ſi illi defecerint, & ſiue præmortui ſint, ſiue hereditatem repudiauerint? Et ſunt qui teſtamentum corruere putant, & pro heredibus haberi poſſe negant hos, qui ſemel & ab initio teſtamenti facti pro legatariis fuerunt. Sed communis opinio Dd. contra ſe habet, quæ exiſtimat, inſtitutos ex re certa eſſe generis medii & mixti: & quod pro legatariis eos haberi reſcriptum eſt *in d. l. 13. Cod. h. t.* tum demum locum habere, vbi heredes ſcripti ſimpliciter vel ex partibus, adierunt hereditatem, quibus deficientibus, heredes ex re ſingulari ſcriptos, admitti. Tertia eſt ſententia diſtinguentium: quod aut deficiunt heredes ceteri ante mortem teſtatoris, & ipſi mortui aut alias effecti incapaces, aut demum poſt mortem teſtatoris. Illo caſu admitti qui ſcripti fuerunt ex re ſingulari, quoniam cum tempore mortis teſtatoris præcipue de iure teſtamenti quæratur, & hoc tempore nemo

alius

Digitized by Google

alius adſit heres, nec credatur teſtator ſine herede decedere voluiſſe, perinde habeatur, ac ſi ab initio illi ſoli heredes ſcripti fuiſſent: hoc autem caſu non admitti, quod cum tempore mortis ſint pro legatariis, & tempore mortis cedat dies legatorum hæc illorum conditio ex eo quod poſt accidit, amplius immutari non poſſit: quæ probabilior & mihi opinio videtur. vid. agentes de hac re Dd. *in d. l. quoties 13. C. h. t. Bart. & Salic. nu. 10. Caſtrenſ. nu. 2. Iaſon. col. 5. in fin. Angel. Aretin. in §. ſed ſi quis infra quib. mod. teſtamenta infirm.* & quæ ad Fabrum ad 1. part. de error. pragm. tractauimus. Hæc de primo membro difformis inſtitutionis.

Alterum iſtius inſtitutionis membrum principale erat, quando quidam heredes ex partibus, quidam ſine partibus ſimpliciter ſcripti ſunt Et tria membra hic rurſus ſubdiſtinguuntur: Nam quibuſdam adſcriptæ partes, aut ſunt infra aſſem, aut ſuperant aſſem, aut exæquant aſſem. Primo caſu ius liquidum eſt, vt quod ſupereſt, habeant ille vel illi qui ſine partibus ſcripti ſunt, vt docet *Iuſtinian. §. ſi plures 8. verſ. partibus h. tit. poſt ICtum in l. item quod 17. in princ. D. eod.* Secundo caſu, eadem ratione habent ſine partibus ſcripti, quod deeſt dupondio, ad quem teſtator, plures faciendo vncias vltra aſſem tranſitum facere intelligitur voluiſſe, vt eſt *in §. etſi plures in pr. 10. h. t.* idemque in *l. Sabinus 18. D. eod.* Sin autem reuocatur res ad aſſem, ſingulis, qui partes habent detrahenda eſt dimidia, quia ſcilicet, vt diximus, duæ vnciæ in dupondio, faciunt vnam in aſſe: verb. cauſa: ſi duo Titius & Mæuius ſinguli ſcripti ſint ex vnciis VIII. & Sempronius ſimpliciter ſine parte, ſiquidem dupondium facimus, Sempronius itidem VIII. vncias feret: ſin reuocamus rem ad aſſem, ſinguli habebunt trientem & quatuor vncias hereditatis totius. Et ita in ſpecie *l. ex vnciis 87. h. tit.* vbi duo, vnus, in VI. alter in VIII. vnciis, tertius ſine parte ſcriptus eſt; facto dupondio hic X. ſed in aſſe V. vncias habet: ſingulis enim detrahitur dimidia, ita vt qui in dupondio ex partibus ſcripti habent XIV. vncias, in aſſe tantum habeant ſeptem. Nec diſſimilis eſt in tertio caſu ratio: quoniam qui aſſe integro expleto & XII. factis vnciis, alium ſine parte ſcribit, itidem præſumitur tranſitum facere voluiſſe ad nouum aſſem & ad dupondium, & proinde ſiue vnus ſiue plures ſcripti ſine partibus ſint, in dupondio XII. vncias, in aſſe ſemiſſem, & ita dimidiam hereditatis totius habebunt: & hoc diſerte tradit *Iuſtin. in §. ſi plures 8. verſ. ſi vero h. t.* vbi breui quaſi manu, ait, aſſe toto completo, ſi qui ſine partibus ſcripti ſint, dimidium hereditatis habituros, & tantum ſcilicet, quantum hi qui partes adſcriptas habent, & in quorum perſonis as expletus eſt: idemque *in l. item 17. §. ſed ſi 3. h. t.* aſſe expleto, ſine parte ſcriptum, in alium aſſem venire, ſcilicet facto dupondio, qui cum habet duos aſſes, quod in eo as vnus eſt, in aſſe ſolemni eſt ſemis: & *in d. l. 17. §. 4.* duos ſine partibus ſcriptos in vnum aſſem coniungi. Quid igitur ſi expleto dupondio, teſtator ſcripſerit aliquem vel aliquos † ſine parte? Videtur huc referri 11
poſſe, quod eſt *in §. etſi plures 10. verſ. idemque h. tit.*

Idem erit, ait Iuſtin. ſi dupondius expletus ſit: Et tamen proxime ante caſum proponit, non quo expletus as, ſed quo ſuperatus eſt: & vt ille verſ. ad valde illud remotum, quod eſt *in §. ſi plures 8. verſ. ſi vero*, (vbi de expleto aſſe agitur) referatur, tolerari vix poteſt, vt forte non abs re ſit, quod Hottomannus expletum *in d. §. 10.* accipit pro exſuperato. Sicut enim qui ſuperato aſſe, ſine parte ſcriptus eſt, habet quod dupondio deeſt: ita qui ſcriptus eſt ſine parte ſuperato dupondio debet habere, quod deeſt tripondio, ad quem tum teſtator tranſitũ facere, & in XXXVI. vncias ſuam hereditatẽ intelligitur diuidere voluiſſe. Et tamen eſt eadẽ ratio ſiue expletum ſiue ſuperatum dupondium ponamus, quia vtroque caſu ad tripondium tranſitum facimus: vt proinde *in d. §. 10.* recte quoq; verbũ *expleti* proprie accipi poſſit, ſicut & *in l. 17. §. 3. & 4. h. t.* Et eſt alias

caſus hic, quo dupondio expleto alius ſine parte ſcriptus eſt, deciſus *in d. l. 17. §. vlt. h. tit.* venire hunc non in alium aſſem, ſed in trientem. Nimirum negat eum venire in alium aſſem, eo ſenſu, quo in §§. præcedd. dixerat eum qui aſſe expleto ſine parte ſcriptus eſt, in alium aſſem venire, qui ſcilicet habet dimidiam hereditatem: ceteroqui tripondio facto, in quo vtique ſunt tres aſſes, & hic recte dicetur vocari in alium aſſem. Sed ICti noluerunt multiplicare nomina, & fere in dupondio ſubſtiterunt, ideoque ICtus *in d. l. 17. §. vlt.* in propoſito caſu recta reſpondet, eum trientem habiturum, in tota videlicet hereditate, & re ad aſſem reuocata. Quæ certiſſima ratio eſt, in qua miror turpiter adeo lapſum *Hottom. in §. etſi plures 10. h. t.* Negat ibi ſe poſſe excogitare rationem, cur qui duobus (v. c.) ſingulis ex aſſe ſcriptis, ſine parte ſcriptus eſt, debeat vocari tantum in trientem: Nam, inquit, ſi aſſe completo, qui ſine parte nominatus eſt, in alterum aſſem vocatur, reque ad vnum aſſem reuocata, ſemiſſem aufert, quid ni qui dupondio completo ſine parte ſcriptus eſt, eodem modo re ad aſſem reuocata auferet ſemiſſem? Nihil hac argumentatione inſubtilius, & inſulſius. Et nimis craſſa & falſa opinio, eum qui dupondio expleto ſcriptus eſt ſine parte, in aſſe ſolemni ſemiſſem, & ita dimidium totius hereditatis, & tantum, quantum habet, qui expleto aſſe ſine parte ſcriptus eſt, habere debere. Nihil eſt, quod rationi & proportioni magis repugnet & tamen ille tam indoctam opinionem pluribus proponit 8. *obſ.* 2. quod totum caput vna litura delendum eſt. Et primo expreſſus eſt textus *in d. l. 17. §. vlt.* quod hic de quo quærimus vocetur in trientem. Et impudens eſt emendatio, vt pro, *trientem* legamus, *treſſem:* quin & hac admiſſa lectione, non poteſt iuuari ſententia Hottomanni, quia aut intelligimus treſſem coniunctim pro tribus aſſibus, & manifeſto ſtolida eſt ſententia vocari eum in treſſem: ita enim totum haberet: aut diſcretim, & pro tertio aſſe vel vno ex tribus, & hic nimirum facit in aſſe trientem. Et ſicut dupondius ſignificat duos aſſes, & ſcil. XXIV. vncias, ita treſſis ſiue tripondius ſignificat tres aſſes & XXXVI. vncias, & vel hac de cauſa penitus inepta & vitioſa eſt illa lectio & corruptio Fr. Hottom. *in d. l. 17. §. vlt. h. t.* Et quo plures portiones hereditatis facit teſtator, eo etiam minus in integra & re ad aſſem reuocata oportet habere ſingulos heredes: & proinde abſurdiſſimum eſt, vt qui poſt dupondium expletũ ſcriptus eſt, ſine parte, tantundem habeat in hereditate, ac is qui ſcriptus eſt ſine parte poſt aſſem expletum, quoniam illic teſtator diuiſit hereditatem in partes & vncias XXXVI. hic tantum in XXIV. Itaq; ſi dixerit, Titius ex XII. vnciis heres eſto. Caius heres eſto, facto dupondio. Caius XII. vncias habet. Si dixerit, Titius ex XII. Seius ex XII. vnciis heredes ſunto. Caius heres eſto, facto tripondio, Caius itidem habet XII. vncias quidem, ſed quę in hereditate & aſſe ſolemni, non tantum faciant, quantum caſu priori: etenim rationis eſt apertæ, vt vncia in tripõdio minor ſit quam vncia in dupõdio, & hæc rurſus minor quã in aſſe, & vt ſup. diximus, in tripondio tres vnciæ, in dupondio, duæ vnciæ cõputantur pro vna, vbi res ad aſſerem reuocatur, itaque neceſſum eſt vt in poſteriori caſu Caius tantum habeat trientem in aſſe, in priori ſemiſſem. At ſecundum Hottom. opinionem, cum in poſteriori ſpecie ſinguli, Titius, Seius & Caius, habeant XII. vncias, abſurdiſſime tantum tribuitur Caio, quantum duobus illis Titio & Seio. Et turpiter labitur *d. lib. 8. obſ. 1. Hottom.* in facienda reductione ad aſſem. Detrahit tantum Titio & Seio quibus ſingulis XII. vnciæ adſcriptæ ſunt: & detrahit ſingulis VI. vnc. & nihil detrahit Caio. Quod in manifeſto vitio eſt. Nam cum Caius intellectu iuris vtriq; partem habeat, ceteroquin ſuccedere nõ poſſet, oportet illum quoq; pati proportionatam detractionem. Et hoc modo nimirum, vt gradatim primo tripondius ad dupondium, inde hic ad aſſem reuocetur, & nimirum primo ſingulis detrahatur tertia id eſt IV. vnciæ (ita enim fiet dupondius) mox ſingulis dimidia, & ita relinquetur as:

in quo

Digitized by Google

in quo ſinguli habebunt trientem: quomodo vt fiat deductio ratio ea facit, quod, vt ſæpe diximus, tres vnciæ in tripondio, duæ vnciæ in dupondio, faciunt vnam vnciam in aſſe; in quo iterum grauiter offendit Hottoman. qui longe alia ratione ad dupondium, alia ad aſſem reducendi vtitur, vt omni cum iudicio hic caruiſſe appareat. Et porro, ſi Caio ſine parte poſt dupondium expletum ſcripto, vbi teſtator tripondium facere voluit, tribuas dimidium totius hæreditatis, quod vult Hottom. efficietur neceſſario vt in tripondio habeat XVIII. vncias, quod abſurdiſſimum eſt, & implicat cōtradictionē cum iam XXIV. vncias expleuerit teſtator, quibus ſi addas XII. faciunt XXXVI. quarum tertia pars vtique ſunt XII. quæ partem tertiam faciunt totius hęreditatis, & nimirum in aſſe trientem *dict. leg. 17. §. vlt. h. t.* Denique quæ ratio eſt vbi ſuperato dupondio, aliqui ſine parte ſcripti ſunt, eadem eſt, vbi ſcripti ſunt dupondio expleto, vt ſcilic. illi habeant quod ſupereſt de tripondio, hi alias XII. vncias in tripondio, ſicut quę eſt ratio, vbi ſuperato aſſe quidam ſine parte ſcripti ſunt, eadem eſt, vbi ſcripti ſunt expleto aſſe: vt illic capiant quod deeſt dupondio, hic alias XII. vncias, ſcilic. in dupondio; neque vero fieri poteſt, vt XII. vnciæ in dupondio tantum faciant, quantum XII. vnciæ in aſſe. Siquidem as totus eſt in XII. vncijs; dupondius autem in XXIV. vnciis: itaque in dupondio XII. vnciæ faciunt dimidium aſſis; Et ad hunc modum rurſus fieri non poteſt, vt XII. vnciæ tantum faciant in tripondio, quantum faciunt in dupondio; quia XXXVI. vnciæ faciunt tripondium; & proinde in tripondio XII. vnciæ faciunt tertiam partem aſſis, quæ eſt triens. Sed pudet tot verba perdidiſſe, in confutanda tam inſulſa opinione. Facit tamen, aut autoritas, aut confidentia an impudentia, & ignorantia quorundam, vt reperiant approbatores. Vnum addo, ſi teſtator v.c. vnum inſtituerit in XII. vncijs, alterum in VI. ſiue retinens has XVIII. vncias, ſiue faciens tranſitum ad dupondium & XXIV. vncias, ſiue re ad aſſem reuocata XII. vncias, ſemper effectu idem futurum; primo caſu habebit vncias expreſſas; altero caſu, prior XVI. poſterior VIII. tertio, prior VIII. poſterior IV. vncias habebit: vtique alter duas tertias, alter vnam tertiam: qua in re lapſus eſt Faber hic. Hactenus totum hunc textum, & ſingulas eius partes, explicauimus, additis quibuſdam, quæ connexio materiæ exigebat. Ceteroquin hoc textu in prin. proponitur regula, quod paganus pro parte teſtatus & inteſtatus decedere non poſſit. Et fit ex accidenti & poſt facto, aliquando ob querelam inofficioſi, vt ex parte reſcindatur teſtamentum *leg. circa 24 de inoff. teſtam.* Et tamen verum eſt tempore mortis in totum teſtatum fuiſſe. Alium caſum ſingularem in pupillo, notaui ad *fin. pr. infra de pupill. ſubſtit.*

Vnicum adhuc addendum eſt ad enumerationem partium in pr. §. *hæreditas 7. h. t.* vulgatæ editiones habent, *ſeſ unx*, ſextans, &c. Vigl. pro *ſeſcunx*, legit, *ſeſcuncia*. Sed ſufficit vncias ipſas poſuiſſe, non etiam dimidiatas; & omnino illud *ſeſcunx* delendum eſt, quod nec extat in Florent. & Hal. editionibus in *l. ſeruum 50. §. vlt. h. t.* nec apud Theophilum, qui *vnciam* poſuit quod ipſum verbum rectius omittitur, ſicut in *d. l. 50.* quoniam in pr. §. dicitur, hæreditatem diuidi in XII. *vncias*: & rurſus cum in d. prin. bis fiat mentio *aſſis*, non eſt neceſſe, vt poſt *deunx* adiiciatur; *As*, quod etiam deeſt in emendatioribus. Sed hactenus parum refert; ſiue verbum *vnciæ* præmittamus, ſiue etiam *Aſſis* verbum in fine ſubiiciamus; quam lectionem etiam Contius repræſentauit, & Hottoman. Porro aſſem eſſe nummi genus, hic autem pro ſolido, quod in XII. partes diſtribuatur, ſumi, omnes notant; & vulgatum eſt, & ex iis quæ Budęus de aſſe, Voluſ. Mæl. & Varro d. L. L. ſcribunt, notiſſimum.

TEXTVS.

6. Hæres & pure & ſub conditione inſtitui poteſt: ex certo tempore, aut ad cer-

Digitized by Google

certum tempus non poteſt, veluti, poſt quinquennium, quam moriar, vel, ex Calendis illis, vel, vſq; ad Calēdas illas heres eſto. Deniq; diem adiectum haberi pro ſuperuacuo placet, & perinde eſſe ac ſi pure hæres inſtitutus eſſet. Impoſſibilis cōditio in inſtitutionibus, & legatis necnon in fideicommiſſis & libertatibus, pro non ſcripta habetur. Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptæ ſunt, ſiquidem coniunctim, eſt omnibus parendum; ſin ſeparatim: veluti, ſi illud, aut illud factum fuerit: cuilibet conditioni obtemperare ſatis eſt.

Commentarivs.

1 *Liberi an & ſub qua conditione inſtitui poſſint.*
2 *De impoſſibili conditione.*
3 *Conditio impoſſibilis iure.*
4 *De die certo & incerto.*
5 *Ad* l. extraneum 9. C. h. t.

INſtitutio, aut eſt pura, aut aliquo adiecto qualificata; cuiuſmodi multa ſunt quæ adiici poſſunt, dies, conditio, modus, cauſa, &c. Hic de die & conditione tantum agitur. Conditio eſt vel poſſibilis vel impoſſibilis. Illa poteſt diſtingui in mixtam & ſimplicem: quę eſt vel caſualis tantum, vel poteſtatiua tantum. Et poteſtatiuæ quidem, implendæ, & ijs parendum eſt, caſuales expectandæ ſunt, hoc tit. ex *verſ. ſi plures* cuius verba, *parendum eſt, obtemperari* proprie competunt conditioni poteſtatiuæ: licet procul dubio idem ſit in caſuali, quæ & ipſa vtiliter adiicitur, nec detrahitur; præterquam in filijſam. perſona, qui
1 ſub† conditione caſuali male inſtituitur, quia deficiente conditione reperitur præteritus; itaque recte tum demum inſtituitur ſub conditione caſuali, ſi in contrarium euentum fuerit exhæredatus *l. 4. 5. & 6. & l. iam dubitati 86. h. t.* Ceteroquin teſtamentum nullum eſt: Atque ita olim in filio tantum obtinebat, non in ceteris liberis, quippe, qui nec præteriti teſtamentum faciebant nullum, vt diximus *ad pr. tit. prec.* ſed Iuſtinianus omnes liberos in poteſtate exæquauit §. *ſed hac ſ. d. tit.* Communius tamen putant Dd. hodie ſi filius ſit inſtitutus ſub conditione caſuali, teſtamētum non eſſe nullum, ſed conditionē poteſtatiuæ iuris detrahi vſq; ad legitimam, quæ nullū moram & grauamen ferre poteſt, ex *l. quoniam 32. Codic. de inoff. teſtamen.* eaque communis eſt opinio Dd. teſte *Iaſ.* qui eandem probat in *l. 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* Sed falluntur & errant. Eo enim loco & ſi, qui ſunt ſimiles, agitur de caſu, quo quæritur, de querela inofficioſi, & de caſu adeo filij exhæredati. Et nimirum ita olim ius erat, vt filius etiam optimus exhæredari à patre poſſet, vt nec querelam haberet, modo pater ei legitimam dediſſet, de quo *infr. tit. 18.* Quam legitimam Iuſtin. voluit habere filium plenam & ſine vllo onere & mora: ſed poſt *Nou. 115. cap. 3.* conſtituit, vt omnino neceſſum eſſet filio dari legitimam titulo inſtitutionis, de quo *dicemus d. tit. 18.* Hoc vtiq; Iuſtin. vbiq; egit, vt conditionem liberorū meliorē faceret; itaq; hodieq; nullum erit teſtamentum, in quo filius inſtitutus eſt ſub conditione caſuali. Poteſtatiua autem conditio recte adſcribitur etiam liberis in poteſtate: ſed vtiq; ſi v. c. in dando conſiſtat, tum demum verum erit quod Dd. volunt, eam detrahi, ſi qualecunq; etiam præiudicium inferat legitimæ; adeo & tunc, ſi talis ſit, quæ ſumptus requirat, nihil enim in fraudem & prçiudicium legitimę fieri poteſt. Hęc de conditione poſſibili. Impoſſibilis† cōditio 2
dicitur eſſe cui natura impedimento eſt, §. *ſi impoſſibilis 10. de inutil. ſtipulat.* Sed docendi gratia latius accipi & ita diſtingui poteſt, & ſolet, quod ſit impoſſibilis natura vel iure. Illa rurſus ſubdiſtingui poteſt, quod ſit vel ſimpliciter talis, veluti ſi mare ebiberis, ſi cælum digito tetigeris, vel per ſe quidem poſſibilis, ſed propter conditionem ſiue circumſtantiam v. c. temporis fiat impoſſibilis natura, veluti monumentum facere, ſer-

ſeruos dare per ſe poſſibile, imo poteſtatiuum eſt, ſed ſi adiectum ſit tempus nimis breue, & breuius, quam vt (vbi ſcilic. ſerui longe abſentes ſunt) fieri intra illud poſſit, fit conditio impoſſibilis; veluti ſi monumentum intra triduum feceris, ſi ſeruos, qui Carthagine ſunt, (cum hæres Romæ eſſet) intra triduum dederis *l. ſi quis ita 6. de condition. inſtit. l. ſi mihi 12. §. 1. de legat.* 1. Et hæc quoq; conditio vtitur eo iure, quo ſimpliciter impoſſibilis, vt videlicet ipſa detrahatur & vitietur, & inſtitutio maneat pura, dictis textibus. Et huc etiam referri poteſt conditio, quam appellant Interpretes impoſſibilem, propter perplexitatem, quæ facit, vt exitum reperire res non poſſit, vt in ſpecie *l. ſi Titius 16. de condit. inſtit.* Sed ea diuerſo iure vtitur, quam illæ priores; etenim inutilem inſtitutionem facit, vt eſt in *d. l. 16.* Alia etiam conditionis eius ratio eſt, quam perſonæ qualitas facit impoſſibilem, veluti ſi quis hac lege ſeruum manumiſerit, ſi millies dederit hæredi, quomodo libertas dicitur data inutiliter, & ita vitiatur datio, *leg. ſi hæres 4. §. 1. de ſtatuliber.* & eſt iſta potius difficultas quam impoſſibilitas. Quid autem ſi legauerit vel inſtituerit ita teſtator, ſi montem aureum dederis? Angel. in *§. impoßibilis in fin. h. t.* diſtinguit an teſtator cogitarit de monte aureo naturali, an artificiali. Illo caſu detrahi conditionem & valere inſtitutionem, quoniam natura talis mons nullus eſt; hoc caſu inſtitutionem vel legatum vitiari. Sed contrarium verius puto; nec enim quiſquam mortalium tantum auri coaceruare poſſit, vt ex eo liquefacto, (vt ipſe loquitur Ang.) cõficiatur mons. Viglius putat intelligi poſſe montem, qui habeat venas auri. Sed ille ſane inepte dicatur mons aureus; quod ſi probetur, teſtatorem de tali monte ſenſiſſe, facile concedam, conditionem implendam, aut nullam inſtitutionem fore. Huiuſmodi cõditiones appellãt Interpp. impoſſibiles de facto, & illas quoque quæ ſunt in *d. l. 16. de condit. inſtit. & d. l. 12. §. 1. de legat.* 1. & conditionibus natura impoſſibilibus opponunt. Sed non recte ſatis; ſiquidem & iſta propter impoſſibilitatem [illegible] tura impoſſibiles ſunt, & rurſus quæ ſunt impoſſibiles natura, vtiq; de facto ſunt impoſſibiles. Supereſt conditio † impoſſibilis iure, 3
quæ ita dicitur ex *l. filius 15. de condit. inſt. tut.* vbi ICtus ait, quæ honeſte fieri non poſſunt, ea intelligi nec facere nos poſſe. Et de hac quoq communiſſime Interpp. tradunt, idem iuris eſſe, quod in impoſſibili cõditione natura, vt ſcil. conditio reiiciatur ſalua inſtitutione, & hoc indubitatum eſſe, ait Mynſ. hic. ex hoc loco, quem non dubitat pariter de cõditione impoſſibili iure, quę turpis dicitur, accipiendum eſſe. Sed nimis leue iſtud eſt argumentum; cum nuſquam alibi iure noſtro turpis conditio dicatur eſſe impoſſibilis; vt proinde recte hic locus accipiatur, de conditione quæ natura eſt & de facto impoſſibilis, ſicut & de eiuſmodi conditione tantum, loquitur *§. ſi impoßibil. 10. infra de inutil. ſtipulat.* Et facit contra hanc opinionem iſtud argumentum, quæ conditio adiecta, filij inſtitutionem facit nullam, ea ſane non detrahitur, quia ſi detraheretur, valeret inſtitutio; nec dubium eſt, quod ſi filius inſtituatur hoc modo, ſi ebiberit mare, vel, ſi digito cœlum tetigerit, non irritari inſtitutionem. Atqui ſi inſtitutioni filij adiiciatur conditio turpis, inſtitutionem vitiari reſponſum eſt, in *dict. leg. filius 15. de condit. inſtit.* Ergo &c. Sed rurſus pro cõmuni illa Dd. opinione facit, quod eſt in *l. conditiones 9. de cond. inſtit.* conditiones remitti, quæ ſunt contra mores bonos. Et reſpondet *Angel. ad d. leg. 15. de condit. inſtit.* quod ibi in forma ſubſtantiali peccet diſpoſitio, quia conſtitutum ſit, vt filius non niſi ſub poteſtatiua conditione inſtitui poſſet. Sed efficeretur ita, vt hæc quoque inſtitutio filij, ſi digito cœlum tetigerit, ſit nulla, quod puto eſſe falſum. Exiſtimo hactenus iure eodem eſſe vtramq; conditionem, & quæ iure & quæ facto, vel natura impoſſibilis eſt, quod vtrobique hæres conſequitur hæreditatem, ſed, vt hæc ipſa poteſtate iuris detrahatur, & habeatur pro non adiecta; illa autem remittatur iuxta

d. l. 9.

Digitized by Google

d. l. 9. de condit. inſtit. quandoquidem reuera impleri poteſt, ſed à iure reprobatur, ne impleatur, ſicut conditionem quoque iuriſiurādi prætor remittit *l. quæ ſub* 8. *de condit. inſtit.* Vt autem valeat filij inſtitutio, remitti non ſatis eſt conditionem, ſed pro nulla poteſtate iuris eam habere oportet. Remitti enim, hoc infert, poteſtate ipſa iuris non detrahi conditionem, nec haberi pro non adſcripta; & ob id inſtitutionem filij ſub tali conditione, quæ pro poteſtiua non habetur, nullam eſſe conſequitur. Atquin cur conditio impoſſibilis vitiatur, & non vitiat inſtitutionem, cum tamen vitiet contractus & conuentiones? §. *ſi impoſſib* 10. *inſ. de inutil. ſtipul. l. impoſſibilis* 7. *de V. O.* Ratio differentiæ vulgo traditur, quod contrahentes ſub eiuſmodi conditione ludere & iocari videantur: quod non præſumitur facere, qui ſolus & tam ſolemniter condit vltimam voluntatem, cui magis adſiſtunt & fauent iura, vt habeat exitum: quod præſertim alias toto teſtamento corruente, multa recte & bene conſtituta euerterentur.

Hæc de conditione. Sequitur de die, qui
4 vel eſt certus † vel incertus. De certo die agit Iuſtin. hoc loco in §. *hæres.* de quo reſpondet, hęredem ex certo tēpore, aut ad certum tempus inſtitui non poſſe, ſed explicat mox in *f.* §. quomodo hoc intelligat, nimirū nō quod inſtitutio ſit nulla, ſed ꝙ ſicut cōditio impoſſibilis, ita & dies certus detrahatur, & ſit ꝓ non adiecto, potius quam vt pereat vltima defuncti voluntas, *h.* §. *& l. hæreditas* 34. *D. eod.* Et igitur ſiue dies adiectus ſit tamquam terminus ad quem, vel tamquam terminus à quo: Communis vtriuſque ratio eſt, ꝙ ſicut extra militem nemo pro parte bonorum, ita nec pro parte temporis teſtatus & inteſtatus decedere poteſt; quam rationem communiſſime reddunt Interpp. hic, eoq; genere argumentandi vtitur ipſe ICtus in *l. miles ita* 41. *in fin. princ. de milit. teſtam.* Propria ratio prioris eſt, quia nemo iure noſtro hæredem ad temp⁹ habere poteſt, & ſemel hæres perpetuo manet hęres, *l. et qui* 88. *h. t. l. ait* 7. §. *ſed quid* 10. *in f. de minorib.* & admiſſo alio hęrede poſt tempus, tū circa ſolutionem æris alieni, tum alia ſequutura eſſent incommoda. Poſterius membrum, pluſculū videtur habere dubitationis, ſiquidem non minus, vbi ſub conditione facta eſt inſtitutio, interim ea pendente, nullus eſt hæres. Verū hæc differentiæ ratio ſolet reddi, quod conditio quandocunq; exſiſtēs retrotrahitur *l. neceſſario* 8. *in princip. verſ. quod ſi pendente de pericul. & commod. rei vendit. l. potior* 11. §. 1. *qui pot. in pign.* at non ita dies, quem cum expreſſe adiecerit teſtator, & ante eum voluerit eſſe hæredem, & non detracto amplius impediretur, illa quam ius requirit coniunctio temporis quo adita eſt hæreditas, cum tempore quo teſtator mortuus eſt. Et porro dies non ſuſpendit iuris effectum, ſed tantum executionem (adeo cum certum ſit, diem exiturū, (quod in conditione ſecus eſt,) potius ſtatim admittendus eſt ſcriptus hæres, ne dies operetur præter & contra ſuam naturam, vt etiam diſputat *Gomez. 1. l. reſol. 2. nu.* 8. Facit, quod ſi inſtitutio ex die certo valeret, interim deferretur hæreditas ex Lege, argument. *l. miles* 41. *in princip. de milit. teſtamen.* & poſt ex teſtamento; quod ratio iuris non patitur. Quid autem ſi teſtator ita diſponat; Titius hæres eſto vſque ad Calend. Iunias, poſtea Caius hæres eſto? Vt hic poſt illum hæres fiat, & ille tum hæres eſſe deſinat, ratio iuris nō patitur. An igitur dicemus, Caium inutiliter adiectum, & Titium ſolum hæredē eſſe? Atquin vtriuſq; & Titij & Caij par ratio eſt, & vt ordini ſcripturæ tantus effectus tribuatur, vix poteſt. An inducimus fideicommiſſum, vt Titi⁹ videatur rogatus reſtituere hæreditatē Caio poſt illud tempus? quæ eſt ſententia Baldi in *l. extraneum num. 2. Codic. h. t.* ſicut & ſi quis inſtituerit hæredem vſque ad tempus & poſt hæredem eſſe vetuerit, tantum fideicommiſſum admittit *Gomez. 1. var. reſ. 2. num.* 10. vt cenſeatur rogatus hęreditatem reſtituere proximis ab inteſtato, veluti ſup. diximus, vbi teſtator prohibuit ius accreſcendi. An potius & Titio & Caio detrahimus tempus, vt vterq; in hæreditate cōcurrat, quę eſt ſententia

tia *Bart. in l. hereditas 34. h. t. Salic. in d. l. extraneum C. h. in 5. & probat Ich Fab. hic.*

Hæc de die certo. Dies incertus tripliciter dicitur. 1. An & quando ſit exititurus, veluti, cum vxorem duxerit, cum conſul factus erit, & hic dies omnimodo pro conditione eſt *l. ſi dies 21. in pr. quand. d es leg. ced.* 2. An ſit exititurus, veluti cum pubes erit, quia poteſt ante pubertatem mori, eoque & hic dies pro conditione eſt, *d. l. 21. in pr.* & proinde & hic & ille dies recte adiicietur inſtitutioni, nec detrahetur. 3. Quando ſit exititurus, veluti, *cum quis morietur*: certum enim eſt, moriturum, ſed incertum, quando; & hic communius diſtinguunt Dd. quod aut dies hæc adſcripta eſt in perſona tertii: veluti *cum Caius morietur, Titius heres eſto*: vel ipſi heredi, Titius, cum morie-
5 tur, heres eſto. Illic dies quoq; † pro cōditione eſt, quia poteſt præmori Caius, de quo caſu poteſt accipi *l. extraneum 9. Cod. h. t.* ſi retenta particula *Quis* legimus, Extraneum cum quis (tertius ſcilicet) moreretur, heredem inſtitui poſſe: Ceterum inducta illa particula, pertinebit ille textus ad poſterius membrum, quo quis inſtitutus eſt cum ipſe morietur. Improbabilis enim plane eſt explicatio Viglii ad hunc locum, teſtatorem poſſe ſibi ſcribere heredem cum ipſe (ſcilicet teſtator) moritur: vt hic ſit ſenſus, non tantum eum qui ſano eſt corpore ſed etiam moriturum heredem ſcribere ſibi poſſe. Et vero aut accipimus & intelligimus ægrotantem tantum, & ſtulta prorſus eſt ratio dubitandi: aut iam animam agentem, & falſum eſt, quod hic poſſit teſtamentum ſibi facere; & in toto iure, verba, *cum morietur*, ipſum punctum moriendi ſignificant, poſito autem hoc caſu, quo heres ita ſcribitur, *Titius cum morietur. heres eſto*: quæritur, an Titius pure ſit heres, & detrahatur dies, an vero demum ſit heres cum morietur. Pro illa ſententia facit, quod cum omnino certum ſit, Titium moriturū, fruſtra expectamus euentum & caſum mortis. Pro hac facit, quod ſimpliciter ſcriptum eſt, diem incertum in teſtamento facere conditionem *l. dies 75. de cond. & dem.* & nominatim quod hic dies incertus, *cum heres morietur*, faciat conditionem, probat *l. 1. ... d. t.* ſed obſtat poſteriori explicationi, quod cum nemo poſſit adire hereditatem ante conditionem exiſtentem, cum necdum hereditas delata ſit, non apparet prorſus, quomodo quis ipſo puncto mortis adire poſſit hereditatem. In quo diuerſa eſt obligationis ratio, quæ recte concipitur in caſum quo moriturus eſt creditor vel debitor *§. ita autem 14. infr. de inutil. ſtip.* quia nihil præterea requiritur, quam vt obligatio purificetur per exiſtentiam conditionis: atquin hic, vt diximus amplius requiritur vt hereditas adeatur, neque heredem facit nuda conditionis exiſtentia, & explicatio Azonis quem refert hic Faber, vt intelligatur, cum erit in lecto mortis ægrotus, repugnet notiſſimo vſui iuris. Video Ang. & Fab. hic, & Dd. in *d. l. 9. C. h. t.* magis probare, vt dies detrahatur; nec abſurdum ſit, limitare hactenus *d. l. dies 75. de condit. & dem. & d. l. 1. §. 1. eod. titul.* quæ loquitur de legato, Titius heres cum morietur Caio decem dato: vbi quia poteſt præmori Caius, legatum habere intelligitur conditionem. Sed etiamſi legetur Titio cum morietur, pro conditione erit; quia nihil hic amplius requiritur, niſi vt moriatur Titius, vt transmittatur legatum: quæ res etiam vtiles facit huiuſmodi conuentiones: quod ſecus eſt in inſtitutione heredis. Et in die quoque certo alia legati, alia inſtitutionis ratio eſt: quoniā de hac detrahitur dies certus, ſed non de illo, & omnino ante diem legatum efficaciter non debetur nec peti poteſt *d. l. 1. de cond. & dem. d. l. 21. Quand. dies leg. ced.* Illa ſingularis ſpecies eſt diei incertæ, Titius heres eſto *cum capere poterit l. in tempus 62. h. t.* quod tamen recte explicare & limitare videtur Angel. hic vt procedat quando incapacitas eſt ſolum ex parte inſtituti, non etiam ſimul ex parte teſtantis: ex quo probat non poſſe inſtitui à patre filium ſpurium. Id enim fieret in fraudem legis.

In inſtitutionibus & legatis.] Comparantur iſta quoad conditionem: nam vt diximus, quoad diem diſpar ratio eſt, qui non detrahitur de legatis.

Digitized by Google

Omnibus parendum eſt.] Accurſ. hoc reſtringit ad conditionem poteſtatiuam: ſi plures ſint caſuales, licet coniunctim, putat ſufficere, extitiſſe primam: ſed recte reprobatur ab omnibus: hactenus enim diuerſitatis ratio dari non poteſt: ſiue ſint omnes poteſtatiuæ: ſiue omnes caſuales, ſiue alia poteſtatiua alia caſualis, quale exemplum proponit Theoph. Nec iuuat eum *l. ſi plures 17. de condit. inſtit.* quia loquitur de pluribus inſtitutionibus, vt non poſſint non eſſe diſiunctim adiectæ conditiones; poteſt enim teſtator in diuerſis partibus teſtamenti ſæpius eundẽ inſtituere, vt & Vigl. notat. Illud vero huic loco non obſtat, quod negantur actus legitimi recipere conditionem *l. actus 77. de R. I.* vel quia lectio loci eius dubia, nec ſatis exploratum eſt, quod nullus actus legitimus conditionem admittat; vel potius quia aditio quidem hereditatis actus legitimus eſt, non vero etiam inſtitutio heredis.

TEXTVS.

Ii quos numquam teſtator vidit, heredes inſtitui poſſunt; veluti ſi fratris filios peregrinantes, ignorans qui eſſent heredes inſtituerit; ignorantia enim teſtantis, inutilem inſtitutionem non facit.

COMMENTARIVS.

Rationem dubitandi notant, quod hereditas detur ob bene merita *l. nec adiecit 9. pro ſoc.* Sed leuis ratio eſt, & liberum habet hic teſtator arbitrium; & in terminis huius §. cognationis ratio mouit teſtatorem.

Peregrinantes.] Alii malunt, *peregrinatos*: atq; ita manuſcriptos habere ait Hottomannus quod & teſtatur Contius. Addit Hottom. cum iſta lectione conſentire Theophilum. Sed imponit lectori. Ita enim habet Theoph. ἐπὶ ξένης διάγοντας, quod vtique non ſignificat peregre natum, ſed peregre & in natione peregrina agentem & verſantem. Itaque vnice miror, quod Contius, & ex eo Pacius, ex Theophilo, citatis etiam his ipſis iam relatis verbis confirmant legendum eſſe *peregrenatos*, quod ſane ignorantiam Græci ſermonis aut inſignem oſcitantiam ſapit. Plane apparet peregrinantem, diuerſum eſſe à peregrino, qui opponitur ciui, & heres inſtitui non poteſt.

AD TITVLVM XV. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE VVLGARI SVBSTItutione.

TEXTVS.

Poteſt autem quis in teſtamento ſuo plures gradus heredum facere: vt puta, ſi ille heres non erit, ille heres eſto: & deinceps in quantum velit teſtator, ſubſtituere poteſt: vt nouiſſimo loco in ſubſidium, vel ſeruum neceſſarium heredem inſtituere poſſit.

COMMENTARIVS.

Eſt ex *l. poteſt 36. D. de vulg. & pup. ſubſt.* Interpretes ſubſtitutionem primo diuidunt in directam & fideicommiſſariam: Et ſane non vno loco dicitur ſubſtitutus, cui per fideicommiſſum alius quid reſtituere iuſſus eſt *l. Titia 87. §. Seia 2. de legat 2. l. heredes 57. §. 1. & 2. ad Trebell. l. coheredi 41. §. quid ſi 3. l. generaliter 6. C. de inſtit. & ſubſt. l. ſi legata 6. C. de legat. l. ſi ſeruus 50. de lega. 2. l. ei cui 10. de mort. cauſ. don.* de fideicommiſſis agitur *inf. h. lib.* Hic autem de directa & heredis ſubſtitutione agitur. Quæ ſolet definiri, ſecundi heredis inſtitutio: (hoc enim verbum in genere ſubſtitutionem quoque comprehendit hoc ipſo *textu inf.*) *l. ex facto 43. §. 2. h. t.* vel ſimpliciter, inſtitutio ſecunda; ſcilicet, non ordine, ſed gradu, quomodo hic loquitur

iuſti-

Iuſtin. poſſe teſtatorem plures gradus heredum facere; vbi obſeruandum interim, (de quo pluribus *tit. ſeq* agemus,) pupillarem ſubſtitutionem ſolam in ſe conſideratam (quippe quæ etiam recte fit exheredato) non eſſe reuera ſecundam inſtitutionem, quippe, qua quis non ſibi ſed filio facit heredem, eo effectu, ac ſi ipſe filius teſtamentum feciſſet. Et porro dicitur ſecundi heredis inſtitutio, licet quarto vel vlteriori gradu facta ſit: vel ſicut ſecundæ nuptiæ dicuntur omnes poſt primas: vel ratione ordinis in ſuccedendo, & ſubſtitutus qui admittitur, ratione prioris deficientis ſemper eſt ſecundus. Vulgaris ſubſtitutio dicitur, quia fit vulgari formula, *ſi Caius heres non erit, Titius heres eſto*: fit vulgo & paſſim, & quidem cuiuis: quod in pupillari ſecus eſt. Ait Iuſtinianus

In teſtamento.] Eſt enim ſubſtitutio, vt diximus, inſtitutio heredis: itaque non recte fit in codicillis. In iis tamẽ factam ad fideicommiſſum trahi, & rogatos videri heredes ab inteſtato, vt reſtituant hereditatem ſubſtituto per *l. illud enim* 13. §. 1. *de iur. codic. & l. Scæuola* 76. *ad SC. Trebell.* nec enim idonea ſatis videtur hic differentiæ ratio inter ſubſtitutionẽ pupillarem & vulgarem: & facit à contrario ſenſu *l. fin. C. de cod cill.*

Nouiſſimo loco ſeruum.] Vt in omnem euentum ſit teſtatus: quia ſeruus non poteſt repudiare hereditatem, ſed neceſſarius eſt. Quid autem ſi medio loco ſubſtituat ſeruum? Et ſiquidem ſeruum tangat ordo, & hic neceſſarius heres eſt, non poteſt vtilis eſſe ſequens ſubſtitutio. Sed poteſt ſeruus alienari aut manumitti antea: quibus caſibus dominus aut ipſe manumiſſus poſſunt repudiare hereditatem. Sed & licet ſeruus in eadem cauſa maneat, poteſt tamen præmori: & caſus *ſi heres non erit*, & voluntatis, vt ita loquar, & impotentiæ caſum comprehendit. Et proinde non protinus per dationem ſubſtituti neceſſitas remiſſa intelligitur: niſi forte expreſſe adſcripſerit, *ſi heres eſſe voluerit*, nam & in ſuo hoc modo, vt nec iure ciuili ſit neceſſarius heres, tolli neceſſitatem, probat *l. verba* 12. *de condit. inſt.*

TEXTVS.

2. Et plures in vnius locum poſſunt ſubſtitui, vel vnus in plurium, vel ſinguli in ſingulorum, vel inuicem ipſi, qui inſtituti ſunt heredes. Et ſi ex diſparibus partibus heredes ſcriptos inuicem ſubſtituerit, & nullam mentionẽ partium habuerit in ſubſtitutione, eas videtur in ſubſtitutione partes dediſſe, quas in inſtitutione expreſſit: & ita D. Pius reſcripſit. Sed ſi inſtituto heredi, coherede ſubſtituto dato, alius ei ſubſtitutus fuerit, diui Seuerus & Antoninus ſine diſtinctione reſcripſerunt, ad vtramque partem ſubſtitutum admitti.

COMMENTARIVS.

AVt ipſi heredes inſtituti ſubſtituuntur, aut alii, qui caſus quatuor in vniuerſum membra habet: quod aut ſubſtituuntur ſinguli ſingulis, aut plurib. plures, (qui caſus vtpote cuius eadem ratio cum illo, hic omiſſus eſt) aut vnus pluribus, aut plures vni. Neque dubium eſt, quin ſecundum naturam & rationem ſubſtitutionis omnibus caſibus iſtis oporteat prius defectos eſſe primo gradu inſtitutos, vt ſubſtitutis locus fiat. Et igitur locum hoc quoque habebit, vbi in plurium locum vnus ſubſtitutus eſt, veluti, Titius & Caius heredes ſunto. Si heredes nõ fuerint, Sẽpronius heres eſto: locus non fiet Sempronio, niſi & Titius & Caius defecerint, alterutro autem tantum deficiente, alter totum habebit, nec locus erit ſubſtituto. Et quid igitur eſt quod Iuſtin. ſcribit in *l. pen. Cod. de impub. & al. ſubſt.* dubitatum apud veteres fuiſſe in hac ſpecie, *Titius & Caius liberi mei heredes ſunto, ſi vterq. impubes deceſſerit, Sẽpronius heres eſto*, an Sempronius demum poſt mortẽ vtriuſq. admittatur, an ſtatim vno mortuo in illius locum ſuccedat: cum prius illud procul dubio ante obtinuerit, & non obſcure deciſũ ſit in *l. quãuis* 4. *C. eod. t.* Non infrequẽs eſt Trib. dubitationes fingere tales, & imputare veteribus, q̃ tamen

Digitized by Google

haud vllæ fuerunt vmquam. Porro ex inſtitutis heredibus, (qui alter principalis caſus erat) aut vnus tantum coheres eſt ſubſtitutus coheredi: aut coheredes inuicem ſubſtituuntur: quam ſpeciem ſubſtitutionis reciprocam vocat ICtus in *l.* 4. §. 1. *h. t.* Dd. breuiloquam vocant; ſed eſt ea non noua ſubſtitutionis ſpecies, verum forma & modus ſubſtituendi, quę & vulgari conſtitutioni conuenit & pupillari *l.* 4. §. 1. *h. t.* & non immerito improbat Vigl. hanc appellationem, cum & pluribus verbis fieri poſſit, vt & proponitur à Theoph. & breuiloquum idem ſignificat quod compendioſum: cum tamen ſubſtitutio, quam vocant compendioſam Dd. plurimum differat à reciproca, vt apparet ex *l. precibus* 8. *C. h. t.* in qua illam compendioſæ ſpeciem quærunt Dd. Et poteſt teſtator eaſdem partes in ſubſtitutione quas in inſtitutione expreſſit, ſeruare, aut alias partes facere in ſubſtitutione. Quod ſi nihil in ſubſtitutione de partibus expreſſerit, eaſdem in ſubſtitutione partes voluiſſe ſeruare intelligitur, quas dedit in inſtitutione, vt docet *Iuſt. hoc text. §. Et ſi ex l. ſi in* 5. *& l. ſi plures* 24. *D. eod. l.* 1. *C. eod.* Et eſt huic tractationi locus nō vbi duo tantum inſtituti ſunt, deficiente enim altero, alter qui ſupereſt, neceſſario totū habet, ſed ad minimum tres, & hi inuicem ſubſtituti: vt in ſpecie quam Vlp. proponit in *d. l.* 24. *h. t.* ſi vnus ex vncia, ſecundus ex octo vnciis, tertius ex quadrante inſtitutus, & ipſi inuicem fuerint ſubſtituti, deficiente tertio, diuiditur quadrans qui vacat, in nouem partes, quarum vna ad primum, octo pertinent ad ſecundū, qui in hereditate tota octo habet vncias: adeo fit diuiſio pro partibus hereditariis, non autē in partes viriles niſi ſubſtitutio non ſub appellatione heredum, ſed propriis nominibus facta ſit, vt notant Dd. *argu. l. nonnumquam* 24. *ad Trebell. & l. ſi heredes* 24. *de legat.* 1 *fac. l. ſi communis* 37. *de ſtip. ſeru. l. ita liber.* 8. *de ſtatulib.* de quo plenius Vigl. hic. qui putat ſatis inde colligi voluntatē teſtatoris: quæ tamen euidens requiritur in *l. ſi plures* 24. *h. t.* Et ſane vix eſt, vt non neceſſum ſit in ſubſtitutione exprimere nomine appellatiua heredum: itaque ne eludantur textus, in dubio dabimus partes hereditarias: & textus citati à Viglio & aliis diuerſos caſus tractant. Hæc de mutua ſubſtitutione heredum & reciproca. Ad alteram ſpeciem, vbi citra reciprocationē coheredi ſubſtituitur coheres, pertinet, quod eſt in f. huius textus in §. *ſed ſi* 3. *h. t.* Teſtator cum Titium & Caium heredes feciſſet, & Titium ſolum Caio ſubſtituiſſet, *ſi Caius heres non erit, Titius heres eſto*, porro Titio alium ſubſtituit, ſi Titius heres non erit, Sempronius heres eſto: deficiente Titio dubitari poterat, an pars accreſceret coheredi Caio, an pertineret ad Semproniū iure ſubſtitutionis: quod affirmatur: ſed non eſt iſte caſus *d.* §. 3. in quo ait Iuſtin. Sempronium admitti ad partem vtriuſque, Titii & Caii, vtroque ſcilicet deficiente. Verum non videbatur ratio dub. quippe deficientis Caii pars procul dubio accreſcit Titio, qua de cauſa totum iure ſubſtitutionis haud dubie capiet Sempronius. Sed nimirum non accreſcit niſi ei qui adiuit, & aditione expirat ſubſtitutio vulgaris. Itaque ponendum eſt à neutro factam aditionem, & vbi prior ſubſtitutus coheredi, Titius defecerat ante coheredem, videbatur res redire ad cauſam inteſtati: cuius contrarium reſpondetur in *d.* §. 3 *h. t. l. ſi Titius* 27. *l. coheredi* 41. *in pr. h. t.* ex hoc procul dubio fundamento, quod ſubſtitutus coheredi, qui ſuo coheredi ſubſtitutus erat, videtur vtrique ſubſtitutus fuiſſe: itaque conſequens eſt Sempronium hunc vtriuſq; partem iure non accreſcendi vt putat Faber, ſed iure ſubſtitutionis habere: cum & in *l. ſi Titius* 27. *h. t.* in vtramque partem ſubſtitutus dicatur, quam opinionem communiter receptam latius confirmat Vigl. hic, & effectum quoq; huius rei docet *n.* 4. poſt Fabrum; & elegans eſt differentia in *l. ſi ex pluribus* 9. *de ſuis & legit.* quod ius adcreſcendi ſequitur portionem adquiſitam, etiamſi qui eam agnouit deceſſerit: ſed ſubſtitutione ſicut inſtitutione defertur hereditas vel pars, nec adeo ſine noua adquiſitione: facit *l. qui patri* 59. *de adq. hered.* Ait porro Iuſtin. admitti Sempronium ad vtriuſque partem *Indiſtincte*, quod explicandum eſt ex

d. l.

d. l. 41. *in pr.* vbi dicitur, quod iam retulimus, non intereſſe, an prior ſubſtitutus poſt coheredem ſuum an ante decedat: poteſt intelligi & ea diſtinctio remota, quæ eſt in *d. l.* 41. *in pr.* an Sempronius ſubſtitutus ſit Titio, antequã hic ſubſtitueretur Caio coheredi ſuo, an poſt: itaque non videtur Iuſt n. reſpexiſſe ad illud, quod Hottom. explicando hoc verbum ſcribit, ſiue Titius inſtitutionem ſolam, ſiue & inſtitutionem & ſubſtitutionem mortuo Caio ſibi competentem repudiarit. Huic tamen ſententiæ, quod ſubſtitutus admittatur ad vtramque partem indiſtincte, ſiue prior ſubſtitutus ante inſtitutum an poſt decedat, vt eſt in *l. coheredi* 41. *in pr. h. t.* non leuiter aduerſari videtur *l. qui habebat* 47. *h. t.* vbi ex eo quod prior ſubſtitutus prior deceſſit, reſpondet Scæuola, licet poſt inſtitutus decedat, ſecundũ ſubſtitutum non admitti. Communiter ponunt, in ea ſpecie primum ſubſtitutum deceſſiſſe iam puberem, itaque finitam ſubſtitutionem. Sed præterquam, quod in Flor. exemplaribus legitur, filium primo ſubſtitutum deceſſiſſe impuberẽ, (quamuis reſponderi poſſit cum Ac. dici impuberem non ratione temporis quo ſubſtitutio facta erat) ſubſtitutio quoque altera non eſt concepta in caſum quo filia impubes deceſſerit, ſed ſi antequam nuberet: niſi quis nubiles annos intellectos putet. Viglius putat dici poſſe, quod diſtinctio illa, an prius deceſſerit prior ſubſtitutus nec ne, fuerit quidem Scæuolæ, qui antiquior eſt, ſed improbata poſt à Papiniano & Impp. Verum ita ſocordiæ arguuntur cõpilatores. Exiſtimat tamen poſſe reſponderi aliter, & nimirum quod reſcriptũ Impp. loquatur de vtraq; parte vnius hereditatis, at in *d. l.* 47. *h. t.* agitur de duabus hereditatibus: nec temere reſcripta in ſingulari caſu producenda ſunt ad conſequentias. Ego etiam putarim diuerſum eſſe in ſubſtitutione pupillari, quæ contra rationem iuris admiſſa eſt, vt quis alii faciat heredem: itaque ſubſtitutio talis ſtricte accepta videtur, vt non protinus cẽſeretur ſubſtitutus pupillo, qui ſubſtitutus eſt pupilli in ſtituto: quod facilius admiſſum eſt in ſubſtitutione vulgari: in hoc enim fundatur deciſio §. 3. *h. t.* quod ſubſtitutus Titio, qui ſubſtitutus eſt Caio coheredi, videatur etiam ipſi Caio ſubſtitutus. Videndum etiam an non rationem quoq; differentię faciat, quod in *d. l. qui habebat* 47. *h. t.* non ſubſtitutus eſt pupillo coheres, vt proponitur in §. 3. *h. t. & in l.* 27. *& 4. eod.* ſed filia exheredata: vt difficilius ſit, eos porro qui ſubſtituti ſunt filiæ exheredatæ, cenſeri quoque ſubſtitutos filio pupillo inſtituto.

TEXTVS.

Si ſeruum alienum quis patremfam. arbitratus, heredem ſcripſerit, & ſi non eſſet heres, Mæuium ei ſubſtituerit, iſque ſeruus iuſſu domini adiuerit hereditatẽ, ſubſtitutus Mæuius in partem admittitur. Illa enim verba, ſi heres non erit, in eo quidem quem alieno iuri ſubiectum eſſe ſcit teſtator, ſic accipiuntur, ſi neque ipſe heres erit, neque alium heredem effecerit: in eo vero quem patremfam. eſſe arbitratur, id ſignificant, ſi hereditatem ſibi, vel ei cuius iuri poſtea ſubiectus eſſe ceperit, non adquiſierit. Idque Tiberius in perſona ſerui ſuo Parthenii conſtituit.

COMMENTARIVS.

Conditio ſubſtitutionis vulgaris hæc eſt, ſi prior heres non fuerit; quæ ſi exiſtat, & heres priori loco ſcriptus deficiat, & vel non poſſit vel nolit hereditatem adire, admittitur ſubſtitutus, ſed ea deficiente excluditur. Deficit autem vbi prior heres adiit hereditatem *l.* 5 *C. h. t.* ſiue ipſe inſtitutus ſibi hereditatem adquiſierit, ſiue alteri, ei ſcil. in cuius poteſtate eſt, & cuius iuſſu adit, vt docet *l. paterfamilias* 40. *de hered. inſt. & hoc §. verſ. illa enim.* quibus locis explicatur, quid hæc formula & hæc verba ſubſtitutionis, ſi hæres non erit, in perſona ſerui verbi gr. ſignificent: videlicet ſi hereditatem

tem nec ipſe ante mortem teſtatoris manumiſſus & ita mutato ſtatu, ſibi adquiſiuerit, nec in eodem ſtatu manens dominum fecerit heredem: quorum alterutrum ſi fiat, in ſolidum excluditur ſubſtitutus. Ex diuerſo in perſona eius, qui tempore teſtamenti liber fuit, eadem verba ſignificant: ſi nec ipſe in eodem ſtatu manens adquiſierit hereditatem, nec ante mortem teſtatoris ſeruus factus, & ita mutato ſtatu dominum fecerit heredem *h.* §. *verſ. in eo vero.* quorum rurſum alterutrum ſi fiat, in ſolidum excluditur ſubſtitutus, quæ eadem in filiofam. proportionaliter obtinent. Sed nimirum hæc procedunt in eo ſeruo quē teſtator ſeruum eſſe putauit, & in cuius perſona non errauit. Ceteroquin, ſi liberum & patremfam. eſſe arbitratus eſt, cum reuera ſeruus eſſet, eiq; inſtituto ſubſtituit, medium tenetur & reſpondetur in *h.* §. *vlt.* quod ſubſtitutus nec excludatur nec admittatur omnimodo, ſed cum domino ſerui in partem concurrat. Sed an in partem æqualem? Equidem partis appellatione in dubio venit & ſignificatur dimidia, nec ſatis cauſæ apparet, cur partes inæquales debeant fieri. Sed tamen in *d. l. paterfam.* 40. *de hered. inſt.* omnino proponuntur inæquales partes, quippe reſpondetur, eſſe alterum ſemiſſem diuidendum inter ſubſtitutum & dominum ſerui: qui adeo feret tres partes, ſubſtitutus ſaltem partem quartam: quam ſententiam propter textum expreſſum in *d. l.* 40. Dd. communiter poſt gl. ſequuntur: & rationem reddit gl. ibid. quod cum inſtitutus reuera ſeruus fuerit, plus ſit tribuendum veritati quam opinioni; & ſeruus enim dominū facit heredē in ſolidum excluſo ſubſtituto, neq; liquido ſatis conſtat, teſtatorem non fuiſſe eum inſtituturum, ſi ſeruum eſſe ſciuiſſet. Vt tamen aliquid daretur ſubſtituto, hæc ſuaſiſſe videntur, 1. quia cum inſtitutio ſerui ex domini perſona vires capiat, non poteſt teſtator videri conſideraſſe perſonam domini, qui inſtitutum heredem liberum eſſe putauit 2. quia illa formula, *ſi heres non erit,* iuxta modo traditam explicationem §. *vlt. h. t.* & *l.* 40. *de hered. inſt.* calui huius §. omnino non poteſt & in ſolidum applicari, quippe vt Iuſt. teſtatur, pertinet proprie ad caſum, quo teſtator, ſeruum quem eſſe ſciuit, aut liberum eſſe, ſed qui ſtatu mutato poſt ſeruus factus eſt: hic autem teſtator liberum putauit, nec inſtitutus poſtea mutauit ſtatum, ſed ſeruus & fuit & adhuc eſt. Fateor tamen illam rationem valde inæqualem diuidendi, non ſapere mihi ſatis, & longe concinnius ſit æqualem diuiſionem admitti, pro qua etiam ratio bona ex hoc loco ſumitur: quod præſertim expreſſe hoc ita Theoph. hic explicauit, quod τὸ ἥμισυ, capiat ſubſtitutus; quæ etiam ratio mouit Cuiacium. vt in *d. l. paterf.* 40. *de hered. inſtituend.* putaret errorem natum ex notis, & ſcribendum As pro vulg. *alter ſemis.* item que *Politum, de ſubſt. vulgari Alcia.* 1. *diſpunct.* 2. *Donell.* 6. *comm.* 24. & *VVeſemb.* & *Mynſ. hic,* vt in *d. l.* 40. aut legendum ita, aut hoc ſubintelligendum crediderint, Sempronium *coheredem* ſeruo ſubſtitutum fuiſſe; qui adeo ſemiſſem ceperit iure inſtitutionis, & alterius ſemiſſis dimidium, ex rationibus quas paulo ante dedimus. Vbi tamen porro obiicitur *l. cum proponas* 3. *C. de her. inſt.* vbi ſubſtitutus omnino admittitur. Vna eſt reſponſio, quod explicatio huius § & *d. l.* 40. ſumatur in dubio, vbi non plane conſtat quid teſtator facturus fuiſſet; ſi inſtitutum ſeruum eſſe ſciuiſſet: ſed *d. l.* 3. deciſio procedat, ex ſuppoſita mente teſtatoris. Reſponſionem aliam proponit Vigl. quam & Weſemb. ſequitur, ſpeciale ius eſſe in milite, de quo in *d. l.* 3. tractatur: & voluntas militis reiectis ſubtilitatibus iuris ſola attendi ſolet. Plane non obſtat *l. ſi pater* 4. *C. de hered. inſtit.* neque enim hic fuit error in perſona, ſed omnino iſtum inſtituere voluit, licet in conditione errauerit.

Tiberius Cæſar.] Alciat. 1. *diſpunct.* 2. vult legi Titus, quem probat omnino *Gothof. ad d l.* 40. *de hered. inſt.* dicens ita legendum ex Dione & Sueto. quia, vt puto, apud hos fit mentio Parthenii inter coniuratos in Domitianum: ſed leuis ſatis hæc ratio eſt. Certe Vigl. alium nobis eo nomine ex Suida & Sueton. in Tiberio producit Parthenium, à quo ſeruus Tiberii nomen accepiſſe potuerit. Et ſcilicet refere

fere

Digitized by Google

fert Suidas Parthenium quendam, ſub Cinna captum fuiſſe, & vſque ad Tiberii tempora vitam produxiſſe. Longius adhuc abit Theophil. qui hoc tribuit Pio. Sed in his parum aut nihil momenti poſitum eſt. Diſpoſuit hoc ita Imp. in vniuerſum, vt etiam futuris caſibus formam daret, ſuper caſu, qui in perſona ſerui eius contigerat; neque enim alius quam Imp. hoc facere potuerit: vt non multum huc faciat aut hinc probetur, quod Dd. notant, Imp. poſſe iudicare in cauſa propria.

AD TITVLVM XVI. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE PVPILLARI SVBSTItutione.

TEXTVS.

1. Liberis ſuis impuberibus, quos quis habet in poteſtate, non ſolum ita vt ſupra diximus, ſubſtituere poteſt, id eſt, vt ſi heredes ei non extiterint, alius ſit ei heres: ſed eo amplius, vt ſi heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, ſit eis aliquis heres: veluti ſi quis dicat hoc modo: Titius filius meus heres mihi eſto: & ſi filius meus heres mihi non erit, ſiue heres erit, & prius morietur, quam in tutelam ſuam venerit, id eſt, antequã pubes factus ſit, tunc Seius heres eſto: quo caſu ſiquidem non extiterit heres filius, tunc ſubſtitutus patri fit heres: ſi vero extiterit heres filius, & ante pubertatem deceſſerit, ipſi filio fit heres ſubſtitutus: nam inſtitutum eſt moribus, vt cum eius ætatis filii ſint, in qua ipſi teſtamentum facere non poſſunt, parentes eis faciant.

COMMENTARIVS.

1 *Hac ſubſtitutio an vere ſit talis.*
2 *Quo tempore oporteat liberos eſſe in poteſtate.*
3 *An pupillaris contineat vulgarem.*
4 *An ſubſtitutus pupillo, abſtinente eo fiat directe heres.*
5 *Subſtitutus præfertur matri.*

SVbſtitutio directa in pupillarem & vulgarem diſtinguitur per *rubric. Dig. h. t. & huius & præced. tit.* ſed vt ad *tit. præc.* monuimus dicitur id ambigue. Et vulgaris quidem vere eſt ſecunda † & in caſum quo prius non futurus eſt 1 heres, ſubſtitutio vel ſecunda inſtitutio, per quam ipſi diſponenti & teſtatori ſucceditur: per ſubſtitutionem autem pupillarem, cum ſuccedatur pupillo, perinde ac ſi feciſſet teſtamentũ, ea vtiq; vt ſubſtitutio vulgaris nequit dici ſecunda inſtitutio, ſed eſt illa reuera inſtitutio prima & pupilli ipſius teſtamento, quod vbi pupillo exheredato ſubſtituitur, eſt euidentiſſimum: & cogor itaque mirari, quod Hottom. hic corrupto plane iudicio inuerſo modo vulgarem ſubſtitutionem magis inſtitutionẽ, pupillarem aũt magis proprie cenſet eſſe ſubſtitutionem. Dicitur tamen ſubſtitutio tum ratione formulæ in *pr. h. t.* tum ratione connexionis cum teſtamento paterno cuius eſt ſequela, iuxta §. *liberis 6. h. t.* ceteroquin vt diximus eſt inſtitutio prima: cui & illud argumento eſt, quod ſubſtitutio pupillaris etiam diuerſo tempore & ſeparatim fieri poteſt *l. 1. & h. t.* perſequamur ſingula textus verba.

Liberis impuberibus.] Pubertate adueniente finitur, de quo in §. *maſculo 9. inf. h. t.* & rationem dicemus ad fin. huius text.

In poteſtate.] Patriæ poteſtati enim hoc datum eſt, vt ad d. finem dicemus. Et igitur non licet ita ſubſtituere emancipatis, *l. 2. in pr. h. t.* nec licet adeo etiam matri: Cui non obſtat *l. ſi mater 34. h. tit.* eſt enim ibi reuera ſubſtitutio vulgaris, verum appellantur tabulæ pupillares, tum ratione obiecti, quia filius adhuc eſt in ætate pupillari, tum

& ideo

&ideo, quia ſubſtitutio facta eſt in eum caſum qui eſt pupillaris ſubſtitutionis proprius, quo impubes filius ante pubertatem deceſſerit: qui ſcilicet non pure, ſed ſub die incerto cum erit annorum quatuordecim, heres ibi inſtitutus eſt: quod conſilium prudentum fuit, qui etiam rationem inuenerunt, vt effectu quaſi, emancipato pupillariter ſubſtitui poſſit, iuxta *l. cum ex 39. h.t.* Quod autem dicitur de liberis in poteſtate, id accipiendum eſt ita, ſi ſint & proximo gradu, quos filius non præcedit: ceteroquin non ſunt ſui §. *ſui 2. infr. de hered. qual.* ſuis autem tantum ſubſtitui poteſt: & hoc expreſſum eſt in *l. 2. in pr. h.t.* Quibus conſequens eſt, in euentum, quo ſui futuri ſunt, ſubmoto præcedenti gradu, ex conſilio Legis Velleiæ ſubſtitui nepotibus & vlterius poſſe *d. l. 2. in pr.* & hoc notant Dd. ex fin. huius textus, vbi dicitur, ideo poſſe ſubſtitui pupillis, quod propter ætatem non poſſint teſtari: & qui recidunt in poteſtatem patris ex alia cauſa non poſſunt teſtari, quia ſunt filiifam. At porro, quo tempore neceſſum eſt, vt
2 ſint ſui & in poteſtate † an ſufficit, eſſe tales tempore mortis, an & requiritur vt ſint eo tempore, quo teſtamentum fit? *Gl. & Bart. in l. 2. in f. pr. h.t.* & alii communius putant ſufficere, ſi fuerint mortis tẽpore in poteſtate. Alii, *Polit. Zaſ. Vigl.* & quos refert *Angel. hic n. 6.* requirunt, vt etiam tempore teſtamenti facti ſint in poteſtate: quoniam tribus his temporibus habilitatem requiri vulgatum eſt *l. ſi alienum 49. §. 1. de hered. inſt.* §. *in extraneis 4. infr. de hered. qual.* & facit *l. cohered. 41. §. 2. h.t.* Mihi gl. & Bart. ſententia videtur ſatis valide confirmari ex *d. l. 2. in f. pr. h.t.* vbi dicitur poſſe ſubſtitui extraneo impuberi, ſi modo quis eum in nepotem adoptauerit vel adrogauerit filio præcedente, (hic enim caſus ibi tractatur occaſione eius quod præceſſit, idem enim procul dubio fuerit, ſi eum adoptauerit in filium.) Quod ſi enim tempore teſtamenti iam fuiſſet arrogatus, (quomodo alias ille locus explicari poſſet.) non eſſet tum extraneus impubes: duriuſculum enim ſit ſi dicamus, eum appellari extraneum, intuitu temporis antecedentis, quod olim extraneus fuit: nec ſapit reipſa mihi Petri Z. ſi, quam probat Vigl. hic, (quam ante ... iam olim quoſdam probaſſe refert hic *Ang. n. 6.*) vt teſtamenti quidem paterni tempore fuerit adhuc extraneus, ſed tempore ſubſtitutionis arrogatus: licet enim ſubſtituere pupillo ex interuallo & poſtquam quis ſibi teſtamentum condidit: *l. 16. h.t.* quod quidem nimis eſt diuinatorium. Et non adeo difficulter ad argumenta & fundamenta alterius partis reſponderi poſſe videtur. Nimirum in *d. l. 41. §. 2. h.t.* illud omnino & præciſe à ICto exigitur, vt tempore mortis ſit in poteſtate cui ſubſtitutum eſt, non itidem vt tempore ſubſtitutionis: Ad *d. l. 49. de hered. inſt.* reſpondebo aliud eſſe in inſtituto, aliud in herede ſubſtituto, qui datur filio, cuius id potius quam patris teſtamentum eſt; & vtique qui filio ſuo poſt etiam facto ſubſtitutus eſt, capax eſt hereditatis quo ad filium. Nec male ex ſententia veterum remouet hanc obiectionem Angelus: vbi quæritur de capacitate inſtituti, ibi tria omnino tempora attendi: ſed vbi de alia habilitate tunc ſufficere tempus mortis, ſaltem ex quo à principio non fuit ex toto nulla diſpoſitio, quomodo ſane non eſt hoc caſu. Veniebat amplius in mentem poſſe diſtingui, an quæratur de ſubſtitutione facta vt filio, an vt nepoti, quam præcedebat filius tempore ſubſtitutionis: vt illo caſu neceſſe ſit filium eſſe quoque in poteſtate ſubſtitutionis tempore: non autem hoc, quandoquidem nepos quem filius præcedit, quadam conſideratione poteſt dici extraneus, & vtiq; non eſt ſuus. Itaque cum eo caſu quo ſubſtitutio fit nepoti in poteſtate quem antecedit filius, non tam ipſo iure initio valeat, quam in euentum, quo filius ex poteſtate poſt ſublatus eſt; quid ni etiam ſuſtineatur, ſi fiat extraneo tamquam ex filio, ſi ille extraneus poſtea tamquam ex filio natus adoptetur, aut arrogetur, in euentum quo filius præmoritur ante patrem. Et iſta de hoc ſatis.

Veluti ſi quis ita.] Hæc duplex ſubſtitutio dicitur in *l. 1. h.t.* quia explicate vtramque formulam & vulgariter & pupillariter ſubſtituendi

tuendi comprehendit; & ita quidem olim exprimere neceſſum erat, ſi quis in vtrumque caſum proſpectum ſibi & pupillo vellet, poſtea introductum fuit ab Impp. Marco & Vero *l.4.in pr. h. t.* vt in vulgari ſubſtitutione pupillo facta, contineretur etiam pupillaris: de quo nemo dubitat. Quæ ſententia limitatur procedere, ſi ſolis pupillis ſubſtitutum ſit. Quod ſi enim adiecta ſit perſona cui pupillariter ſubſtitui non poteſt, propter inæqualitatem perſonarum præſumitur pater vulgariter tantum ſubſtituere voluiſſe *l. 2. §. 2. leg. Lucius 45. h. t. leg. 4. Codic. eod.* Fundatur enim conſtitutio Impp. in præſumpta, aut ſubintellecta patris voluntate, qui præſertim propter coniunctionem teſtamentorum & quaſi vnitatem, quem ſibi deficiente filio heredem eſſe voluit, eundem etiam cenſetur filio voluiſſe eſſe heredem, quod præſertim ſubſtitutio pupillaris tamquam fauorabilis pupillo & vtilis accepta eſt, *l. Iulianus 42. in princip. de adquirend. hæredit.* Eſtque adeo hæc tacita pupillaris ſubſtitutio, quæ in vulgari expreſſa continetur. Sed an viciſſim † pupillaris expreſſa ſola, tacite continet vulgarem? Id quidem à Doctor. communiſſime affirmatur. Sed iam olim de eo dubitauit *Curtius in leg. precibus Codic. h. t.* cuius & meminit *Couarr. in cap. Rainut. de teſtament. §. 5. num. 7.* & non pauca contra eam communem ſententiam mouet *Vigl. hic numer. 19.* aperte autem contradicunt *Polit. de ſubſtitut. pupill. quæſt. 8. num. 39. Anton. Fab. decad. 32. de errorib. pragmat. cap. 9. & 10.* Communis autem opinio confirmatur per *dict. leg. 4. §. 2. verſ. hoc ita h. t.* ibi, *in vtrumque euentum*, & ait enim ibi Iuriſconſultus in caſu ibi propoſito, ſi quis puberem & impuberem filios habens, puberem impuberi ſubſtituat, ſi impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, cenſeri in vtrumque euentum puberem ſubſtitutum; idque ex fine eius textus apertius patet, vbi ICtus ait, rectius facturum patrem, ſi euitandæ quæſtionis cauſa in vtrumque caſum ſubſtituat; quia cum ibi inæquales ſint perſonæ, poſſit de voluntate & mente patris quæſtio eſſe. Et igitur apparet hinc nihil eſſe abſurdi, vt in pupillari ſubſtitutione vulgaris contineatur: ex quo pleraque argumenta contrariæ ſentétiæ corruunt. Et ſicut ſuadet fauor pupilli, vt habeat teſtamentarium hæredem, ita etiam ſuadet teſtatoris fauor, vt & ipſe quoque habeat heredem, quod fit per vulgarem ſubſtitutionem. Et commentitium eſt quod de ordine graduum, primi & ſecundi, & ita ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris Fab. adfert. Nullus enim hic eſt ordo, ſed vterque caſus per ſe ab altero omnino eſt ſeparatus, & altero modo teſtatori, altero, filio pupillo ſcribitur heres. Imo cum pater filium inſtituit heredem, quem etiam ſperat heredem ſibi futurum, & ſua bona accepturum, eum quem filio heredi facto ſubſtituit, & per conſequentiam conſecuturum etiam ſua bona putat; quid ni etiam præſumamus voluiſſe teſtatorem ita ſubſtitutum, deficiente filio ſibi heredem eſſe, ad quem cum ſuis bonis filij etiam poſt quæſita bona voluit pertinere: & quem ſi verba expreſſa ſequimur, magis dilexit, quam eum quem tantum ſibi fecit expreſſe hæredem. Quod ſi igitur hunc pupillariter ſubſtitutum fingimus & admittimus, quid ni concedimus hoc quoque, eum qui pupillariter ſubſtitutus eſt, cenſeri vocatum ad patris etiam hæreditatem, deficiente pupillo. Idque etiam ſuadet, quod indefinite & indiſtincte ſcriptum eſt in *d l. 4. in prin. h. t.* eum qui ſubſtitutus eſt pupillo in *ALTERVM* caſum, in vtrumque ſubſtitutum videri; neque verba ſequentia reſtringunt hoc, ſed tantum exemplum proponunt. Neq; verum eſt, quod Faber obiicit, ita futurum, vt principale, videl. patris teſtamentum confirmetur per acceſſorium, & in teſtamento filij pater ſibi faciat hæredem; nam ponimus filium inſtitutum, cui pater ſubſtituit pupillariter; quæ inſtitutio conſtituit tabulas & teſtamentum patris: Quod ſi enim exhæredato ſubſtitutum ponamus, facile concedent Dd. in ſubſtitutione tū pupillari, non contineri vulgarem, ſiquidē, qui filium ipſum ab hæreditate excluſit, non po-

teſt credi eum hæredem feciſſe & ſibi voluiſſe eſſe hæredem, quem huic filio ſubſtituit. Denique non adeo valde obſtat, quod in *l. paterfamil. 28. de reb. aut. iud. poſſ.* & forte alibi pupillo, qui ſubſtitutum habet, abſtinente, nulla fit mentio vulgaris ſubſtitutionis, cuius vi & poteſtate ſubſtitutus poſſit adire hæreditatem patris. Etenim principalis quæſtio iſtius loci non iſta eſt, ſed hæc, an ſubſtitutus pupilli qui abſtinuerat, teneatur reſpondere creditoribus paternis, & an poſſit ſeparare hæreditates, quæ ipſa exiſtentia poteſtate iuris ciuilis ſunt coniunctæ. Et cum de creditoribus diſtrahentibus, vel diſtrahere volentibus bona paterna ibi tractetur, adeo bona patris non fuerint ſoluendo, credibile plane eſt, quod & ſubſtitutus repudiarit paternam hæreditatem, vtcunque vi tacitæ vulgaris ſubſtitutionis delatam. Addo vnum argumentum pro communi opinione, quod ea iam olim placuit & defenſa fuit à M. Craſſo contra Q. Mutium, referente *Cicerone pro Cæcinna*, *in Bruto & 2. de orator.* Coponius quidam inſtituerat poſtumum hęredem, eique ſi ante pubertatem mortuus eſſet ſubſtituit Curium. Cum poſtumus prorſus natus non eſſet, defendit tamen Craſſus, Curium debere eſſe hæredem Coponij ex ſubſtitutione, nõ autem hæreditatẽ deferre ad agnatos. De *quo Quintil. 7. inſt. 7.* Hæres erat ſubſtitutus, ſi poſtumus ante tutelæ ſuæ annos deceſſiſſet; non eſt natus; propinquus bona ſibi vindicabat; contra quem dixit ſcil. Craſſus & teſte Cicer. pro Cęcinna, obtinuit. Ecce hæc ſententia, vt ſubſtitutus pupillo etiam cenſeretur ipſi patri datus hæres, placuit iam olim Craſſo, & probata eſt centumuiris; & noſtri recentiores eam, vſque adeo abſurdam eſſe nobis perſuadere volunt. Et veroſimile eſt, quia hoc propter autoritatem Mutij adhuc controuerſum erat, D. Marcum id conſtitutione ſua decidere voluiſſe. Verum de iſto plus ſatis.

4 *Siquidem non extiterit* † *hæres filij.*] Id eſt ſi non effectu extiterit, nec ſe immiſcuerit: Ceteroquin poteſtate iuris ciuilis ſuus omnimodo exſiſtit hæres; ſed ſcilicet nuda illa exſiſtentia ſi hic attenderetur, faceret, vt filio nullo modo poſſet ſubſtitui vulgariter. Atquin iure noſtro filius etiam ſi abſtineat, quoniam hoc non ex ciuili, ſed ex prætorio eſt, iure ciuili pro hærede habetur; & dicitur non eſſe ſine hærede, qui ſuum habet hæredem, licet ſe abſtinentem, per *l. 1. §. qui ſunt 7. ff. quis omiſſ. cauſ. teſtament. l. cum quaſi 30. §. ſed etſi 10. de fide comm. lib.* cuius rei inſignis effectus eſt, quod ſuo ſe abſtinenti cohæredi, ad quem pars pertinet, pro iſta parte tantum dantur vtiles actiones, *per l. vltim. de adquir. hæred.* Et an igitur & ſubſtitutus filio, qui eſt in poteſtate, abſtinente illo, non ipſo iure fiet hæres, ſed tantum ex æquitate prætoria vtiles actiones habebit? Hoc videtur dici non poſſe; efficeretur enim hinc, eum non venire directo ex ſubſtitutione, nec hæredem eſſe patris teſtatoris vere, contra hunc §. & alios textus, quibus abſtinente filio ſuo hærede, ſubſtitutum hæredem effici patris dicitur; & ſubſtitutum patri fieri hæredem hic traditur, & quæ referuntur verba ſubſtitutionis, omnino inferunt directam ſubſtitutionem; *Si filius mihi hæres non erit, Caius hæres eſto. h. textu & in leg. 1. in princ. D. eod.* Hæc ratio feciſſe omnino videtur, vt Interpp. vulgo ſtatuerent, per ſubſtitutionem vulgarem tolli ſuitatem, de quo v. omnino *Angel. in §. ſui autem infr. de hæredit. qual. numer. 10. & ſeqq.* Et ſane ita ſe habet, vt conditio illa, ſi filius mihi hæres non erit, non videatur admittere illum effectum iuris ciuilis, quo ſcilicet filius omnimodo fit hæres, nec vllo modo efficere poteſt ne ſit hæres; Neque enim in formula illa, *ſi hæres non erit*, continetur tantum caſus, quo filius hæres eſſe non poteſt, ſed etiam quo non vult, & adeo quo abſtinet. Et cum igitur iure ciuili hoc permiſſum ſit parentibus, vt in caſum quoque vulgarem liberis ſubſtituant, oportebit ſimul fateri, tali ſubſtitutione pene eneruari ſuitatem, & effectus eius quodammodo inhiberi; & hoc vtique effici, vt quod habuiſſet filius ex prætorio iure, vt nimirum lice-

liceret ſibi abſtinere, id iam habeat ex ipſius patris permiſſione, & proinde ex iure ciuili; idque probatur ex *leg. verba* 12. *de condition. inſtit.* hæc verba, *ſi volet, heres eſto*, in neceſſario conditionem facere, vt ſi nolit, hæres non exiſtat; vt poſt conceſſum à prætore ius abſtinendi, pater etiam hanc facultatem dare potuerit. Atquin ſubſtitutione vulgari hoc ipſum comprehenditur, vt inſtitutus poſſit nolle, & velle pro libitu ſuo. Totum plane ius ſuitatis tolli per vulgarem ſubſtitutionem admitti non poteſt; Ita enim manifeſta implicaretur contradictio; quoniam tantum ſuis ſubſtitui poteſt pupillariter; & quomodo contineri poſſit, igitur pupillaris tacita in expreſſà vulgari, ſi per hanc ſuitas omnino cohiberetur & tolleretur. Et vulgaris ſubſtitutio ergo in ſumma hoc facit, vt citra beneficium prætoris etiam iure ciuili poſſit abſtinere filius, data quaſi hac ſibi poteſtate & conceſſa ab ipſo patre. Theophilus tamen aliter ſentit, & diſerte ſcribit, vulgarem ſubſtitutionem tum demum in filio habere locum, vbi filius ante patrem deceſſit: Ceteroquin ſi filius patri ſuperuiuat, licet ſe abſtineat ſubſtitutum vulgarem excludi, ſed falſa hæc eſt ſententia; & poſſunt videri, quæ late ſcripſimus ad Fabr. decade 32.

Ipſi filio fit heres ſubſtitutus.] Nimirum ex ſubſtitutione pupillari, per quam pater hæredem ipſi filio ſcribit; quod cum intelligatur eſſe teſtamentum pupilli, cui directo ſuccedit ſubſtitutus, fit inde, vt quandocunque intra pubertatem mortuo filio ſubſtitutus non tantum bona patris adipiſcatur, ſed omnia quæ impubes interim adquiſiuit ratione quacunque, vt docet §. 4. *infra h. t.* Et proinde hoc quoque conſequens eſt, vt ita excludantur per ſubſtitutum omnes, qui alias ab inteſtato pupillo ſucceſſuri fuiſſent; quippe cum quamdiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, ſucceſſio ab inteſtato non habeat locum. Hoc in matre pupilli ſi qua adhuc † ſupereſt, videtur ſapere iniquitatem, quod à legitima quoque ea excluditur, nec querelam habeat excluſa penitus *l. Papiniani* 8. *ſed nec* 5. *de in offic. teſtam.* Atquin quod ipſe filius teſtamentum faciens non poſſet, vt matri adimeret legitimam, id per patrem, vt fieri poſſit, non ſatis rationis eſſe videtur, quia filij teſtamentum dicitur ſubſtitutio pupillaris, perinde ac ſi filius iam pubes teſtamentum feciſſet; quo vtique matrem à legitima excludere filius non poſſe, & excluſa mater inofficioſi querelam haberet. Hæc ipſa tamen ratio videtur retorqueri poſſe: ſiquidem dicemus ſubſtitutionẽ pupillarem habere quidem effectum eum, quem ſi feciſſet id filius haberet, quo ad ius ſuccedendi, ſed tamen non eſſe vtique à filio, ſed à patre factum. Hinc cum querela inofficioſi ſub hoc prætextu competat, quaſi non ſanæ mentis fuerit teſtator, & vero agatur de teſtamento filij, quod tamen ſibi ipſe non fecit, fit, vt nec querelæ locus eſſe poſſit, cum vtique pupillus dici non poſſit, quod non ſuæ mentis fuerit, quippe qui teſtamentum non fecit; & contra teſtamentum mariti querelam vxor non habeat. Et hanc rationem inſinuat ICtus in *d. l.* 8 § 5. *de inoff. teſtam.* his verbis, *quia pater ei hoc fecit*: & concordat ius Can. *in cap.* 1. *de teſt. in VI.* Hæc ita in pupillari ſubſtitutione expreſſa recepta & vulgo ſunt. Idem in tacita quæ in vulgari expreſſà continetur, non pauci ex recentioribus probant, & ex his *Vigl. hic. Donell. ad l. precibus* 8. *C. h. t. Vaud.* 1. *quæſt.* 44. *Ant. Fab.* 15. *coniect.* 19. & olim ita cenſuiſſe Fulgos. refert *Iaſon. in dict. leg.* 8. ſiquidem cum hic pupillus ex interpretatione Impp. habeat teſtamentum & hæredem, non poteſt ſiue mater ſiue quicunque alius ad ſucceſſionem inteſtati admitti, aut vti querela, per rationes paulo ante allatas. Hæc opinio probatur etiam ex *l.* 2. *C. h. t.* in cuius ſpecie apparet, patrem ſubſtituiſſe vulgariter pupillo, & reſpõdetur ideo filij, qui impubes mortuus eſt hereditatem deferri matri, quoniam ob inæqualitatem perſonarum, (de qua ſupra diximus) ſubſtitutio vulgaris continere pupillarẽ nõ poteſt. Ergo ſi iſta ratio nõ obſtaret mater eſſet excluſa. Et tamen tritum eſt vulgo,

Ppp 2 hoc

hoc argumentandi genus à contrario ſenſu, non multum habere momenti, vbi ducitur ex LL. Cod. quæ ad caſus ſingulares & in facto occurrentes fuerunt reſcriptæ & ſancitæ. Et vero contraria opinio, communiſſime recepta eſt, quod vbi mater in medio eſt, in vulgari quidem contineatur ſubſtitutio tacita pupillaris (quid enim ſi mater præmoriatur, aut repudiet filij hæreditatem) ſed contra matrem ſuperſtitem & ſuo iure vtentem non habeat locum, adeo citra aliud remediũ mater ad filij ſucceſſionem ab inteſtato admittatur. Cui opinioni cauſam præbuerunt duo textus in *l. precibus C. h. t. & in l. vltim. Cod. de inſt. & ſubſt. t.* In illa ſatis perſpicue negatur, in vulgari caſu contineri pupillarem: quod ideo fieri putant Dd. quia pupillus matrem ſuperſtitem habuit: Sed diuerſæ ſententiæ autores hanc rationem eſſe putant, quod miles fecerit teſtamentum, in quo tantum attenditur voluntas expreſſa, non ex iure & legibus præſumpta, aut intellecta. In hac ſane Iuſtin. fauore matris etiam reſtringit, nec extendi vult diſpoſitionem patris. Nec ſatis ex eo remouetur hæc obiectio, quod pater matrem adſcripſit filio cohæredem; quin imo in eo potius fundatur ea deciſio, quod æquum eſt luctuoſam filij hæreditatem matri deferri potius quam extraneo, ne ſimul & filij & pecuniæ habeat iacturam, argument. *l. iure C. de iur. dot.* Quidquid eius ſit, opinio hæc communis in foro obſeruatur, contra quam qui diſputare ibi voluerit, ridiculus habeatur. Et pluribus de his agere huius loci non eſt. Illud addendum, quod diximus, ſubſtitutum capere omnia bona filij quoque videri fallere in impubere arrogato, cui tantum in bonis à ſe profectis, vel ſimilibus ſubſtituere poteſt adrogator *l. ſed ſi 10. §. in arrogato C. h. t.* Sunt autem plures caſus. Quid ſi & pater naturalis ei ſubſtituerit, putant Dd. pupillum decedere hic cum duobus teſtamentis, quia etiam duos patres habuerit. Sed non ita eſt: & prior ſubſtitutio per adrogationem ipſo iure corruit, & ſubſtitutus vi cautionis bona conſequitur, vt diximus ad *§. ſed cum impubes ſupr. de adopt.* Quid ſi adrogator tantum ſubſtituerit? Et quod ad bona quæ pupillus habuit viuo patre adrogatore, ea ipſo iure patris ſunt: & itidem proximi cognati ea capiũt vigore cautionis vt diximus eodem loco. Sed quo ad ea quæ pupillus adquiſiuit poſt mortem patris adrogatoris, & quæ in cautione contineri nõ poſſunt, fatendum eſt, cum ad ea ſubſtitutio patris adrogatoris itidem non porrigatur, ea capere proximos agnatos iure ſucceſſionis; & ita ſane pupillum hic pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere: quod in caſu tam ſingulari mirum habendum non eſt.

Moribus inſtitutum eſt.] De moribus dictum eſt ad *§. fine ſcripto infr. de iur. nat.* & ex ijs quæ ibi ſcripſimus, apparet ineptos eſſe vulgo Interpp. qui ob id à Lacedæmonijs putant eſſe ius ſubſtituendi pupillariter: decepti ab ipſo Triboniano, qui in d. §. ita loquitur, ac ſi Lacedæmonij tantum iure conſuetudinario vſi fuiſſent; quod falſum eſſe ibi probauimus; & inſuper recte notat Vigl. ſi quid Romani acceperint ex moribus Lacedæmoniorum, id à X. viris in XII. tabulas relatum fuiſſe, nec adeo iure noſtro, moribus acceptum referri. Et nimirum quæque Reſpubl. ſuas & LL. & mores habet, vt ait Iuriſconſultus in *leg. omnes 9. de iuſt. & iur.* Diſtinguit Vigl. mores à conſuetudine: Haud ſcio an ſatis recte: vtique enim conſuetudo eſt ius moribus receptum, vt definitur in *dict. §. fine ſcripto 9. de iur. nat.* quomodo & in *l. de quibus 32. in prin. de Legibus moribus & conſuetudine.* Fatebor tamen aliquando, Mores paulo ſtrictius accipi, & pro iure aliquo conſtantiori quod antiquitus receptum, & ſemper conſtanter obſeruatum fuit, & vix mutari ſolet; cum ẽt aliquando, quod iure naturæ, aut gentium primario, & ipſo quaſi inſtinctu rationis & honeſtatis ſancitum eſt, moribus acceptum referatur, vt in *leg. ſororis 39. §. 1. iunct. l. vltim. de rit. nupt.* Quo ſane ſenſu ſubſtitutio pupillaris ad mores referri non poteſt, cum iſtud mere ciuile eſſe videatur, vt pater poſt mortem ſuam, in tempus vſque pubertatis filio faciat here-

heredem; ſed vt non male Hottoman. ſcribit, cum quidam remouere volens à ſucceſſione filii, vel proprio iudicio vel prudentum conſilio, ita id feciſſet, alii poſt eum imitati fecerunt, vt ſine aliqua Lege id in mores tranſiret, vt hæc facultas eſſet patris filio heredem facere, quamdiu id ipſe ſibi non poſſet.

TEXTVS.

1. Qua ratione excitati etiam conſtitutionem poſuimus in noſtro Codice, qua proſpectum eſt, vt ſi qui mente captos habeat filios vel nepotes vel pronepotes cuiuſcunque ſexus, vel gradus, liceat eis etſi puberes ſint, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis certas perſonas ſubſtituere: ſin autem reſipuerint, eandem ſubſtitutionem infirmare ſancimus, & hoc ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, quæ poſtquam pupillus adoleuerit, infirmatur.

COMMENTARIVS.

HAnc ſubſtitutionem vulgo vocant Dd. exemplarem, quoniam ad exemplum pupillaris dicitur h. §. introducta: neque de verbis diſputandũ eſt, vbi de re conſtat. Recentiores rectius vocant quaſi pupillarem, quoniam ad inſtar pupillorum ſubſtituitur: exemplar autem nihil definitum & determinatum ſignificat, & ipſi tamen veteres, & inprimis Salicet. *l. 9. C. h. t.* quaſi pupillarem appellant non ſemel. Extat de hac re conſtitutio Iuſtiniani, ad quam hoc §. ſe refert *in l. humanitatu 9. C. h. t.* Olim vt liceret ſubſtituere liberis puberibus, v. c. mente captis, ſpecialiter id impetrandum à principe erat *l. ex facto 43. in pr. h. t.* quod quia ita facile non poterat impetrari ſemper, Iuſtinianus permiſit in genere, vt etiam non adito principe liceret omnibus. Loquitur & hic §. & ex qua deſumptus eſt, conſtitutio *in d. l. 9. C. h. t.* de filio mente capto. Et quidem, alias quod de mente capto diſpoſitum eſt, non protinus quoq; pertinere ad furioſum, argumento eſt *L. ſi furioſi 25. Cod. de nupt.* Sed recte monet Viglius hic, amiſſa fere ſeculo Iuſtiniani Latinæ linguæ proprietate, verba non eſſe captanda, & facit, quod *in d. l. 43. h. t.* in terminis etiam eſt mentio furioſi: & hic eadem ratio militat, quæ dicitur legis anima, & Theophil. vtrumque expreſſit μεμηνότας ἤγουν παραφρονοῦντας: & ſatis apparet ex *l. vlt. §. ſin autem* 8. ibi *vel ad ſubſtitutum. C. de curat. fur.* Iuſtinianum *in d. l. 9. C. h. t.* etiam furioſum intellexiſſe. Itaque porro cum Iuſtin. in hoc ſe fundet, quod mente captus teſtamentum ipſe facere non poſſit, facile concedo in ſententiam Dd. qui eam conſtitutionem etiam ad prodigos, quin & ad ſurdos mutos, quibus caſibus ſcilicet facere teſtamentum non poſſunt, iuxt. *l. diſcretis 10. C. qui teſtam. fac. poſſ.* arbitrantur eſſe porrigendam.

Si qui mente captos.] Verba *ſi quis* tam maſculos quam fœminas complecti ait IC. *in l. 1. de verb. ſign.* Id habet locum in hac tractatione: hanc enim facultatem ſubſtituendi exemplariter concedit conſtitutio etiam matri in verbis, *qui vel quæ*: & quoniam ergo hic neceſſe non eſt vt liberi ſint in poteſtate, poterit pater & emancipato filio puberi ita ſubſtituere: quãuis id conſtitutio expreſſe non dicat, & in his hæc ſubſtitutio differt à pupillari: Intelligetur autẽ id matri permiſſum, ſi pater ſuperſtes non ſit, & ipſe filio non ſubſtituerit: ceteroquin potiorem eſſe patris cauſam, ratio ſuadet.

Etſi puberes ſint.] Hæc principalis differentia inter pupillarem & hanc ſubſtitutionem eſt, ab obiecto, ſubſtituitur enim hic puberi. Sed quid ſi impubes ſit furioſus? Et ſiquidem de emancipato filio aut matre ſubſtituere volente quæramus, non poteſt eſſe niſi exemplaris ſubſtitutio. Sed in patre in cuius impubes poteſtate eſt, res non caret dubitatione. Et *Bart. in d. l. ex facto 43. h. t.* putat pupillari tantum ſubſtitutum vtpote ordinario eſſe locum, vt nihil confugere neceſſe ſit ad extraordinariam, quemadmodum in ſimili, ſi impubes ſit furioſus, non eſt locus curæ legitimæ ex

Digitized by Google

mæ ex L. XII. Tabb. quæ furioſos iubet eſſe in cura agnatorum. Itaque ſicut cura in qua iubentur eſſe furioſi, non pertinet ad impuberes, quibus ordinario & alio remedio prouiſum eſt, ita nec hæc extraordinaria ſubſtitutio videtur ad impuberes pertinere. Verum eſt diuerſitatis ratio. Nam 1. tutela & cura ſunt diuerſæ plane adminiſtrationes, diuerſos habentes effectus iuxta conditionem perſonarum etiam, puberum & impuberum: ita vt impubes ætas quædam requirat, quæ nequeunt per curam & curatorem expediri, quemadmodum præter alia docet *l. cum in* 17. *§. 1. de appell.* quod ſecus eſt in iſtis ſpeciebus ſubſtitutionum. Deinde in terminis furioſi circa adminiſtrationem, in omnem euẽtum ipſi proſpectum eſt, & ſcil. poſt pubertatem per L. XII. Tabb. vel magiſtratum: atquin ſi à patre impuberi furioſo, tantum vere pupillariter ſubſtitui poſſe dicamus, in caſum quo furor vltra pubertatem durat, nullus eſſet, qui ipſi heredem facere poſſit: admittendum igitur potius eſt, vt pater quaſi pupillariter ſiue exemplariter impuberi furioſo ſubſtituere poſſit, & ita ſubſtitutio eiuſmodi vltra pubertatem vſque dum durat furor, porrigatur. Ita nimirum ſi ex his perſonis, quas ſubſtitui omnino vult *l. 9. Cod. h. tit.* pater ſubſtituerit. Quod ſi enim alias perſonas furioſo impuberi ſubſtituerit pater, non poterunt hæ ex exemplari ſubſtitutione ſuccedere, ſiquidem hanc expreſſe legem ſubſtitutioni huic dedit Iuſtin. vt primo eius qui eſt mente captus liberi, & ſi nulli ſint, fratres ſubſtituantur. Secundum quod, cum impubes liberos habere non poſſit, procedit illa ſententia tum demũ, vbi pater impuberi furioſo fratres eius ſubſtituit: ceterum ſi extraneum ſubſtituerit, intelligemus ex hoc ipſo, patrem tantum vere pupillariter voluiſſe ſubſtituere. Quod omnino notandum eſt. At enim cum hic ſit ordo ſuccedendi ab inteſtato, vt primum ad hereditatem liberi defuncti, & his deficientibus fratres vocentur, nulla videtur huius ſubſtitutionis vtilitas, per quam iſtæ perſonæ eodem ordine ſunt vocandæ, præterquam quod ſi liberi & fratres non ſuperſint, videntur ſubſtitui poſſe quiuis extranei, *arg. d. l. 9. C. h. t.* Alias differentia hęc vnica in hac re eſſe videtur, quod ab inteſtato omnes vocantur æqualiter, qui ſunt eodem gradu, ſed pater vel mater poſſunt per ſubſtitutionem hanc liberis mente capti dare portiones inæquales, & eiuſdem fratribus tanto magis, quin imo vno ſubſtituto, poſſunt reliquos excludere, vt ſatis expreſſum eſt *in d. l. humanitatu 9. C. h. t.* addito hoc etiam, vt ceteri nec poſſint querela agere contra eiuſmodi teſtamentum, quæ & verior & communior explicatio eſt, quam etiam ipſa verba exigunt, quod ſcil. ceteri liberi eius cui ſubſtitutum eſt, excluſi in ſubſtitutione, contra diſpoſitionem illam, non poſſint mouere querelam, ſi modo, quod gl. vult, ſint exheredati: ceteroquin teſtamentum quod patens mente capto fecit, fuerit nullum ob præteritionem. Atque ita auus non tantum ſubſtituere filio mente capto, ſed etiam eius liberos poterit exheredare. Quod ſatis ſingulare videtur. Nam in fratribus quidem defuncti abſurdum non eſt, quippe quibus ex bonis defuncti non debetur legitima: Sed in liberis non caret hæc res iniquitate, vt nihil ex bonis patris aliqui eorum habeant. Et matrem quidem per ſubſtitutionem pupillarem excludi à bonis filii per patrem poſſe, vt nec ipſi competat querela, ante diximus: at liberis debentur bona parentum, vel ſaltem aliquid ex illis potiori iure, vt docet *l. in ſuis 11. de lib. & poſt. l. 7. in fin. vnde liberi.* Neque facit ad rem aut ſoluit nodum, quod hic Viglius ſcribit, cum pater ſubſtituens, legitimam tantum ex bonis ſuis neceſſe habeat relinquere filio furioſo cui ſubſtituit, præſumi cum nepotibus ex filio relicturum tantum de bonis propriis, vt non habeant iuſtam cauſam conquerendi. Etenim id quidem de pietate auita præſumere licet, ſed poſſit etiam auus id non facere, ſed vti facultate & libertate per conſtitutionem ſibi conceſſa, & affectu quodam præpoſtero erga vnum nepotem, reliquos præterire. Et qui exheredem facit nepotem à bonis paternis, non adeo bene affectus erga ipſum creditur.

ditur. Et manet perpetuo illa ratio, quod omnino liberis ex bonis parentis portio aliqua debetur: vtcunque ſatis alias ſint diuites, & maxima illis bona aliunde obuenerint. Ego iniquitatem video, ſed quid ad verba conſtitutionis manifeſta reſpondendum ſit, vix ac ne vix quidem habeo.

Sin reſipuerint.] Tum enim ceſſat ratio ſubſtitutionis, cum ipſe ſibi poſſit facere teſtamentum, quod ius homini ſanæ mentis auferendum non eſt, vt in terminis ſubſtitutionis ex autoritate & conceſſione ſpeciali principis facta loquitur ICtus *in d. l. ex facto* 43. *h. t.* Quod de ſubſtitutione vere pupillari hic additur eam finiri pubertate, de eo agitur in §. *maſculo* 9. *infra h. t.* Eſt hic vnus modus finiendæ huius ſubſtitutionis, ſi reſipuerit furioſus aut mente captus. Alius addendus eſt, agnatio ſui heredis: quod in furioſo rarius (contingere tamen poſſe docet *l. pater* 8. *de his qui ſunt ſui iur.*) in ceteris, prodigo, muto ſurdo & mente capto frequentius accidit: quod docet *d. l.* 43. *in pr. h. t.* idque defendam, etiamſi alios antea liberos habuerit mente captus. Licet enim *d. l.* 9. *C. h. t.* permittat vnum ex pluribus ſubſtituere, id tamen procul dubio ad tum natos pertinet, inter quos eligendi ius habet auus, non ad poſtea natos: quo modo ex non diſſimili ratione natiuitate poſthumi omnimodo & olim rumpebantur teſtamenta, etiãſi fœminæ aut nepotes fuiſſent, qui tamen ſi tempore teſtamenti nati fuiſſent, præteriti id non faciebant nullum.

TEXTVS.

3. Igitur in pupillari ſubſtitutione, ſecundum præfatum modum ordinata, duo quodammodo ſunt teſtamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam ſi ipſe ſibi filius heredem inſtituiſſet: aut certe vnum teſtamentum eſt, duarum cauſarum, id eſt, duarum hereditatum.

COMMENTARIVS.

REgreditur ad tractationem vere pupillaris ſubſtitutionis, quamquam iſtud quoque ſit commune ſubſtitutioni quaſi pupillari, vt ſint duo quodammodo teſtamenta, procul enim dubio pater ſubſtitutus ſibi quoque teſtamentũ facere debebit, & vbi non expreſſe aliud diſpoſitum eſt, idem in exemplari, quod in pupillari ſubſtitutione ſtatuemus. Verbo autem *igitur* in pr. h. §. reſpicit Iuſtin. ad formulam quam propoſuit in princ. tit. qua & ſibi primo filium, & porro filio alium facit heredem, vt oſtendunt verba huius §. *ſecundum præfatum modum* ordinata. Loquitur auté paulo pinguius, dum ait in pupillari ſubſtitutione eſſe duo teſtamenta: ita vt accipiat pupillarem ſubſtitutionem, ſimul pro ipſa inſtitutione pupilli, iuxta formulam pr. h. t. ceteroquin fieri non poteſt, imo implicat contradictionem vt in pupillari ſubſtitutione qua tali & ſola duo ſint teſtamenta, quia per hanc ſubſtitutionem tantum datur heres pupillo, cuius eſt teſtamentum, ea autem pars, qua filium pater inſtituit heredem, vel in caſum quo heres non erit, alium ſubſtituit, conſtituit teſtamentum patris, quod ſubſtitutio pupillaris recte appellari non poteſt. Subſtitutionis pupillaris pater quidem autor eſt, ſed appellatur recte teſtamentum filii, quoniam ex hac ſucceditur nõ patri, ſed impuberi filio, cui vt heredem poſſit facere iuxta ſupradicta, patri conceſſum eſt. Atque hac de cauſa filii impuberis dicitur teſtamentum *l. Papin.* 8. §. *ſed nec* 5. *de inoff. teſtam. l. patris* 20. *h. t.* & *in* §. *vel ſingulis* 7. *infra h. t.* impubes filius, cui pater ſubſtitutum dedit, dicitur decedere teſtatus. Itaque recte hoc ſenſu dicuntur eſſe duo teſtamenta, cum & diuerſis temporibus fieri poſſint *l. ſi quis* 16. §. 1. *h. t.* & patri in ſcriptis filio per nuncupationem *l. ſi ita* 8. §. *vlt. de bon. poſſ. ſec. tabb.* eaque diuerſitas maxime apparet, vbi ſubſtitutum eſt exheredato. Alio ſenſu recte quoque dicitur eſſe vnum teſtamentum, *l. paterfamil.* 28. *de bon. aut. iud.* quia ſufficiunt ad vtrumque vt pater & ſibi & filio faciat heredem,

dem, ſeptem teſtes *l. patris 20. in princ. h.t.* vnde etiam ſi pater poſtquam ſibi & filio fecit heredem, ſibi ſoli aliud teſtamentum faciat, ſuperius in totum etiam quo ad ſubſtitutionem pupillarem rumpitur *d. l. 16. §. 1.* eſt enim hactenus & habetur ſubſtitutio pupillaris pro ſequela, acceſſione & parte *l. ſicut 11. teſt. quem. ap.* teſtamenti paterni, quo corruente perit & ſubſtitutio pupillaris de quo *in §. Liberis 6. infr. h. tit.* cum præſertim filio non ſimpliciter, ſed ſub conditione, ſi impubes moriatur, heres detur: Et ita *in l. 2. §. prius 4. b. t.* ICtus ait, licet duæ ſint hereditates, vnum tamen eſſe teſtamentum, & quaſi patris tantum: ex quo itidem duo conſectaria infert ICtus 1. Quod eundem filio & ſibi poſſit facere neceſſarium heredem. 4. Quod poſtumum ſuum, qui frater eſt futurus impuberis, ſubſtituere filio poſſit, qui tamen reſpectu filii vtique alienus eſt poſtumus, & quibus in tabulis patris & pupilli res legata eſt, re coniuncti habentur *l. plane 34. §. ſi coniunctim de legat. 1.* Vnde etiam eſt, quod in tabulis & filii & patris vna Falcidia ſeruatur *l. in ratione 9. §. quod vulgo 5. D. ad L. Falcid.* In ſumma vnum teſtamentum cenſetur, ratione cauſæ efficientis, itemque formalis, quia ſufficit vna ſolemnitas, & ratione ſubſiſtentiæ, vt notant Dd. hic.

TEXTVS.

4. Si autem quis ita formidoloſus ſit, vt timeat ne filius ſuus pupillus adhuc, ex eo quod palam ſubſtitutum acceperit, poſt obitum eius periculo inſidiarum ſubiaceat, ſubſtitutionem vulgarem quidem palam facere, & in partibus primis teſtamenti ordinare debet: illam autem ſubſtitutionem, per quam ſi heres extiterit pupillus, & intra pubertatem deceſſerit, ſubſtitutus vocatur, in inferioribus partibus ſcribere ſeparatim debet, eamque partem proprio lino propriaque cera conſignare, & in pri[illegible] teſtamenti parte cauere, ne inferiores tabulæ viuo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam eſt, non eo minus ſubſtitutionem impuberis filii valere, quod in iiſdem tabulis ſcripta ſit, quibus ſibi quiſque heredem inſtituiſſet, quamuis pupillo hoc periculoſum ſit.

COMMENTARIVS.

SVbſtituti pupillis, eorum mortem affectare quin & procurare ſolebant, vtiq; optare Horat.

—— vt ſcribare ſecundus
Heres, vt ſi quis caſus puerum egerit Orco
In vacuum venias.

Et Perſ. de huiuſmodi improbis votis,

—— Pupillumue vtinam quem proximus heres
Impello, expungam.

Huic periculo ſolliciti patres occurrere ſatagebant. In quam rem hoc §. non præceptum dat, ſed conſilium ſuggerit Iuſtinianus, quod nullam magnopere deſiderat explicationem, ex ſe ſatis perſpicuum. Teſtamentum nimirum poteſt diuidi in plures partes, & illæ ſeparatim obſignari, vt altera ſtatim à morte teſtatoris aperiatur, altera vbi teſtator iuſſerit, in qua nimirum fecit filio pupillo heredem: de quo vbi demum mortuo pupillo conſtiterit, pupillus euitabit periculum, cuius h. §. mentionem facit Iuſtin. & ita *in l. vlt. de fideic. lib.* proponitur teſtator ſubſtitutionem feciſſe in nouiſſima parte teſtamenti, & *in l. pupillares 8. teſtam. quemadm. aper.* monet ICtus, ſi ſeparatim ſignatæ ſint tabulæ pupillares, eas aperiendas non eſſe niſi cauſa cognita, licet teſtator non expreſſe vetuerit hoc fieri: quia ſcilicet prætor intelligit id non eſſe ex re pupilli. Illud plane non obſtat, quod vulgaris continet pupillarem: & illam tamen palam factam proponit hic Iuſtin. Etenim iſtud procedit, vbi alius expreſſe pupillariter ſubſtitutus non eſt. Hoc autem ſi factum eſt in

imis

jmis tabulis, vulgariter ſubſtitutus ſuccedere ex pupillari ſubſtitutione non poteſt, quippe quæ hoc caſu in vulgari contineri non poteſt, propter expreſſam diſpoſitionem patris. Obiiciunt amplius, quod & vulgaris ſubſtitutio poſſit præbere cauſam inſidiis. Et reſpondent Dd. poſſe quidem, ſed non æqualiter: tum quod pluribus caſibus poſſit admitti vulgaris ſubſtitutus: tum quod vulgaris ſubſtitutio protinus adita hereditate finiatur, & tum ſpes præcidatur ſubſtituto: pupillaris autem porrigitur longiuſculo tempore vſque ad pubertatem, vt hic longe ſit commodior inſidiarum occaſio. Ita Iaſon hic in addit. ad Porcium.

Inferiores tabulæ.] Olim in tabulis & in cera ſcribebant, iuxta quem morem, licet procul dubio, tum in alia materia ſcriberetur, loquitur Iuſtinianus. v. Alciat. 4. parerg. 6.

Non ideo minus valere.] Conſilium enim hoc tantum eſt, non præceptum: nam & pater per nuncupationem filio heredem facere poteſt *l. ſi ita 8. in fin. de bon. poſſ. ſec. tab.*

In eiſdem tabulis.] Id eſt, in eadem parte tabularum: cæterum regulariter inſtitutio & ſubſtitutio pupillaris, quomodo prędiximus, pro vno teſtamento & pro vnis tabulis habentur.

TEXTVS.

5. Non ſolum tamen heredibus impuberibus liberis inſtitutis ita ſubſtituere parentes poſſunt, vt ſi heredes extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, ſit eis heres is, quem ipſi voluerint, ſed etiam exheredatis. Itaque eo caſu ſi quid exheredato pupillo ex hereditatibus legatiſue, aut donationibus propinquorum atque amicorum adquiſitum fuerit, id omne ad ſubſtitutum pertinebit. Quæcunque diximus de ſubſtitutione impuberum liberorum, vel heredum inſtitutorum vel exheredatorum, eadem de poſthumis etiã intelligimus.

COMMENTARIVS.

1 *An poſſit exheredato ſubſtitui exemplariter.*
2 *An exheredatio tollat ſuitatem.*

VT *ſi heredes.*] Formula eſt, quam in initio tit. propoſuit, qua ſubſtituitur pupillis heredibus inſtitutis.

Sed etiam exheredatis.] Non item præteritis, tunc enim teſtamentum patris eſt nullum, de quo dicemus aliquid ad §. ſeq. Monui non ſemel ſupra vbi ſubſtituitur exheredatis, non poſſe dici re vera ſubſtitutionem, hæc enim eſt ſecunda inſtitutio, cuiuſmodi nullo reſpectu appellari poteſt, cum exheredato ſubſtituitur. Vbi autem ſubſtituitur inſtituto, aliquis eſt color cur dicatur ſubſtitutio, quamuis, vt diximus, omnis quæ dicitur pupillaris ſubſtitutio, ſit prima inſtitutio, quia ita heres datur pupillo, & ſubſtitutus accipit bona pupilli, quæ obuenerunt ei vndecunque, vt hic expreſſe ſcriptum eſt, neque enim ſuis bonis ſubſtituit teſtator, ſed impuberis, vt ait ICtus in *l. ſed ſi* 10. §. *ad ſubſt t. 4. h. tit.* vbi ex eo infert exheredato quoque ſubſtitui poſſe. Et vitioſa lectio peperit hic obiectionem ex *l. miles* 41. §. *ſi miles 3. de milit. teſt.* quaſi ad ſubſtitutum exheredati tantum peruenirent bona patris nam, vt & in Flor. habetur, verbum *exheredato* pertinet ad *d.* §. 3. & inde nouus incipit §. *Miles & emancipato filio ſubſtituere poteſt &c.* Eſt autem communiſſima hodie ſententia, teſtamentum in quo iuſta non eſt adiecta cauſa ingratitudinis, ipſo iure nullum eſſe *per N. 115. cap. 3.* cui conſequenter (& quid de hac opinione ſentiendum ſit, dicemus ad tit. 18.) non poterit exheredari pupillus, niſi qui proximus ſit pubertati, doli capax, in quem ea cadere poſſint, de quibus in *d. N. 115.* Sed an etiam poterit † ſubſtitui exheredato exemplariter ſiue quaſi pupillariter? Id quidem Dd. 1
negant frequentius, & hanc inter pupillarem & exemplarem ſubſtitutionem ſtatuunt differentiam: ex hoc fundamento, quod non ſit humanitatis, quæ huic iuri dedit cauſam *l. 9. C. h. tit.* exheredare filium, morbo præſertim

Digitized by Google

tim tam graui oppreſſum, vt miſeratione potius dignus ſit, ſed argumentum iſtud mihi infirmius videtur, quam vt patri ius ſuum, quod ex LL. habet, auferre poſſit. Et cum iure, quilibet filius accepta legitima poſſit exheredari, non video quid ni poſſit & hic filius, cui etiam hac gratia omnino legitimam vult dari Iuſtinianus *in d.l.9.*

Et ita quidem ex ratione iuris veteris: cum autem hodie poſt N. 115. *cap.3.* legitima ſit relinquenda titulo inſtitutionis, niſi filius ita deliquerit in parentem, vt iure exheredari poſſit: ſane conſequens eſt, vt filio mente capto furioſo exheredato ſubſtitui non poſſit, ſiquidem legitimam ipſi relinqui vult Iuſtinianus. Exheredato iuxta hunc §. ſubſtitui poteſt, ſed legatis & fideicommiſſis, quo ad ea bona quæ aliunde ipſi obueniunt grauari non poteſt. Subſtituendi enim ius pendet à mero iure poteſtatis, & inſuper creditur ſpectare ad vtilitatem pupilli *l. Iulianus 42. in pr. de adq. her. arg. l. 6. in pr. de interrog. in iur.* Legatum autem eſt onus heredis *l. coheredi 41. §. quod ſi 3. h.t. l. 1. §. ſciendum 6. de legat. 3.* Atque hanc cauſam eſſe puto, cur nec ab exheredati ſubſtituto pater legare poſſit *l. ab exh. 126. de leg. 1.* quia nec ab ipſo exheredato poteſt, & ipſe pater reuera nihil confert in ſubſtitutum, ſed mero iure patris ſaltem eum heredem facit: nec vlterius ei permiſſum fuit. Plane ſi pater exheredato quid legauerit, etiam eum grauare poterit *d.l. 41. § 3. h.t.* & conſequenter exheredati quoque heredem ſubſtitutum ex ratione iuris per *l. ſi fuerit 5. §. 1. de legat. 3.* licet aliud odio exheredationis placuerit Iuſtiniano *in l. cum quidam. C. de legat.* quæ certiſſima ad illum locum reſponſio eſt, quamuis alii rationem ſpecialiter dent, quod pater non poſſit legare in teſtamento eius, ad quem nulla pars hereditatis eius peruenit. Poſſit autem contra hunc §. obiici: ſubſtitui pupillariter tantum poteſt ſuis. Exheredati non ſunt ſui. Ergo iis ſubſtitui non poteſt. Minor probatur ex *l. 1. §. conſanguinees 10. de ſuis & legit.* ſed omnino neganda eſt aſſumptio, neque enim exheredatio vſquam refertur inter modos tollendæ ſuitatis: & quiſquis in poteſtate eſt primo gradu, eum ſuum eſſe & manere neceſſe eſt, atquin vtique exheredatio non tollit patriam poteſtatem. Et cum pater poſſit mutare teſtamentum, efficeretur, quod ex libitu patris & arbitrio filius modo ſuus eſſe deſinat, mox rurſus ſuus efficiatur & in poteſtate: quo nihil eſt abſurdius. Fieri prorſus non poteſt, vt ipſo puncto cum teſtamentum & exheredem ſcribit filiū, ſuitas ſublata dicatur, cum & ſæpe clam ſcribantur teſtamenta. Quin nec cum moritur pater exheredatum filium ſuitatem amittere ſolidiſſime hinc probatur, quod ſuitate ſublata in perſona filii, qui proximo gradu ſunt, nepotes in locum eius ſubintrantes, iura ſuitatis conſequuntur, vt diximus ad §. *poſtumorum ſup. de exhered. lib.* Atquin exheredato filio nepotes ex eo nati ius ſui heredis non conſequuntur, ſed filius etiamnum illis obſtat, vt diſertiſſime probat *l. ſi quis d. in pr. de iniuſt. teſtam.* vbi exheredatus deliberante herede ſcripto deceſſit, nec tamen nepos natus rumpit teſtamentum, quem ICtus negat exheredari debuiſſe, quia eum pater præcedebat. Sed ex aduerſo: ſi moriente patre exheredatus eſt ſuus, fiet neceſſario, vt poteſtate iuris ſuus heres exſiſtat patri, quod abſurdum eſſe, & imo contradictionem implicare videtur, tum etiã iſtud incommodum occurrit, quod, vt ad *pr. tit.* diximus, vbi ſuus heres adeſt, licet abſtinens, alius heres directo eſſe non poteſt, ſed ſi ad quem alium bona perueniunt, huic tantũ vtiles dantur actiones *l. vlt. de adq. her.* atquin non dubitatur, quin exheredato filio, inſtitutus heres poſſit adire hereditatem iure ciuili, & probat *d.l. 6. in pr. de iniuſt. teſt. l. filium 20. in pr. de bon. poſſ. cont. tab.* Et cui non defertur hereditas ab inteſtato per Legem vt ſuo, imo cui nullo modo defertur, ille nec poteſt dici eſſe ſuus heres: atquin exheredato non defertur hereditas, vt ſolide probamus *infr. §. cum autem 7. de hered. ab int.* quæ cum hoc §. ſunt coniungenda. Dicam, tempore teſtamenti facti, omnino eſſe adhuc filium ſuum, & videlicet inde fieri, vt nepotes ex eo nati ſiue naſcituri, non ſint exheredandi aut inſtituendi. Cete-

rum

rum tempore mortis, ſi conſideramus exheredationem vt validam, filium exheredatum pro ſuo haberi nõ poſſe, nec exiſtere ipſo iure patri heredem, & hoc fieri ob ius poteſtatis *arg. l. 11. de lib. & poſtum.* vbi hoc argumento probat ICtus liberos poſſe exheredari, quia eos & occidere licebat. Et igitur pater habet poteſtatem adimendi filio per exheredationem hoc ius, quod ciuili iure alias filius habuiſſet. Dixi, quatenus exheredatio vt valida cõſideratur, ſi enim quo caſu nullum fiat patris teſtamentum, vel irritum, & v.c. per repudiationem heredis ſcripti, ſublata cauſa, quæ pene ſuſtulit ſuitaté, qui exheredatus fuit, quaſi retro ſuus heres eſſe & fuiſſe patri ab inteſtato intelligitur, vt eleganter tractat ICtus *in l. filium 40. in pr. de bon. poſſ. cont. tabb.* Hæc breuiter ad quæſtionem mire intricatam & ſubtilem: cauendum hinc moneo à Gothof. qui indiſtinctè ſcribit *ad d. l. 1. §. 10. de ſuis & leg.* exheredatôs non eſſe ſuos & deſinere eſſe ſuos: quod ita ſimpliciter prolatum falſum eſt.

Eadem etiam de poſthumis.] Poſthumos olim exheredari potuiſſe certum eſt. Ex hypotheſi autem, quod vt paulo ante diximus, hodie teſtamentum ſit nullum ſi exheredatus ſit filius ſimpliciter ſine cauſa, de quo dicemus ad *tit.* 18. poſtumus vtique in quem nulla cauſarum *in N. 115. cap. 3.* cadit, non poterit exheredari: & ita nec de ſubſtitutione quæ fiat poſtumo exheredato poterit quæri.

TEXTVS.

6. Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat: nam pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti: adeo vt ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

COMMENTARIVS.

1 *An ordo ſeruetur in inſtitutione & ſubſtitutione.*
2 *Quid iure prætorio, ſi non valeant tabb. patris.*
3 *Quid iure nouo poſt N. 115.*
4 *An exiſtentia nuda firmet tabb. pupillares.*

POteſt quidem diuerſis temporibus & modis ſubſtitui filio, vt diximus *ad §. 2.* ſed vt tamẽ omnimodo pater ſibi quoq; ſcribat heredẽ: cum non cõueniat, ipſum decedere velle ab inteſtato, & filio ſucceſſorẽ teſtamentariũ dare. Et placuit permitti patri teſtamentũ facienti, vt ſimul & proſpiceret impuberi. Quo poſito, teſtamentum patris eſſe principale, ex vulgatiſſima regula, Quod acceſſorium ſine principali ſubſiſtere non poſſit, ſatis conſequitur, quod hic ſcribit Tribonianus, tractans ſcil. de paganis, miles enim filio ſoli ſubſtituere poteſt *l. 2. §. 1. h. t.*

Niſi & ſibi faciat.] Sed an ordo neceſſarius eſt? Et naturæ hic † ordo eſt, vt principale ſit 1
prius, ſecundum quod & reſponſum eſt *in l. 2. §. prius h. t.* patrem non debere conuertere ordinem ſcripturæ. Cui tamen videtur refragari §. ſeq. vbi admittitur teſtandi forma, in qua ſubſtitutio præcedit. Ea res fecit, vt quidam *in d. §. prius 4. l. 2. h. t.* pro *comprobata* legerent, *improbata*: alii inter caſum exheredati & inſtituti filii diſtinguerent. Rectior reſponſio eſt, quam Vltramontanis tribuit hic Vigl. & Iaſoni, & ipſe ſequitur ſi coniunctim & ſubſtitutio & inſtitutio facta ſit, nõ nocere ordinis inuerſionem, cùm nec in ita coniunctis ordo vllus ſpectetur. Atque hic eſt caſus *d. l. 2. §. ſed ſi quis 5. h. t.* & hanc quoque explicationem probat *Angel. hic.* dicens eam eſſe Dd. communiter, quod non attendatur ordo, vbi inſtitutio & ſubſtitutio fiunt eodem contextu.

Nec filii valebit.] Corruente enim principali, non poteſt ſubſiſtere acceſſorium. Idemque ſi patris teſtamentum ab initio fuerit nullum.
Et intellige ſi aliquomodo iuris † ciuilis teſta- 2
mentum fuerit irritatum aut infirmatum, ſecus ſi ſaltem iure prætorio: Etenim petita bonorum poſſeſſione contra tabulas teſtamentum iure prætorio irritatur, de quo dicemus *infra libr. 3. titul. 10.* & tamen ſaluæ manent pupillares tabulæ *l. ex duobus 34. §. vlt. cum l. ſeq. h. t.* Quæritur de ratione maxime cum per querelam inofficioſi fiat, vt etiam tabulæ corruant pupillares *l. Papinianus 85. ſed nec 5. in fin. de inoff. teſtamento.*

Et quidem querelę inofficioſi hic color eſt, quod arguatur teſtator non ſanæ mentis: & proinde nihil ab eo diſpoſitum valere poteſt *l. Titia 13. in fin. de inoff. teſtam.* quod non accidit, vbi petitur cont. tabb. poſſeſſio bonorum. Quod attinet ad *d. l. 34. §. vlt. h. t.* crediderim prætorem beneficium ſuum concludere quã anguſtiſſimis finibus voluiſſe, & q̃ minimum poſſet derogare iuri ciuili. Itaq; cum ſeparatã conſiderationem, filii & patris teſtamentum reciperet, porrigi noluiſſe effectũ & vim bonorũ poſſ. cont. tabb. ad ſubſtitutionẽ pupilli. Huc accedit quod Accurſ. notat, prætoria remedia non ſatis valida eſſe, ad reſcindenda ea quæ conſtituta ſunt iure ciuili: quod ita accipio, vt ſecundum iam dicta, non operẽtur vltra, quam voluit directo prætor, nec omnino actum totũ nullum penitus reddant: cum & prętor heredes ſuos bonorum poſſeſſores nõ niſi actionib. vtilibus tueatur. Accedit & hoc, quod nec iure prætorio omnino nullum eſt teſtamentum, contra quod prætor dat bonorum poſſeſſionem contra tabb. quippe cum ſi hoc ſeptem teſtium ſignis ſit conſignatum, ſecundum illud prætor det bonorum poſſeſſionem heredibus ſcriptis, licet filii præteriti fuerint, vt tamen potiorem faciat conditionem liberorum, quibus præuertentibus, poſſeſſio ſecundum tabb. fit ſine re *l. 2. in princ. de bon. poſſ. ſec. tab.* quid mirum igitur, ſi ſubſtitutio pupillaris in qua nihil peccatum eſt contra edictum prætoris integra & in ſtatu ſuo conſeruatur? Propoſitio igitur huius §. quod ſi non valeat patris teſtamentum, nec tabb. pupillares valeant, vera eſt, ſi non valeat teſtamentum patris iure ciuili: & id quidem om-
3 nimodo iure veteri. Iure nouo † aliud obtinere communiter placuit poſt N. 115. *cap. 3.* vbi conſtitutum eſt, vt licet inſtitutio nulla ſit, cetera tamen capita ſalua maneant, de cuius N. ſententia dicemus plene *ad tit. 18.*

Porro fit etiam irritum teſtamentum deſtitutione, ſi non adeatur hereditas *l. 1. in fin.* [illegible] Ergo ſi non adeatur patris hereditas, corruunt tabulæ pupillares, quod & nominatim cautum eſt *l. 2. §. 1. & l. ſed ſi 10. §. ſi ex aſſe 4. h. t.* idque ſi exheredato [illegible] tum dederit pater, de quo agitur *in d. §. 4.* extra dubium eſt. Sed quid ſi inſtitutus [illegible] ſe
non immiſceat † ſed abſtineat hereditate pa- 4
tris, an corruunt tabulæ pupillares, an valebunt nihilominus? Et communiter placuit, valere eas, idque eſt, quod vulgo iactatur, per exiſtentiam ſui heredis confirmari tabulas pupillares, vel potius paternas, quoniam has prius valere oportet, vt confirmentur tabulæ pupillares, in quam rem caſus eſt *in l. ſi filius 12. h. tit.* & cum vtile cenſeatur pupillo, habere heredem ex ſubſtitutione, fauorabiliter admiſſum videtur, vt ad cõfirmationem ſubſtitutionis nude etiam extitiſſe pupillum heredem ſufficeret, cum etiam ſubſtitutio pupillaris tota ſit ex iure ciuili, & quod iure prętorio filius abſtinet, non faciat quo minus iure ciuili pro herede habeatur, per ea quæ ſupra ad pr. tit. diximus. Facit *l. ex contractu 44. de re iud.* vbi cum pupilla abſtenta eſſet, tamen bona poſt ad ſubſtitutum perueniſſe dicuntur. Item *l. paterfam. 28. de bon. aut. iud.* vbi cum itidem pupillus abſtinuiſſet, quæritur an eo poſt ante pubertatem defuncto, creditoribus paternis in ſubſtitutum danda actio ſit, cui quæſtioni non eſſet locus, ſi abſtinente pupillo ſubſtitutio corrueret. Probet eandem ſententiam *l. filius 41. de adquiren. heredit.* At contra, diximus ſupra ad pr. tit. quod vulgariter ſubſtitutus ſuo heredi, abſtinente ſuo poſſit adire hereditatem paternam, & heres fieri, neque hoc impediri per exiſtentiam ſui heredis, quod nimirum ſuitatis effectus hactenus per ſubſtitutionem vulgarem videatur impeditus aut ſublatus. Atquin in ſubſtitutione pupillari continetur vulgaris, aut quid ſi pater expreſſe vulgariter & pupillariter ſubſtituerit? Si igitur hic admittis, ex vulgari ſubſtitutione poſſe adiri hereditatem patris, nec pupillum haberi hactenus pro herede qui abſtinuit, quomodo admittimus eũ haberi pro herede, vt confirmentur tabulæ paternæ ad effectum ſuſtinendæ pupillaris ſubſtitutionis. Ita abſtinente pupillo deſtituuntur tabulæ paternæ,

VT.

vt ſubſtituto vulgari fiat locus, & per huius aditionem confirmentur; & nihilominus abſtinente pupillo confirmantur tabb. paternę, vt ſubſtitutio pupillaris firmetur: quod ſane videtur eſſe abſurdum, quod præſertim conditiones vtriuſque ſubſtitutionis ſi heres non erit, &, ſi heres erit, quæ ſunt oppoſitæ, non videntur admittere diuerſam interpretationem; vt in illa ſignificetur cum effectu hæres, qui ſe immiſcuit; hic nuda exiſtentia hæres etiam qui abſtinuit. An dicimus, abſtinente pupillo, per aditionem paternę hereditatis ex vulgari ſubſtitutione, confirmari tabulas? At quid ſi extraneus repudiet, aut ſuus pupillo fratri ſubſtitutus abſtineat? Et hic quoque pupillarem ſubſtitutionem confirmari arguunt, & probant ſupradicta. Ratio aliqua differentiæ, & decidendi deſumi ex eo poſſe videtur, quod diximus ad §. 2. *h. t.* eſſe hic duo quodammodo teſtamenta, & vtique duas diuerſas hæreditates, de quarum aditione & adquiſitione diuerſis temporibus tractatur, vt proinde conditiones hæ disiunctim ſint cōſiderandæ, nec neceſſum ſit, vtriuſq; eundem eſſe effectum & interpretationem, vt præſertim pupilli fauore ad ſuſtinendam ſubſtitutionem hereditas pro adita habeatur, ſi ſolummodo pupillus nude extitit heres. Quod aliis accuratius excutiendum relinquo. Sed occurrit & alius ſcrupulus ex *l. apud* 11. §. 1. *ad SCtum Trebell.* vbi inſtituto pupillo, vt tabulæ pupillares valeant, requiritur, vt adeatur hæreditas, & cohæres pupillo datus idemq; ſubſtitutus, à quo eodem ſecundis tabulis eſt fideicōmiſſum relictum huic fini adire hæreditatem compellitur, vt tabulæ pupillares valeant, & ex ijs poſt fideicommiſſum peti poſſit. Cuiacius 26. *obſ.* 1. emendato textu contrariam ſententiam efficit, filium pupillum non inſtitutum, ſed exhæredatum fuiſſe; quod etiam effectu ſentit *A. Fab. de error. pragmat. dec.* 31. *err.* 8. *in fin.* diſerte contra ipſius textus verba. Alij putant non eſſe neceſſitatis quod proponitur in *dict. leg.* 11. §. 1. vt ſcilicet cogatur ſubſtitutus idemque inſtitutus adire, ſed pertinere ad maiorem cautionem. Sed ſane coactionis illud remedium eſt extraordinarium, & prætor eo non ſolet vti, niſi id neceſſitas poſcat. An ſpeciale eſt in *dict. l.* 11. §. 1. quod idem fuit & ſubſtitutus & inſtitutus, qui repudiauit hæreditatem, vt non debeat in fauorem eius ſuſtineri ſubſtitutio pupillaris, qui quantum in ſe fuit deſtituit teſtamentum paternum. An exiſtentia ſui hæredis tantum confirmat tabulas pupillares fauore ipſius pupilli, non quo ad alia relicta ſecundis tabulis. Agitur autem ibi de fideicommiſſo. Haud ſcio an non probabilior ſit in hac difficultate opinio Bart. & aliorum, qui diſtinguunt an pupillus ſolus, vel etiam cum alijs fratribus, itidem ſuis inſtitutus hæres, vt tum exiſtentia ſui hæredis tabb. pupillares confirmet; an vero habeat adiunctum cohæredem extraneum; cuiuſmodi adiectione vulnerari ſuitatem ſcribit & *Chriſtoph. Porcius ad tit. 1. de Attil. tut.* & eſt cōmuniſſima opinio. quippe quod pater adiiciendo cohæredem, ſimul quoque vires teſtamenti ab hoc pendere voluerit; nec puncto paternæ mortis poſſit per exiſtentiam nudam ſui cohæredis teſtamentum in ſolidum confirmari, vbi eo tempore adeſt alius hæres, qui adire poteſt. Sed nolo diffundi pluribus in hoc commentario ad Inſtitutiones; res tamen prætermittenda non fuit, & v. late de hoc an datio cohæredis, infirmet ſuitatem. *Ang. in §. ſui autem infra de hæred. qual. n.* 10. *& ſeqq.*

TEXTVS.

Vel ſingulis autem liberis, vel ei, qui nouiſſimus eorum, impubes morietur, ſubſtitui poteſt: ſingulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatum decedere voluerit: nouiſſimo, ſi ius legitimarū hæreditatum integrum inter eas cuſtodiri velit.

Commentarivs.

EST ex *l. vel ſingularis 37. Digeſt. h. t.* Pupillus, qui ſubſtitutum à patre accepit, dicitur decedere teſtatus: Itaque ſi pater plures impuberes filios inuicem ſubſtituit, omnes teſtati decedent; ſin vni tantum, hic tantum teſtatus decedet, ceteri inteſtati neceſſario, vt quibus nec pater teſtamentum fecerit, nec ipſi ſibi facere poſſint. Plures autem ſi ſint fratres impuberes, ijs defunctis, qui ſubſtitutum non habent, reliqui ſuperſtites tamquam proximi agnati ex L. 12. tabb. ſuccedent.

Quod ſi fieri velit pater, (ſi enim ſingulorum bona ad alios peruenire velit, ſingulis ſubſtituere debet) non ſingulis, ſed ei qui nouiſſimùm moriturus eſt, ſubſtituere debet: ita enim futurum eſt, vt cum prædefunctorũ fratrum impuberum hæreditates, ad poſtremum ex L. 12. tabb. peruenerint, huic ſubſtitutus, in eius mortui hæreditate omnium ſimul fratrum bona inueniat. Quod tamẽ hodie ſecus erit, poſtquam ex *N. 118. cap. 2.* cum fratribus defuncti etiam mater concurrit, & imo fratribus conſanguineis tantum, quoq; præfertur, itaq; ſubſtitutus de quo dicimus, tantum partes bonorum in hæreditate vltimi defuncti conſequetur.

Apparet autem ex hoc loco manifeſte, patrem, qui vltimo morienti ſubſtituit, non intelligi liberos inuicem, nec vltimum primo ſubſtituiſſe: Ceteroquin non eſſet ius legitimæ ſucceſſionis inter liberos; vt ait Iuſtinian. ſed ex ſubſtitutione omnes hæredem & ſinguli haberent, & omnes decederent teſtati.

Cui obijcitur *l. Titia 87. §. Seia 2. de leg. tt. 2.* vbi cum teſtator duobus fundum legaſſet, & rogaſſet, vt qui vltimus moreretur, reſtitueret fundum alijs, colligit Iuriſconſultus ex illis verbis *qui vltimus moreretur*. fideicõmiſſum, & vt appellat, ſubſtitutionem, inter illos duos vt qui prior decedit rogatus videatur ſecũdo partem reſtituere. Sed facilis & ſimplex reſponſio eſt; introduci hoc fideicõmiſſum ex præſumpta voluntate teſtatoris, qui totũ fundum ad alios expreſſe ſubſtitutos peruenire voluit, quod non efficeretur, niſi ſi primo defunctum alteri rogatum reſtituere partẽ ſuã præſumam. Atquin in noſtro caſu ſatis alias proſpectum eſt ex Lege 12. tabb. per quam fit, vt primi morientis hæreditas ad ſuperſtites, & tandem omnium ad poſtremum deuoluatur: vt nihil proinde neceſſum ſit inducere ad hunc effectum, ſubſtitutionem, vt ſubſtitutus poſtremo morienti, omnium bona in eius hæreditate reperiat.

At quia, vt diximus poſt *N. 118. c. 2.* hodie id amplius locum non habet, ſed mater ex filij bonis, cum fratribus concurrens auferat partem, an hodie dicemus & fingemus fratres inuicem ſubſtitutos videri ad effectum excludẽdi matrem? Haud temere dixerim, cum ſatis ſit, vtiq; in hæreditate poſtremũ defuncti partes aliorum repertas eſſe, & quiſq; iura ſcire intelligitur. Alij putant ſumendam differentiæ rationẽ ex alienationis prohibitione, quæ in *d. l. 87. §. 2.* fuit adiecta; Alij (quod tamen re ipſa cum eo quod diximus conuenit) ex eo, quod teſtator totum fundum iuſſit reſtitui per vltimum morientem; quod ſi fieri debet neceſſum eſt, vt totus etiam fundus ante omnia ad eum perueniat; atquin in noſtro §. nõ proponitur teſtator vltimum ſubſtituiſſe in vniuerſa hæreditate.

TEXTVS.

Subſtituitur autem impuberi, aut nominatim, veluti Titius hæres eſto, aut generaliter, vt, quiſquis mihi hæres erit. Quibus verbis vocantur ex ſubſtitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & ſcripti ſunt hæredes & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti ſunt.

Com-

COMMENTARIVS.

NOtant Dd. triplicem effectum ſubſtitutionis generalis, quæ fit his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit, is filio impubere defuncto hæres eſto.* 1. Vt ad eos tantum pertineat, quos pater expreſſe ad hęreditatem vocauit & immediate, non ad eos, qui per alios hæredes efficiuntur, eoq; ſeruo inſtituto, ex huiuſmodi ſubſtitutione dominum non vocari, vt poſt Accurſium hoc loco ceteri Interpp. notát, quod ſcilic. procedit, vt dominus ipſe pro ſe ex hac clauſula & formula nõ vocetur; quod ſi enim eueniente ſubſtitutionis pupillaris caſu, ſeruus inſtitutus, qui iuſſu domini hæreditatem adiit, adhuc ſit in eiuſdem poteſtate, vtiq; pariter mediante ſeruo hæreditatem quoq; impuberis ex hac ſubſtitutione dominus conſequetur, veluti hoc declaratur in *l. cum filio* 3. *h. t. iunct. l. qui liberis* 8. §. 1. *eod.* Atq; hinc & multo minus hæredis hæres, qui non ex iudicio teſtatoris venit, admittetur ad ſubſtitutionẽ *d. l.* 8. §. 1. Secundum effectum huius rei ſtatuunt, quod hi tantum vocentur, qui hæreditatem adierunt, non qui tantum ſcripti, eam repudiarunt; idque efficiunt verba, Quisquis mihi hæres erit: quibus niſi ſpectaſſet teſtator & intellexiſſet hæredem cum effectu, nihil ea operarentur, cum antea iam eos ſcripſerit hæredes: facit textus in *d. l.* 8. *h. t. in fin. princ.* & §. 1. Quibus locis requiritur, vt hæres fuerit, & extiterit; quod de repudiante dici non poteſt.

Tertius eſt vt in ſubſtitutione & hæreditate pupilli eaſdẽ ſinguli habeant partes, quas in inſtitutione acceperunt: æqualiter enim eos, inſtituendo & ſubſtituendo dilexiſſe intelligitur teſtator: & appellatio ipſa hæredum hoc efficit, vt diximus ad §. *etſi* 2. *tit. præced.* cuius §. regula hic quoque procedit, vt eas partes dediſſe intelligatur teſtator in ſubſtitutione, quas adſcripſit in inſtitutione: textus eſt in *d. l. qui liberis* 8. *in f. h. t.*

TEXTVS.

Maſculo igitur vſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt: fœminæ vſque ad duodecim annos: & ſi exceſſerint tempus hoc, ſubſtitutio euaneſcit. Extraneo vero vel filio puberi hęredi inſtituto, ita ſubſtituere nemo poteſt, vt ſi hæres extiterit, & intra aliquod tempus deceſſerit, alius ei ſit hæres: ſed hoc ſolum permiſſum eſt, vt eum per fideicommiſſum teſtator obliget, alij hæreditatem eius, vel totam, vel pro parte reſtituere: quod ius quale ſit, ſuo loco trademus.

COMMENTARIVS.

SVbſtitutio pupillaris finiť pubertate: quoniam exinde quiſq; teſtamentũ facere poteſt; itaq; ceſſat ratio, de qua in *f. pr. ſup. h. t.* Finitur pubertate, ſi ſimpliciter facta ſit: Ceteroquin ꝑ arbitrio poteſt pater tempus ſubſtitutionis infra pubertatẽ definire *l. ſi ita* 21. *l. ex facto* 43. §. 1. *h. t.* egredi aũt pubertatem nõ poteſt Tractant autem Dd. ſi cũ ſubſtitueret impuberi egreſſus ſit, & verbi cauſa dixerit, *ſi filius meus infra XX. annum deceſſerit, Caius hæres eſto*, an ſaltem poſt pubertatem valeat ſubſtitutio puri fideicõmiſſi, vt obliquatis verbis filius rogatus cenſeatur hæreditatem patris reſtituere. Longum ſit omnia recenſere. Ego rationi iuris magis conuenire puto negantem ſententiam, vt omnino ſubſtitutio directa poſt pubertatem ſit nulla, quæ eſt eadem communior, vt atteſtantur *Zaſius tract. de ſubſtit. de compend. ſubſtit. capit.* 5. *verſ. circa primum Iaſon in l. precibus* 8. *Codic. h. t.* Cum enim ſit vnus tractus verborum & vna oratio, non conuenit, vt aliquando & ante pubertatem valeat directe, mox iure fideicommiſſi: & illic contineat omnia bona; hic tantum bona propria patris: nam ſpecialiter hoc cõceſſum eſt, vt vſque ad pubertatem pater hæredem poſ-

poſſit facere filio, ad quem bona etiam poſt quæſita filio pertineant, ſed in fideicõmiſſum non niſi bona quæ patris fuerunt, venire poſſunt. Qui autem aliter ſentiunt, hi ante pubertatem defuncto filio iure directo ſuccedi, poſt autem rogatum filium de reſtituendo cenſent. Et huc facit textus in *l. verbis 7. h. t.* ſubſtitutionem fruſtra fieri verbis ciuilibus poſt pubertatem; atquin non fieret fruſtra ſi iure fideicommiſſi valeret: idemq; confirmatur ex hoc loco, vbi cum initio dixiſſet Iuſtinian. euaneſcere ſubſtitutionem pubertate mox ſubiicit, poſſe puberem filium tantum rogari, vt reſtituat hæreditatem alteri; & ipſum verbum *euaneſcere* emphaſin habet. Denique facit, quod ſubſtitutio talis vltra pubertatem, ex militis priuilegio poſt pubertatem valet iure fideicommiſſi, vt expreſſum eſt in *l. precibus* 8. C. *d. h. t.* & commenta diuinationeſque ſunt, quæ ad eum locum alij reponunt; vt conſequenter aliud ſit in pagano. Neque contradicit *l. Sicut 76. ad Trebell.* quæ ex eo quod in codicillis facta eſt ſubſtitutio, ex natura illorum præſumimus voluntatem teſtatoris. Sed non licet hic euagari. De ſubſtitutione fideicommiſſaria agitur mox inf. ſuo loco.

Si hoc tempus exceſſerint.] An intelligimus, patrem ſubſtituendo hoc tempus exceſſiſſe? Verum quidem eſt ſi hoc factum ſit, nihilominus pubertatem finire ſubſtitutionem, vt modo diximus: Sed verius eſt intelligi pupillos quibus à patre ſubſtitutum eſt, qui ſi facti ſunt puberes, ſubſtitutio finitur. Non videtur autem carere vitio, quod Iuſtin. requirit, vt exceſſerint pupilli XIV. vel XII. annum: quãdoquidem fundamentum totum pupillaris ſubſ[illegible] in eo conſiſtit, quod pupillus ſibi [illegible] hæredem non poteſt facere. Et igitur ex [illegible] quis poſſe teſtamẽtum facere, et[illegible] finem capere hæc ſubſtitutio. Atquin vt teſtamentum quis facere poſſit, non [illegible] exceſſerit XIV. annum, ſed ſuf[illegible] attigiſſe poſtremum diẽ anni de[illegible]. Hac de cauſa reſpondet Viglius, [illegible] raro contingat, vt extremo quaſi illius ætatis puncto & pueri ſibi teſtamentũ faciant & mox decedant, ideo noſtrum Imp. ſecutum, & quod frequentius accidit, & quod vtilius eſt pupillo, vt hæredem ex teſtamento habeat. Itaque ex opinione Viglij ſi contigerit, vt teſtamentum pupillus fecerit vltimo die anni, euaneſcet ſubſtitutio; ſed ſi non fecerit, ſubſtitutus admittendus erit. Quod mihi non placet, vt ex incerto iſto euentu ius æſtimetur. Et longe mihi verius & ſimplicius videtur, vt dicamus, non eſſe captanda verba Iuſtin. hic, *ſi exceſſerint*, ſed intelligenda & explicanda ſecũdum quod alibi ex profeſſo traditur de ætate qua quis teſtari poſſit *l. qua ætate 5. de teſtam.* & parum abeſt, vt non exceſſiſſe intelligatur, qui vltimum diem anni attigit, qui quidem in *d. l. 5.* dicitur expleuiſſe. Et igitur ſi poſtremo illo anni die deceſſerit pupillus, quo teſtamentum facere potuit, ſubſtitutus non admittetur.

Ad Titvlvm XVII.
LIBRI SECVNDI INſtitutionum,
QVIBVS MODIS TESTAMENTA infirmantur.

TEXTVS.

1. Teſtamentum iure factum vſque eo valet, donec rumpatur irritumue fiat.

Commentarivs.

HActenus de teſtamenti conſtitutione, ſequitur eius diſſolutio. Plenius ICtus in *l. 1. de iniuſt. teſtam* teſtamentum ait, vel ab initio eſſe nullum, vel valid[illegible] ab initio, poſtea infirmari. Sed de m[illegible] illo hic non agit Iuſtinianus, cum [illegible] ex præmiſſis & tit. præced. intelligi poſſit, quale teſtamentum initio ſit nullum: [illegible] quo ſcilic. ea non ſunt obſeruata, quæ in ſuperioribus, præſertim tit. X. XII. & XIII. propoſita fuerunt.

Et

Et vt paucis agam, nullum redditur teſtamentum ab initio, vel à cauſa efficiente, ſi perſona non habeat ius diſponendi: vel à cauſa formali: ob defectum ſolemnitatum: vel communium, vt ſi quis non adhibuerit ſeptem teſtes, vel hi non ſubſcripſerint; aut teſtes non fuerint habiles: vel propriarum in teſtamento patris, ſi liberos præterierit &c. quod teſtamentum nullum eſſe docet Iuſtin. in *pr. ſup. de exhered. lib.* etiamſi filius viuo patre præmoriatur. Si tamen filius abſtineat, poſſe bonorum poſſ. ſecundum tabb. heredes ſcriptos conſequi ex æquitate prætoris, probatur ex *l. filio. 17. de iniuſt. teſt.* quod tamen plerique tum demum admittunt, vbi vt in *d. l. 17.* ſcripti fuerunt heredes, qui alias ab inteſtato veniſſent: alii etiam, quod voluntas defuncti defendi dicitur, ad legata & libertates tantum reſtringunt, de quibus non eſt hic plenius dicendi locus: & pertinet magis ad *§. non tamen inf. h. t.*

Rumpatur irri umue fiat.] De his ſpeciebus plenius in ſeqq. dicetur.

TEXTVS.

2. Rumpitur autem teſtamentum, cum in eodem ſtatu manente teſtatore ipſius teſtaměti ius vitiatur. Si quis .n. poſt factum teſtamentum adoptauerit ſibi filium per Imperatorem, eum qui eſt ſui iuris, aut per prætorem ſecundum conſtitutionem noſtram, eum qui in poteſtate parentis fuerit, teſtamentum eius rumpitur, quaſi agnatione ſui heredis.

COMMENTARIVS.

TEſtamentum initio validum vel infirmatur per ſententiam iudicis, inſtituta querela inofficioſi, de qua tit. ſeq. vel poteſtate iuris citra aliquod factum hominis eo tědens infirmatur: cuius infirmationis duæ ſunt ſpecies, Ruptio & irritatio ſiue in irritum deductio: quæ rurſus ſuas ſpecies habent, ita vt in hac materia frequentius iſta verba, rumpi & irriti, vſurpantur, vt tamen aliquando confuſum his nominibus vtamur, vt docet ipſe Iuſtin. in *§. hoc autem 5. inf. h. t.* Ruptio vti hic vſurpatur, habet duas ſpecies, agnationem heredis poſt teſtamentum, in quo præteritus eſt, cum inſtitui aut exheredari debuiſſet: & voluntatis mutationem. Agnatio rurſus vel eſt naturalis vel ciuilis. Illa eſt, cum poſt teſtamentum poſthumus naſcitur. *§. 1. ſup. de exhered. lib.* vbi dixit hac de re, & ea gratia huius ſpeciei adgnationis nullam hic mentionem facere videtur. Ciuilis agnatio contingit quatuor caſibus & modis. 1. ſi nepotes tempore teſtamenti iam nati quos tum pater præcedebat, poſt patre præmortuo, ſuperſtite adhuc auo, in patris locum ſuccedant, nam & hi rumpunt teſtamentum, de quo itidem actum in *§. poſtumorum 2. ſup. de exhered. lib.* 2. ſi poſt teſtamentum liberi naturales ex concubina ſuſcepti legitimătur, ſiue per matrimonium ſubſequěs, ſiue per reſcriptum Principis; cum enim hoc modo iura legitimorum liberorum conſequantur *§. vlt. ſup. de nupt. §. 2 verſ. nec non eos infr. de hered. ab int. N. 89. cap. 8. & 9. §. 1.* neceſſario teſtamentum in quo præteritos ſe reperiunt, rumpunt. 3. ſi quia poſt teſtamentum adoptat ſibi liberos *l. verum 8. in pr. de iniuſt. teſtam.* per principem (vt loquitur hic Iuſt.) id eſt, in ſpecie adroget (eſt enim adoptio nomen generis) ex his qui ſunt ſui iuris: (horum enim tantum eſt adrogatio) aut per prætorem (quæ in ſpecie adoptio dicitur) aliquem qui eſt in poteſtate alterius, (hi enim in adoptionem in ſpecie dictam à parentibus dantur) ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani: qua ſcilic. diſpoſuit *l. pen. C. de adopt. §. ſed hodie ſup. eod.* vt ſi quis extraneum adoptet, iura patris naturalis maneant integra: & conſequenter ita adoptatus & talis, non rumpet teſtamentum. Ita iſti, utem rumpunt, ſi omnino præteriti ſint: quod ſi ſaltem vt extranei ſint inſtituti, non rumpunt, mutata ſaltem inſtitutionis qualitate, vt docet *l. filio 23. §. 1. de lib. & poſt. l. ſi quis 18. de iniuſt. teſt.* extraneus enim recte inſtituitur: non autem niſi inepte exheredatur: itaque ſi quis ita nul-

liter exheredatum poſt arroget, teſtamentum rumpitur *l. non put.* 8. §. *ſed in* 8. *de bon. poſſ. cont. tabb.* quod in emancipato exheredato & rurſus arrogato ſecus eſt. *d. l.* 8. §. 7. ex ratione *l. filio* 23. *in pr. de iniuſt. teſtam.* Denique 4. ſpecialiter hoc olim contingebat circa emancipationem filii: quia hic ex veteri Lege Romuli per tertiam demum mancipationem & manumiſſionem de poteſtate patris liberabatur. Ex quo fiebat, vt qui ſemel vel bis mancipatus, interea teſtamento facto, poſt manumiſſus, in poteſtatem patris reuertebatur, rumperet teſtamentum in quo ſe præteritum reperibat: quod non accidebat in filiabus & nepotibus, qui vna mancipatione exibant ex poteſtate, vt ſcribit *Vlp. in d. l verum* 8. §. 1. *de iniuſt. teſt.* & idem *tit.* 11. *de his qui in pot. ſunt.* Hi ſunt modi ruptionis: improbabiliter autem Weſemb. rumpi putat dici teſtamentum, quod quaſi ipſe teſtator rumpit: ita enim tantum ad mutationem voluntatis fere ruptio reſtringenda eſſet: adoptio enim filii à teſtamento remota eſt, & ad rumpendum directo non tendit.

In eodem ſtatu manente teſtatore.] Nihil enim ipſe patitur nec eius ſtatus mutatur: ꝙ accidit in altera ſpecie irritationis, cum capite minuitur teſtator: cuius reſpectu oppoſitiue id dicitur. Quid igitur eſt ꝙ Theoph. legit negatiue, μὴ μένοντος τοῦ τεστάτωρος ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως. Aut Theophilum verbo ſtatus abuti valde oportet: aut expungenda eſt apud eum negatio: certum enim eſt, adoptionem nihil afficere ſtatum teſtatoris: & proinde omnino recta lectio eſt affirmatiua.

TEXTVS.

3. Poſteriore quoque teſtamento, quod iure perfectum eſt, ſuperius rumpitur. Nec intereſt extiterit aliquis heres ex eo an non: hoc enim ſolũ ſpectatur, an aliquo caſu exiſtere potuerit. Ideoque ſi quis aut noluerit heres eſſe, aut viuo teſtatore, aut poſt mortem eius antequam adiret hereditatem, deceſſerit, aut conditione ſub qua heres inſtitutus eſt, defectus ſit: in his caſibus paterfamilias inteſtatus moritur: nam & prius teſtamentum non valet, ruptum à poſteriori: & poſterius æque nullas habet vires, cum ex eo nemo extiterit heres. Sed & ſi quis teſtamento priore iure perfecto, poſterius æque iure fecerit; etiamſi ex certis reb. in eo heredem inſtituerit, ſuperius tamen teſtamentum ſublatũ eſſe Diui Seuerus & Antoninus Auguſti reſcripſerunt: cuius conſtitutionis verba & hic inſeri iuſſimus: cum aliud quoq; præterea in ea conſtitutione expreſſum ſit. Impp. Seuerus & Anton. Auguſti Cocceio Campano. Teſtamentum ſecundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres ſcriptus ſit, valere perinde iure, ac ſi rerũ mentio facta non eſſet: ſed & teneri heredem ſcriptum, vt rebus ſibi datis contentus, aut ſuppleta quarta ex L. Falcidia, hereditatem reſtituat his qui in priore teſtamento ſcripti fuerant, propter inſerta fideicõmiſſi verba, quibus vt valeret prius teſtamentum expreſſum eſt, dubitari nõ oportet. Et ruptum quidem teſtamentum hoc modo efficitur.

COMMENTARIVS.

1 *Mutationis prima ſpecies.*
2 *Altera eius ſpecies.*

Altera ſpecies ruptionis eſt mutatio voluntatis: quæ fit dupliciter: Iuſt. enim hic quoq; ſicut in priori ſpecie non plene rem explicare, ſed exemplis tantũ declarare eam vtcũq;, voluiſſe videtur. Vna ſpecies eſt, ſi teſtator inducat, deleat, rumpat, concidat tabulas quas fecit *l. ſi vnum, & l. pen. C. de teſtam. l. vlt. de iniuſt. teſt. t. t. de his quæ in teſtam. del.* Si ſcil. totum rumpat, vel tale quid faciat, vt de eius volun-

tate

tate conijcere liceat, eum totum mutare voluiſſe: veluti ſi ſigilla turbet aut præcidat: ceteroquin quo ad deletionem & inductioné magis eſt, vt ea non operetur vltra quã deletum eſt, cetera ſuſtineantur, *l. 2. de his quæ in teſt. del.* adeo vt licet omnium heredum nomina deleuerit, tamen ex benignitate (ſummo enim iure ſecus eſſet) legata defendantur, iuxta *l. pen. d. t.* Quid ſi pluribus exemplis teſtamentum quis fecerit, iuxta §. *pen. ſup. de teſtam. ord.* Et vno exemplo cancellato, non cenſeri eum inteſtatũ decedere voluiſſe docet *l. vlt. d. t.* niſi heredes ab inteſtato contrarium probent: creditur enim ideo id feciſſe, quod putaret reliqua exempla ſufficere ad probandam ſuam voluntatem.
2 Altera ſpecies † mutationis eſt, ſi quis aliud teſtamentum fecerit. Quiſquis enim teſtamentum facit, cenſetur ex natura huius diſpoſitionis id facere de vniuerſis bonis: itaque ſicut non poteſt in duos transferri eiuſdem rei dominium; ita duo teſtamenta diuerſa ſimul conſiſtere non poſſunt: & notiſſima eſt regula iuris, quod nemo cum duobus teſtamentis decedere poſſit, quam nec vitiari in teſtamento pupilli quod pater fecit, & in terminis pupilli adrogati oſtendimus contra Dd. ad §. *Item non aliter ſup. de adopt.* Hinc eſt, vt nihil neceſſum ſit in teſtamento poſteriore prioris mentionem facere, & id reuocare: ſed ipſa factio noui teſtamenti rumpit prius & inutile id facit. idque eſt quod ait Iuſtin. in *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* per poſterius teſtamentum, *ipſo iure* prius tolli. Et proinde recte notat Angel. non eſſe neceſſariam clauſulam quam Notarii teſtamentis apponere ſolent, quod teſtator caſſet & annullet diſpoſitiones omnes priores: ſcil. quo ad teſtamenta prius condita, quæ ipſo iure per poſterius rumpuntur: vtique enim ſi generalis ſit clauſula, codicilli ante facti per eam irritabuntur, qui alias cum teſtamento conſiſterent: quod & Mynſ. hic recte annotauit: ſed non æque iſtud, quod vtilis ſit & neceſſaria clauſula, ſi quis priori teſtamento derogauerit futuris diſpoſitionibus: nemo enim hanc legem ſibi dicere poteſt, à qua diſcedere non poſſit: adeo vt nec iuramentum impediat, quo minus aliter diſponere poſſit: & ſi per modum conuentionis cum alio quid actum ſit, conſtat id totum iure eſſe irritum & nullum: & omnino hic locum habet quod eſt in *l. 4. de adim. leg.* voluntatem hominis eſſe ambulatoriam vſque ad ſupremum vitæ exitum. Qua in re alia eſt ratio ſententiæ prioris & poſterioris, de quo hic tractant Dd. nam quiſque pro libitu voluntatem ſuam de bonis mutare poteſt, iudex qui ſemel dixit ſententiam, officio ſuo functus eſt; nec adeo amplius de eadem re pronuntiandi ius habet. Hinc, quoniam ipſo iure facto poſteriore teſtamento ſtatim, viuo adhuc teſtatore prius teſtamentum rumpitur, efficitur, quod eſt in hoc §. *verſ. nec intereſt.* vt teſtamentum prius maneat nullum, etiamſi poſterius non ſortiatur effectum, veluti ſi ex eo teſtamento non adeatur hereditas: quod enim ex accidenti eſt, & poſt mortem teſtatoris contingit, non poteſt reſtituere teſtamentum iam ſemel ruptum. Et hoc exempli cauſa ſcriptum hic accipio, non vt alii eiuſdem generis caſus excludantur. Fingamus in priori teſtamento inſtitutum vel exheredatum poſtumum: in ſecundo prætertum, (hoc enim teſtamentum initio validum eſt) ſi nato poſtumo rumpatur poſterius teſtamentum, non ob id reſtituetur prius. Eſt igitur hæc vna quaſi ampliatio ad regulam huius §. quod teſtamentum prius rumpatur, vel potius ruptum maneat, licet ſecundum teſtamentũ non ſortitum ſit effectũ. Alia ſpecies ampliationis eſt hoc text. *verſ ſed & ſi quis. ex l. ſi quis 29. Ad SC. Treb.* rumpi prius teſtamentum per ſecundum, licet in hoc heres ex rebus certis, vel etiam ex vna re ſingulari ſcriptus fuerit. Ratio ſolida eſt, quia ita recte ſcribitur heres, non vt adiectio illa maneat, ſed quatenus poteſtate iuris detracta rei mentione perinde habetur, ac ſi ſimpliciter ſcriptus à teſtatore heres fuiſſet, *l. 1. §. 4. l. 9. §. ſi duo 13. & l. 10. de hered. inſtit.* Et ita iuxta hanc ſententiam ab Imperatoribus reſcriptum fuiſſe Iuſtinianus hoc loco teſtatur, teſtamentum poſterius perinde valere, atque ſi rerum mentio facta non

 eſſet,

[illegible]r. Atq; ita omnimodo totum & pleno per[illegible] q; iure habebit, qui ex re aut rebus certis ſcriptus eſt heres: ceteroquin non minus hunc quã alium heredem grauare fideicommiſſo poteſt teſtator, eumque rogare vt alteri cuicunque reſtituat hereditatem, quod fit vel expreſſis vel inflexis verbis, ex quibus teſtatoris voluntatem de reſtituenda hereditate colligimus: cum & non raro ſine verbis tale quid, directo ſignificantibus, ex coniecturis, quæ dominantur in hac re, fideicommiſſa introducamus. Ita hic quoque ſi teſtator poſteriori teſtamento, dixerit, ſe velle valere prius teſtamentum, hanc eius voluntatem ita interpretati ſunt Impp. hic relati, quaſi heredem poſteriori teſtamento ſcriptum rogaſſet, vt hereditatem ei qui in teſtamento priori ſcriptus erat reſtitueret. Ita enim omnino hic locus accipiendus eſt: ceteroquin ſi ponamus expreſſe id teſtatorem iuſſiſſe, nulla fuerit dubitandi ratio, nec neceſſarium fuiſſet reſcriptum Impp. Facit quod in milite ita obtinet, vt ſi iuſſerit valere prius teſtamentum, vtrumque valeat iure directo, quia miles cum duobus teſtamentis decedere poteſt *l. quærebatur 19. de milit teſt.* Quod ſi autem miles nihil dixerit, voluntatis erit quæſtio, an miles hoc animo poſterius fecerit teſtamentum, vt prius valere nollet. Et bona ratione ex iſtis verbis fideicommiſſum colligitur: quia prius teſtamentum cum ruptum ſit non poteſt valere iure teſtamenti: & cum nihilominus id valere iuſſerit teſtator, benignam interpretationem ſumimus, quod illud valere voluerit, eo ſaltem modo quo valere poteſt, non autem aliter valere poteſt, quam vt codicilli, quippe qui vna cum teſtamento poſſunt conſiſtere.

Poſteriore teſtamento.] Codicillis enim teſtamentum rumpi non poteſt.

Quod iure perfectum eſt.] Quod plenius tractatur in §. *ex eo 7. infr. h. t.* vbi dicemus.

Si quis aut noluerit.] Explicat quomodo dicatur deficere heres; qui ſci. vel non vult eſſe heres, repudiatq; : vel non poteſt, vel quod præmortuus eſt, vel quod defecit cõditio ſub qua fuit inſtitutus. Vnde apparet, licet in ſecundo teſtamento inſtitutio habeat cõditionem [illegible] men prius rumpi, quamuis in eo pura inſtitutio fuerit: quod obtinet in diuerſis teſtamentis: nam ſi in vno pura ſit inſtitutio, alia ſub conditione, prior ſola ſufficit *l. ſi te. 27. §. 1. d. hered. inſt.* Et rurſum obtinet illud in diuerſis teſtamentis, quia vtrumque & poſterius æque ſolemne eſt, & pendet à ſola teſtatoris voluntate: ſecus in contractibus, & quod pure emi, poſt fruſtra emo ſub conditione, iam ex priori contractu mihi quæſita actione *l. ſi iā 7. in pr. de reſcind. vendit.*

Aut ſuppleta quarta.] De hac quarta, quam deducit heres grauatus fideicommiſſo vniuerſali: agitur *inf. de fideicom. her. tit. 23.*

TEXTVS.

4. Alio autem modo teſtamenta iure facta infirmantur: veluti cum is qui teſtamentum fecit, capite diminutus ſit: quod quibus modis accidat, primo libro retulimus. Hoc autem caſu irrita fieri teſtamenta dicuntur: cum alioquin & quæ rumpuntur, irrita fiant: & ea quæ ſtatim ab initio non iure fiunt, irrita ſint. Sed & ea quæ iure facta ſunt, & poſtea per capitis diminutionẽ irrita fiunt, poſſumus nihilominus rupta dicere. Sed quia ſane commodius erat, ſingulas cauſas ſingulis appellationibus diſtingui: ideo non iure quædam facta dicuntur, quædã iure facta rumpi vel irrita fieri.

COMMENTARIVS.

ALio modo.] Diximus duas ſpecies eſſe infirmationis teſtamentorum, Ruptionem & irritationem. De ruptione diximus, ſequitur de irritatione: cuius rurſus duæ ſunt ſpecies. 1. Deſtitutio teſtamenti, cum heres non adit hereditatem: ita enim fit teſtamentum irritum *l. 1. in f. de iniuſt. teſt. Vlp. tit. 23. §. 5. Quib.*

m. d.

mod. teſt. rump. & ita hoc verbo vtitur IC tus in *l. filium 20. in pr. de bon. poſſ. cont. tab.* Et dicitur ita in ſpecie deſtitui teſtamentum §. *cum autem 7. inf. de hered. ab int. l. vlt. inf de condit. inſt.* & nullas habet vires. *text. præt.* qui modus ratione hodie eſt, poſtquam *Iuſtin. Nou.* 1. in terminis ibi propoſitis alios quoque fecit adeundi poteſt item. 2. Capitis diminutio teſtatoris *l. 6. §. irritum ſ. de iniuſt. teſt.* & hæc triplex iuxta *tit. de cap. dim. ſup. lib.* 1. Et his enim modis mutatur ſtatus teſtatoris: quod ſecus adeo eſt, vt nimirum non irritum fiat teſtamentum, ſi furor, vel prodigal.tas poſt teſtamentū recte conditum accidat, vt notauimus *ſup. ad tit. Quibus non eſt perm. fac. teſtam.* Et 1. maxima capitis diminutio haud dubie irritum reddit teſtamentum, ſiquidem ſeruus cum teſtamento decedere non poteſt. Neq; eſt contrarium, quod ſi ciuis Romanus qui fecit teſtamentum, ab hoſtibus capiatur, teſtamentum eius ſuſtinetur, qui tamen fit ſeruus hoſtium §. *ſi ab hoſtib. ſ. ſup. Quib. mod. ius pat. pot. ſolu.* Etenim ſuſtinetur teſtamentū non qua ſerui facti, aut qua capti, ſed qua numquā capti, ſiue redierit, ſiue mortuus apud hoſtes fuerit, per duplicem fictionem, poſtliminii & Legis Corneliæ, iuxta tractata ad *d. §. 5. & ad §. vlt. ſup. h. lib. tit.* 12. Deinde idem habet locum in media capitis diminutione, veluti ſi qui ſit deportatus; quoniam qui ciuis Romanus non eſt, heredem habere iure ciuili non poteſt, dum tamen ab eo qui ius habet, deportatus quis ſit: ius id non habet præſes, *l. 6. de interdict. & rel.* niſi Princeps approbauerit: & ad præſidem ſolum pertinet *l. 6. §. eius qui 7. de iniuſt. teſt.* nam proconſul, præfectus vrbi, ius deportandi habent, nec hic opus erit Principis approbatione. Deniq; irritum fit teſtamentū, ſi minimam capitis diminutionem patiatur teſtator: veluti ſi filiusfam. efficiatur per arrogationem *arg. §. 1. infr. de adq. per adrog. l. pen. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tabb.* & filiusfam. non habet ius teſtandi. Deinde ſi filiusfam. qui de caſtrenſi peculio teſtamentum fecit, fuerit emancipatus, iuxta ea quæ & de hac & priori quoque ſpecie diximus ad §. *pen. ſup. de milit. teſtam.*

Hoc autem caſu.] Paulo ſuperius hoc attigimus. Nec nouum eſt iure noſtro, vt idem verbum & generalius & ſpecialius: rurſus in proprio ſuo ſignificatu, aliquando abuſiue vſurpetur, quod hic exemplis irriti & rupti oſtenditur: quæ non tantum inter ſe commutentur & alterum pro altero accipiatur, ſed etiam verbum irriti de teſtamento initio nullo prædicetur: Etenim hoc non fit abſurde, vt autem teſtamentum quod initio nullum eſt, ruptum dicatur, rationi non conuenit: neque id Iuſtin. dicit, neque puto eius extare exemplum. Diſtinctio autem rupti & irriti, vt hoc titul. vſurpantur, firmatur etiam ex *l. 1. & l. 12. in pr. de iniuſt. teſtam.*

TEXTVS.

5. Non tamen per omnia inutilia ſunt ea teſtamenta, quæ ab initio iure facta per capitis diminutionem irrita ſunt facta. Nam ſi ſeptem teſtium ſignis ſignata ſunt, poteſt ſcriptus heres ſecundum tabulas teſtamenti poſſeſſionem bonorum agnoſcere: ſi modo defunctus & ciuis Romanus, & ſuæ poteſtatis tēpore mortis fuerit. Nam ſi ideo irritum factum ſit teſtamentū, quia ciuitatem vel etiam libertatem teſtator amiſit, aut quoniam in adoptionem ſe dedit, & mortis tempore in adoptiui patris poteſtate ſit, non poteſt heres ſcriptus ſecundum tabulas poſſeſſionem bonorum petere.

COMMENTARIVS.

1. *Vitia huius textus.*
2. *An teſtamentum in quo præteritus eſt filius, caſu aliquo valere poſſit.*
3. *Ad l. 17. de iniuſt. teſt.*
4. *De teſtamento rupto per agnationem.*
5. *De ruptione per mutationem.*
6. *De irritatione per adrogationem.*
7. *De irritatione per capitis diminutionem.*

DVplex vitium huius §. notari poteſt, 1 1. quod tantum † meminit teſtamenti irriti facti per capitis diminutionem, quaſi hoc tantum vitio ſublato poſſit validari & reconualeſcere: cum tamen idem quoque eueniat in terminis teſtamenti rupti. 2. quod ita loquitur Tribon. quaſi tantum iure prætorio conualidentur hæc teſtamenta; cum tamen etiam iure ciuili ea valere oſtendi poſſit. Quod, vt vel ex Angelo hic apparet, alii quoque olim obſeruarunt. Et igitur quæſtio generalius formanda eſt, an ſi cauſa & vitium propter quod teſtamentum nullum aut infirmatum fuit, ſublata ſint viuo teſtatore, teſtamentum vires recipiat, & valere incipiat aut rurſus priſtinas vires recuperet. Libet enim & quæſtionem de teſtamento quod initio fuit nullum, hic complecti, an aliquas vires habere poſſit. Teſtamentum ab initio nullum vocatur iniuſtum *arg. rubr. de iniuſt. teſtam.* in quo vel deficiunt formalia teſtamenti, vel perſona inhabilis fuit: Et hoc caſu conſtat licet habilitas ſuperueniat poſt teſtamentum, tamen id penitus & iure ciuili & prætorio manere nullum, veluti ſi impubes aut furioſus fecerint teſtamentum §. 1. *ſup. Quib. non eſt perm. fac. teſtam.* Idemque eſt ſi v. c. pauciores teſtes interfuerint, aut ſignauerint &c. De ea 2 tantum † ſpecie prolixe tractatur à Dd. ſi filius in poteſtate præteritus viuo patre deceſſerit, aut etiam abſtinuerit ab hereditate, aut viuus factum patris eum prætereuntis approbauerit, an teſtamentum habeat aliquas vires. Et de primo membro quo præteritus viuo patre deceſſit, expreſſe reſpondet Iuſtinian. *in pr. de exhered. lib. ſup.* teſtamentum manere nullum. De altero membro quo vltro abſtinet filius, nec vtitur iure ſuo, ſcrupulum mouet *l. filio. 17. de iniuſt. teſtam.* vbi dicitur, licet ſubtilitas iuris refragetur, tamen voluntatem defuncti defendi ex æquo & bono. Quæ verba indicio ſunt, teſtamentum quidem nihil minus eſſe nullum iure ciuili, ſed prætorio iure dari bonorũ poſſeſſionem ſecundum tabb. Idque confirmat & *l. poſtumus 12. in f. pr. de iniuſt. teſtam.* Neque mirum, cum etiam eiuſmodi teſtamentum, nec ſuperſtite filio omnino ſit nullum iure prætorio. Id probatur 1. ex Vlpian. *tit. 28. de poſſ. dand. §. etiam 5.* hoc tantum conſiderare prætorem in danda bon. poſſeſſione ſecundum tabb. an teſtamentum ſit conſignatum ſeptem teſtium ſignis, licet quæ ſolemnitates iuris ciuilis deficiant. Atquin ſecundum quod teſtamentum dat prætor bonorum poſſeſſionem, id iure prætorio haud poteſt eſſe nullum: ſicut rurſus nec illud contra quod dat bonorum poſſeſſionem, quippe quæ tendit ad euertendum teſtamentum: atquin prætor contra tabulas bonorum poſſeſſionem etiam dat liberis ſuis præteritis *l. ſi duobus 12. §. 1. de bon. poſſ. cont. tabb. §. 1. in prin. infr. de bonorum poſſeſſ.* porro præter textum modo citatum ex *Vlpian. tit.* 28. quod ſecundum teſtamentum in quo filius eſt præteritus, poſſeſſionem prætor det, probat itidem *d. l. poſtremus 12. in f. pr. de iniuſt. teſt.* & aperte *l. æquiſſimum 2. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabb.* Et facit amplius pro iſta ſententia, quod prætor non magnam videtur rationem habere ſuitatis, cum & ius abſtinendi concedat ſuis: & emancipatos non minus velit inſtitui aut exheredari quam ſuos §. *emancipatos 3. ſup. de exhered. liber.* & tamen vtique valet iure prætorio teſtamentum ſi liberi emancipati ſint præteriti. Videtur autem hoc iſti opinioni obſtare argumentum: Quod quo iure ſucceditur ab inteſtato, eo non poteſt videri valere teſtamentum. Atquin vbi præteriti liberi ſunt, qui in poteſtate ſunt, ſucceditur iure prætorio ab inteſtato *l. 1. § vltim. vnde liber.* Ergo. Dicam abſurdum quoque videri, vt iure eodem detur poſſeſſio ſecundum & contra tabulas. Atquin vbi liberi præteriti ſunt, hic polliceatur prætor bonorum poſſeſſionem contra tabulas, & nihilominus ſcriptis heredibus, ſecundum tabulas *d. l. 2. in pr. de bonor. poſſeſſ. ſec. tabb.* Sed nimirum ſicut hoc facit in diuerſis perſonis, ita non facit eodem gradu: potior enim & prior conditio eſt liberorum in petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas: quam ſi hi omittant, nihil abſurdi ſe facturum putauit prætor, ſi tum ſcriptis heredibus

dare

daret bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Ita quoque diuerſa ratione & conſideratione dat bonorum poſſeſſionem ſecundum & contra tabulas: & nihilominus tamen ab inteſtato quoque ſuos præteritos ex Edicto Vnde liberi, admittit *d.l.1 §.vltim.vnde lib.l. vltim. de lib. & poſthum.* quoniam ſolet prætor etiam ſubſequi ius ciuile, quo liberi ſui præteriti ius dicendi nullum habent.

Iſtud adhuc quærendum & extricandum
3 hic ſupereſt, an quod dicitur † in *l.filio* 17 *de iniuſt. teſt.* ſi filius præteritus abſtineat, ſimpliciter procedat: ſiue proximi alias ab inteſtato ab teſtatore ſcripti fuerint: ſiue etiam extranei quiuis. Et teſtatur *Clar. in §. teſtamentum. quæſt.*43. poſterius eſſe magis communiter receptum: Quæ ſententia ſi recte explicetur vera eſt. Probant quæ hactenus diximus, & inprimis *l. 2. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabb.* prætorem ſimpliciter dare eam bonorum poſſeſſionem ſecundum teſtamentum, quibuſuis heredibus ſcriptis. Sed in modo & effectu ingens differentia eſt, inter extraneos & qui alias ab inteſtato fuiſſent ſucceſſuri. Ad quod ſciendum eſt, bonorum poſſeſſionem aliam dici cum re, aliam ſine re, quæ effectu deſtituitur. Prætor nimirum qui ſimpliciter heredibus ſcriptis bonorum poſſeſſionem pollicetur, petentibus eam negare non poteſt. Sed fit non raro vt ea ſit ſine re, vbi aliquis potiori iure bona ſibi aſſerit & ea conſequitur cum effectu. Ita in concurſu filii præteriti & ſcripti heredis, ſi hic præuertat petere, bonorum poſſeſſionem ſine re habebit, vbi filius præteritus iure ſuo vtitur, quod ex ipſo iure prætorio potentius eſt. Itaque quod de ordine dicitur in *l.2. de bon poſſ.ſec.tabb.* ad effectum pertinet: quamuis & forte prætor, ne res ſit ſine effectu, dilaturus ſit interim dare bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Eodem modo licet non ſuperſit filius, aut etiam filius præteritus abſtineat, poterunt ſane etiam extranei heredes in tabulis ſcripti petere à prætore poſſeſſionem bonorum, ſed eam ego puto futuram ſine re, ſi proximi agnati iure ſuo vtantur, & iure ciuili vindicent hereditatem ab inteſtato, cum vtique verum ſit, teſtamentum eſſe nullum: puto etiã ipſum prætorẽ, prox mos ex Edictis Vnde legitimi, vel Vnde cognati admiſſuros. Atque ita eueniet, & quidẽ præter mẽtem, vt opinor Dd. vt reſponſum *d. l.* 17. fere tantum locum habeat effectu, vbi proximi ab inteſtato heredes ſcripti fuerunt: de quibus etiam loquitur *d. l.* 17. & in terminis *l.* 12. *inf. pr. eod. tit.* vbi pene hoc reſtringitur ad caſum, quo bonorum poſſeſſio data fuit ei, qui rem ab inteſtato auferre potuiſſet. Et vnico caſu & raro extraneus bonorum poſſeſſionem cum re habebit, ſi proximi ab inteſtato omittant hereditatem. Tertius caſus erat, quo filius ab initio aſſenſerat præteritioni. Et certi iuris eſt, nihilominus nullum eſſe teſtamentum: & falſum eſt, quod plerique Dd. putant, fauore tantum filii hic eſſe conſtitutum, vt teſtamentum ſit nullum. Quod ſi mortuo patre in eadẽ ſententia perſeueret filius, iam idem eſt caſus, quo filius abſtinet.

Quid autem ſi fratres alii inſtituti, forte quia legata data ſunt multa, velint ab inteſtato ſuccedere, quia fratre vno præterito teſtamentum ſit nullum. Puto eos non audiri; & hoc velle Iuriſconſultum in *d. l.* 17. vt defendatur voluntas, perinde ac ſi frater præteritus non eſſet in rerum natura. Idemque erit ſi fratres ex æqualibus partibus fuerint inſtituti. Aut dabit ſecundum eas partes prætor poſſeſſionem, aut vtiq; arbiter fam. erc. eas partes ſeruabit, *argum. l.2. Cod. de inoffic. donat.*

Hæc forte ſubtiliora videbantur, quam pro captu tyronum: & ſunt tamen ita comparata, vt à non omnino tardis intelligi poſſint, & ad explicationem huius materiæ neceſſaria ſint: & forte ab aliis non ita accurate explicata. Hæc de teſtamento quod ab initio iure ciuili nullum.

Sequitur magis ad noſtrum textum de teſtamentis initio validis, poſt ruptis & irritis factis, an ſublato vitio, & ceſſante infirmationis cauſa in integrum reſtituantur, & an iure prætorio tantum, an etiam iure

4 iure ciuili. Et prima quæſtio de † rupto eſt, ſiue per agnationem ſui heredis, ſiue per mutationem rumpatur teſtamentum. Et quæritur an reſtituatur in integrum, ſi viuo patre rurſus deceſſerit poſtumus. Reſpondetur in *d. l. poſtumus 12. in pr. de iniuſt. teſt.* licet ſcrupuloſitas iuris refragetur, tamen heredem ſcriptum poſſe petere, ſcilicet ex æquitate, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, & rem obtinere, vt ſcilicet quomodo explicauimus, bonorum poſſeſſio ſit cum re & effectu, nec per proximos ab inteſtato bona auocari poſſint, & perinde ſit ac ſi poſthumus natus non fuiſſet. Itaque plus iuris hic habet ſcriptus heres, quam in priori caſu, vbi teſtamentum iniuſtum initio fuit & nullum. Additur autem in *d. l. 12. in pr.* ita ab Impp. reſcriptum quoque eſſe, vt hoc teſtamentum ſuſtineatur: quippe cum interno vitio laborauerit, non ſufficiebat prætorium ius, vt bonorum poſſeſſionem cum re defenderet heredi ſcripto contra proximos ab inteſtato: niſi acceſſiſſent conſtitutiones Impp. quæ tamen non tam nouum ius ciuile hic fecerunt, quam ius prætorium confirmarunt. Itaque recte dicimus hoc & priori caſu teſtamentum tantum ſuſtineri iure prætorio. Plane ſi poſthumus poſt defunctum patrem decedat, nullo modo poteſt conualeſcere teſtamentum: quia iam ab inteſtato poſthumus heres factus eſt, ad quem caſum pertinent *l. 2. C. de poſth. her. inſt. & l. vlt. C. eod.*

5 Iam de altera ſpecie † ruptionis: Quæritur ſi teſtator poſterius teſtamentum quo prius ruptum erat, inciderit, an prius in integrum reſtituatur. Reſponſum de hoc exſtat in *pen. §. 2. verſ. plane de bon. poſſ. ſec. tabb.* ſi hoc animo incidiſſet tabulas poſteriores, vt priores valerent videri, rediſſe voluntatem recenti iudicio. Et hic animus omnino probandus eſt, imo oportet vt palam iſtud declarauerit teſtator: ceteroquin credimus, eum inteſtatum decedere voluiſſe, & eum poſterioris quoque voluntatis pœnituiſſe. Obiicitur 1. quod in *l. ſancimus 27. C. de teſtam.* prius teſtamentum per poſterius ipſo iure rumpi dicitur 2. quod ita effici videatur [illegible] mentum [illegible] nem nouet [illegible] ad 1. hoc tamen [illegible] prius rumpi ipſo [illegible] ctione noui teſtam [illegible] nihil quidquam de mutatione prioris teſtamento adiecerit: tum etiam, quatenus poſterius teſtamentum vt adhuc in eſſe & exiſtens conſideratur. Plane vbi nihil acceſſit aliud, veluti inciſio, deletio &c. licet aliud teſtamentum factum ſit, attamen prius teſtamentum, vt Dd. loqui amant, eſſentiam formalem & materialem retinet: ergo quid nihil abſurdi eſt, ſi vires accipit rurſus, poſteriori teſtamento cancellato, hac mente & voluntate, vt prior voluntas valida eſſet. Et hinc cum ipſo IC. ad alterum reſpondetur, non conſtitui nouum teſtamentum per illam declarationem, ſed heredem ſcriptum agere ex primo teſtamento: cui ſi exceptio opponatur mutatæ voluntatis per poſterius teſtamentum, ipſe eam elidat per replicationem voluntatis reuerſæ. Ita enim ius eſt, vt quiſquis aliquid petit contra voluntatem defuncti, quæ ſcilic. mutata colligitur, repellatur exceptione doli, *l. 3. §. vlt. de ad m. leg.* Mutat autem voluntatem, qui aliud facit teſtamentum: Itaque ſi heres ex priori teſtamento petit, exceptione doli repellitur: quam exceptionem elidet replicatione doli, ſi probet hac mente inciſiſſe teſtatorem poſteriores tabulas, vt primæ valerent. At quomodo agere poterit heres ex priori teſtamento, quod ipſo iure ruptum eſt? Omnino nulla actio videtur. Equidem puto, durante poſteriori teſtamento eum nulliter acturum ex primo; ſed acturum reſciſſo poſteriori, cum declaratione voluntatis quam diximus. Et videtur, hoc caſu teſtamentum etiam iure ciuili valere: quamuis in *d. l. pen.* de bonorum poſſeſſione ſec. tabb. agatur. Hæc etiam de teſtamenti rupti reſtitutione.

Supereſt, An teſtamentum per capitis diminutionem irritum factum, teſtatore in priſtinum ſtatum reſtituto, & quo iure conualeſcat. Caſus vnus eſt, ſi qui † teſtamentum 6 fecit

fecit, ſe adrogandum dedit, & poſt rurſus emancipatus fuit. De hoc duo ſunt textus, alter in *leg. conficiuntur 8. §. ſi poſt 2. de iur. codicill.* alter in *d. l. penultim. §. 2. de bon. poſſ. ſec. tabb.* In *d. l. 8.* ſimpliciter dicitur teſtamentum valere; qui locus neceſſario, (ceteroquin inexplicabilis eſſet pugna) explicandus & ſupplendus eſt ex *dict. leg. penultim.* ſi aliqua declaratio voluntatis producatur, quod eodem teſtamento mori voluerit. Capitis diminutio media † ſiue maxima vnum habet tractatum
7 ſi princeps damnatum in integrum reſtituerit. De hoc eſt textus in *leg. ſi quis 6. §. penultim. de iniuſt. teſtament.* vbi dicitur teſtamentum confirmari, ad inſtar teſtamenti eius, qui ab hoſtibus captus, aut reuerſus eſt, aut ibi deceſſit: Quæ comparatio ſi in his terminis procedit, in quibus ibidem proponitur, neceſſario efficit, quod teſtamentum hoc etiam iure ciuili validum ſit. Poſſit tamen accipi comparatio quo ad validitatem ipſam, non quo ad modum & gradum; nam & reuerſus ab hoſtibus, retro ſemper in ciuitate creditur fuiſſe, adeo teſtamentum retro etiam ſemper validum fuiſſe, quod nemo dixerit, de eo, qui ob delictum damnatus, & poſt indulgentia principis fuit reſtitutus. Valebit autem procul dubio hoc teſtamentum, citra nouam voluntatis declarationem. Nam qui ſe adrogandum dedit, qui aliud teſtamentum fecit, his modis à priori voluntate ſatis ipſe videtur diſceſſiſſe *dict. leg. penultim. §. 2. de bon. poſſ. ſ. ſec. tabb.* At nihil eſt in damnato ex quo mutatio voluntatis colligi poſſit; quoniam delictum & pœna per ſententiam irrogata, quæ cauſam dedit irritationi, nihil habent, quo afficiant diſpoſitionem ipſam damnati, ſed ab ea plane ſunt remota.

Si ſeptem teſtium ſignis.] Diximus enim, hoc ſolum ſpectari à prætore, in danda bon. poſſ. ſecundum tabulas.

In adoptionem ſe dedit.] Intelligit adrogationem, in quam quiſque ſeipſum dat, vtpote ſui iuris. In adoptionem in ſpecie dictam pater dat liberos.

In adoptiui patris poteſtate.] Supple, aut mortis tempore adhuc ſeruus, aut adhuc deportatus ſit. Nam hos quoque caſus in ſtatim antecedentibus poſuit: & eſt eadem vbiq; ratio. Omnino autem neceſſe eſt, vt tempore mortis ſit ciuis Rom. & ſui iuris: Ceteroquin nec prætor dabit bon. poſſeſſionem *h. §. & l. 1. §. exigit 8. de bon. poſſ. ſec. tabb.*

TEXTVS.

6. Ex eo autem ſolo, non poteſt infirmari teſtamentum, quod poſtea id teſtator noluerit valere: Vſque adeo vt & ſi quis poſt factum prius teſtamentum poſterius facere ceperit, & aut mortalitate preuentus, aut quia eum eius rei pœnituit, id non perfecerit, diui Pertinacis oratione cautum ſit, ne alias tabulæ priores iure factæ irritæ fiant, niſi ſequentes iure perfectæ & ordinatæ fuerint: nam imperfectum teſtamentum ſine dubio nullum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Imperfectio teſtamenti duplex.*
2 *An nuda voluntate tollatur prius teſtamentum.*
3 *De teſtamento poſteriori imperfecto in quo ſcripti venientes ab inteſtato.*
4 *Ad* l. ſi duobus 12. §. 1. de bon. poſſ. cont. tabb.

DEbet hic §. omnino connecti cum §. 2. *& 3. ſup. h. t.* vbi agitur de ruptione teſtamenti per mutationem voluntatis, quæ fit, vt ibi diximus, vel per cancellationem teſtamenti, vel per aliud teſtamentum, & quidem vt Iuſtinian. ait in *d. §. 2.* per teſtamentum iure perfectum & validum *l. 2. l. ſi bina 11. de iniuſt. teſt. l. hac conſult. 21. § 3. C. de teſt. l. ſi iure 18. de legat. 3.* Imperfectio † duplex eſt, ratione ſolemnitatis & volũtatis. Illa ſi forte quinque teſtes tantum in poſteriore adhibiti fuerint, aut teſtes non ſubſcripſerint, ſiue id to- 1

tum omiſſum ſit, ſiue antequam id fieri potuerit, teſtator defunctus ſit. Ratione voluntatis imperfectio dicitur, ſi cum plura vellet diſponere teſtator morte præuentus ſit, vt h. §. dicitur; quod tamen & poteſt referri ad ſolemnitatem, ſi teſtator, qui voluntatem integram ſuam conſcriptam teſtibus exhibuit, vt modo dixi, antequam ſolemnia peragerentur deceſſerit. Manet enim ita teſtamentum imperfectum. Erat tamen hic elegans dubitandi ratio, non quidem tam de iure teſtamenti poſterioris, quam de exceptione doli, & eius viribus, (*argum. l. penultim §. 2. de bon. poſſ. ſec. tabb.*) inter hæredes ſcriptos priori teſtamento & venientes ab inteſtato; quod propter actum illum teſtatoris, qui aliud teſtamentum facere cœperat, hæredes ſcripti priori teſtamento videbantur defici voluntate defuncti, propter quod petentes hæreditatem, arg. eorum quæ ad §. *præc.* diximus, repelli poſſe videbantur, eaque forte dubitatio fecit neceſſariam orationem & conſtitutionem Pertinacis, qui pronuntiandum eſſe putauit pro teſtamento. Vbi ſuperuacuum eſt monere orationes principum in Senatu haberi ſolitas, aut ad Senatum miſſas, quas poſt ſequebantur Senatuſconſulta. Et quia principis autoritas totum hic faciebat, ideo etiam Leges dicebantur: velut ita Capitolin. de Pertinace. Legem tulit, inquit, vt teſtamenta priora non prius eſſent irrita, quam alia perfecta eſſent. Vbi tamen non parum obſtat *l. Clodius 97. de adquiren. hæred.* Qui fecerat teſtamentum perfectum, poſt eundem hæredem in alio teſtamento inutiliter inſtituerat. Secundum iam dicta reſpondendum erat, teſtamentum prius manere firmum; at vero contra, dicitur pronunciatum, patremfam. inteſtatum deceſſiſſe. Accurs. fingit, ibi hæredem deceſſiſſe, antequam ex priori teſtamento poſſet adire hæreditatem; quod diuinatorium eſt, & caret ratione dubitãdi. An [illegible] eſt in eodem hęrede? An poſterius teſtamentum ſolenne & perfectum fuit, ſed ex [illegible] cauſa inutilis inſtitutio? An potius Papinianus ibi contra opinionem Pauli pronũciauit, & habuit pro repudiante [illegible] adire conatus erat ex teſtamento. [illegible] etiam vbi ꝙ teſtator progreſſus eſt ad [illegible] dum nouum teſtamẽtum, integrum manet prius, vbi poſterius non habet perfectionem ſuam, tanto magis integrum manebit teſtamentum, ſi ſolummodo dixerit teſtator, ſe teſtamentum prius nolle valere. Potentius enim operantur facta quam verba. Et ratione hac communiter vtuntur Interpp. ob quam negant irritari teſtamentum prius, ſi teſtator ſaltem hoc dixerit, quod illud valere nolit, vtcunq; dixerit hoc coram ſeptem teſtibus. Poterat enim teſtator ad factum procedere, & ſi forte, aut non eſſet voluntas, aut ſpatium deeſſet faciendi, teſtamentum incidere; quod vbi non fecit, ſed prius teſtamentum in ſuo ſtatu reliquit, creditur non ſatis ſerio voluntatem priorem improbaſſe; cum nec ſit proportio inter nudam voluntatis declarationẽ, ad teſtamentum tam ſolemniter conditum; niſi tamen poſt declarationem, ſe valere teſtamentum nolle, factam ſaltem coram tribus teſtibus totum decennium effluxerit; quod introduxit Iuſtiniani conſtitutio in *leg. ſancimus 27. C. de teſtam.* quamuis Dd. communius computent id decennium à tempore facti teſtamenti; forte, quod tũ vetus teſtamẽtum vetuſtate ipſa ſua laborare videatur; & nõ ſatis clara ſunt verba Iuſtiniani. Videntur autem hæc reſtringenda ad inſtitutionem, ſecus eſſe in legatis *l. militis 36. §. pen. de milit. teſt.* loquitur enim de veterano, & vtitur communi ratione, quod exceptio doli obſtet ijs, qui petunt contra voluntatem diſponentis, licet diſerte expuncta legata non ſint, per *l. 3. §. vlt. cum ſeqq. de adim. legat.* Amplius ex *l. cum quidam 12. de his quibus vt ind.* videtur probari ob mutatam voluntatem, hæredibus priori teſtamẽto ſcriptis auferendam eſſe hæreditatem, ſed ſane in eo caſu teſtamentum alterum quo ad ſolennia perfectum; hoc ſaltem laborauit, ꝙ hæredes ſcripti eſſent incapaces. Qui tamen caſus notãdus eſt. Limitatio autem Dd. quam refert Mynſ. niſi teſtator addiderit, ſe velle inteſtatum decedere, vitioſa eſt, & caret ratione

&

& euertitur per *d l.36. de mil.teſt.* Neq; verba in
*l.1.§.ſi hæres 8. vnde lib. alia ratione voluntatem mu-
tauit, &c.* ita abſurde contra rationẽ textus ex-
plicanda & accipienda ſunt. Quid porro ſi te-
ſtamentum nuncupatiuum ponamus, quod
nuda declaratione voluntatis perficitur? An
hic nudam contrariam voluntatem dicemus
ſufficere ad reuocationem? Et ita quidem
Hottom. & Weſemb. hic putant, & pro illo-
rum opinione facit vulgatiſſimum illud: V-
numquoq; eo modo diſſolui quo colligatum
eſt. Et non inuitus in hanc deſcenderim ſen-
tentiam, ſi & legata & inſtitutiones nomi-
natim fuiſſe reuocata coram ſeptem teſtibus
ponamus. Vbi tamen interim, quia & tex-
tibus, & autoritatibus alijs deſtituor, ſub-
ſiſtendum puto. An dicimus tolli ope exce-
ptionis non ipſo iure, vt videtur velle *Angel.
hic*, nam idem male diſtinguit, an ſit redactum
in ſcripturam nec ne; quoniam ſcriptura
tantum ad probationem pertinet, non ad
eſſentiam. Ceterum iſta regula, teſtamen-
tum prius non ſolui, niſi per poſterius
iure perfectum, exceptiones quoque ſuas
habet. Et prima expedita eſt, imo pene ex-
ceptio non eſt in milite, qui poſterius teſta-
mentum condidit iure militari; *leg. 2. de iniuſt.
teſtament.* hoc enim teſtamentum, aut perfe-
ctum dicitur in ſuo genere, aut vtiq; omnes
effectus perfecti teſtamenti habet. Altera eſt,
3 ſi in poſteriore † imperfecto ſcripti ſint ve-
nientes ab inteſtato, vt eſt in *d.l.2.* Et quidem
ſi inter liberos tantum teſtamentum fecerit
parens, non dubium eſt rumpi prius, quando
quidem & illud eſt priuilegiatum teſtamentū
l. hac conſultiſſima 21.§.1. *C. de teſtam.* N. 107. Sed
quoad alios venientes ab inteſtato, non appa-
ret, quomodo hi ex teſtamento imperfecto
vindicare poſſint hæreditatem. Nedum vide
tur expedire d. conſtitutio *d. l. 21. §. ſi quis autẽ
9. C. de teſtam.* vbi Imp. conſtituit vt poſterior
voluntas imperfecta ſuſtineatur tamq̃ volun-
tas ab inteſtato, ſi non pauciores quinq; teſti-
bus adfuerint, ad eo iure codicillorum. *l.8. C.
de codicill.* At cum codicillus non poſſit rumpe-
re teſtamentum, efficietur ita, vt priori teſta-
mento ſcripti hæredes, intelligantur quaſi ta-
cite rogari, venientibus ab inteſtato reſtitue-
re hæreditatem. Sed hoc non patitur *d.l.21.§.
3.* quę prius teſtamentum vult infirmari. Et in
huiuſmodi ſanctionib. nouis Impp. poſterio-
rum, fruſtra quærimus accuratam iuris ratio-
nem, & hic erit effectus, vt nulla detracta que
rela per hæredes ſcriptos priori teſtamento,
ꝙ infirmatum dicitur, iuxta partes poſteriori
volũtate adſcriptas diuiſio per arbitrum fiat.
Videatur autem hinc poſſe colligi, quod eſt
in *d.l. 2. de iniuſt. teſt.* à Triboniano additum eſ-
ſe. Id quidem exiſtimat alibi Ant. Fab. ſed fal-
ſum eſſe mox oſtendemus. Quæritur enim
adhuc amplius, quid iuris, ſi teſtamentum nõ
ſit quidem imperfectum ob ſolennitatum a-
liarum defectum, ſed ſit nullum v.c. ob præte-
ritionem filij. Et magis videtur ad hunc caſum
non pertinere diſpoſitio *d.l. hac conſultiſſima 21.
§.3. C. de teſtam.* Quoniam autem teſtamentum
rumpitur per filij natiuitatem, fruſtra in his
terminis quæremus, an per præteritionem in
ſecundo teſtamento, filij poſt nati prius te-
ſtamentum irritetur, quod iam per natiuita-
tem erat ruptum. Itaque ponendus hic eſt ca-
ſus *l. ſi duobus* 12. §. 1. † *de bonor. poſſeſſ. contr. tabb.* 4
qui locus ſatis obſcurus, & fortaſſis hacte-
nus non recte acceptus, dignus eſt, in quo
elaboremus, & ſperamus gratiam à ſtudio-
ſis, ſi eum diligentia noſtra extricauerimus.
Proponitur ibi filius primo teſtamento ex-
hæredatus, adeo teſtamento valido; mox in
ſecundo præteritus. Quæritur an habeat bo-
norum poſſeſſionem contra tabulas: Quæ-
ſtio in eo eſt, an habeatur pro præterito, an
pro exhæredato; præterito enim datur ea bo-
norum poſſeſſio, exhæredato non datur *l. non
putauit 8. de bon. poſſ. contr. tabb.* Si poſterioris te-
ſtamenti nullam plane rationẽ habemus, ha-
bebitur filius pro exhæredato, & excluſus erit
à bon. poſſ. contr. tabb. Sin iſtud quoq; in cõ-
ſiderationẽ admittimus, habebit bonorũ eam
poſſeſſionem. De quo cum tractetur in *d.
l.12.§.1*, illud ante omnia conſequens eſt, agi
ibi de filio, qui eſt in poteſtate; quod ſi enim
emancipatus eſſet, teſtamentum iure ci-
uili validum, omnino prius teſtamentum ru-

[illegible]ſſet, nec poſſet dubitari, quin filio emancipato præterito, daretur bon. poſſeſſio contra tabulas. Cum autem filius ſit in poteſtate, cuius præteritio facit teſtamentum nullum videbatur nulla quoque huius teſtamenti habita ratione, filio vtpote teſtaméto priori quod infirmatum non eſſet, exhæredato, bonorum poſſeſſio eſſe neganda. Diſtinguitur autem ibi, an fuerint inſtituti poſteriori teſtamento, qui remoto filio poſſent petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabb. & ita excludere hęredes ſcriptos priori teſtamento; & ſcilic. an poſteriori, ſcripti ſint, qui alias ab inteſtato ſucceſſiſſent; an vero poſteriori teſtamento ſcripti ſint, qui ab inteſtato remoto filio licet, ſuccedere non potuiſſent. Et vt ait Iuriſconſultus: Ita ius habet, vt cum is contra quem filius petit bonorum poſſeſſionem, amoto filio poſſit obtinere hæreditatem, filius quoq; recte videatur petere bonorum poſſeſſionem; ſi vero ille non poſſit obtinere hæreditatem, filius quoq; excludatur. Fingamus filium primo exhæredatum, mox præteritum ſecundo teſtamento, poſt illud deceſſiſſe: Hic filio remoto potiores & proximi ſunt in hęreditate venientes ab inteſtato: In ſecundo teſtamento ſcripti ſunt hęredes. Ait ICtus eos poſſe petere bonorũ poſſeſſionem ſecũdum tabulas: & inde infert filium ſi adhuc ſuperſtes eſſet, præteritũ, contra hos ſecundo teſtamento ſcriptos poſſe bonorũ poſſeſſionem, vel poti⁹ poſſe contra teſtamentum petere: quoniam hæc poſſeſſio non contra hæredem, ſed lignum dari dicitur. [illegible] quo neceſſario infertur & hoc, teſtamentũ [illegible] in quo præteritus eſt filius iſto caſu [illegible] ſcripti alij proximi venientes ab inteſtato, non eſſe vtiq; iure prætorio nullum, [illegible] ſecundum illud bonorum poſſeſſioné [illegible], & re, & ita ſimul teſtamentum [illegible] filius exhæredatus fuit, pro infirma [illegible]. Et huc refero, quod ſupra retuli ex [illegible] teſtamentum perfectum rum[illegible] imperfectum, in quo inſtituti fuerunt [illegible] ab inteſtato. Intelligo autem rum[illegible] iure ciuili, ſed prætorio, quo ſcriptis poſteriori teſtamento [illegible] ſecundum tabulas, cum re: & [illegible] non det bon. poſſeſſioné [illegible] ſigna ſeptem teſtium, intelligo [illegible] ctum in numero teſtium, aut in [illegible] qua alia ſolemnitate, quam requirit [illegible] veluti ſubſcriptione teſtium, [illegible] exhæredatione filij; nam & cum imperfectum teſtamentum ſit nullum, nec abſurde ſuo ſenſu quod nullum eſt, imperfectum dici poteſt. Ex quibus confirmantur duo, quæ ſupra diſputauimus, 1. teſtamentum in quo filius pręteritus eſt, iure prætorio non haberi penitus pro nullo, 2. filio præterito licet remoto & abſtinente, hæredes tamen plane extraneos, & qui ab inteſtato venire non poſſunt, bonorũ poſſeſſionem cum effectu obtinere nõ poſſe. Et hoc diſerte probat alterum mébrum ICti in *d. l. 12. §. 1. de bon. poſſ. cont. tabb.* ſi ſcriptus ſecundo teſtamento, quo filius præteritus fuit, non poſſit obtinere hæreditatem remoto filio; tunc nec filium poſſe petere bonorum poſſeſſionem; id eſt, poſterius teſtamentum penitus fore nullum, & filium habédum pro exhæredato iuxta teſtamentum prius. Non piget in explicando tam inſigni loco paulo fuiſſe prolixiorem. Iam in textu noſtro ad alia pergamus.

TEXTVS.

7. Eadem oratione expreſſit, non admiſſurum ſe hæreditatem eius, qui litis cauſa principem reliquerit hæredem, neq; tabulas non legitime factas in quibus ipſe ob eam cauſam hæres inſtitutus erat, probaturum; neq; ex nuda voce nomen hæredis admiſſurum: neq; ex vlla ſcriptura, cui autoritas iuris deſit, aliquid adepturum. Secundum hoc DD. Seuerus & Antoninus ſæpiſſime reſcripſerunt. Licet enim inquiunt, legibus ſoluti ſimus, attamen legibus viuimus..

Commentarivs.

LIceat nobis hic aliquid, ſed breuiter dicere de hoc enuntiato, quo princeps Legibus dicitur eſſe ſolutus, aut de quæſtione, An ſit ſolutus. In vtramque partem multa diſputantur, quibus conciliandis triplicem fere video adhiberi diſtinctionem. Prima eſt, inter vim, vt loquuntur coactiuam, & directiuam, ſecundum hanc non ſolutum eſſe LL. principem, ſed ſecundum illam. Sed qui ita diſtinguunt, reuera affirmant principem LL. teneri: hæc enim quæſtio pertinet ad vim directiuam: An princeps teneatur & obſtrictus ſit Legibus, alia autem quæſtio eſt, de modo adigendi, vt quis pareat, & puniendi non parentes; nam & ſæpe priuati improbi homines, audacia & impudentia, aut precio eludunt & euadunt vim Legum. Altera eſt diſtinctio, principem eſſe ſolutum LL. quatenus hæ conſiderantur, vt inſtrumentum adminiſtrandi Rempubl. quia pro vt ſtatus exigit, princeps LL. mutare poſſit. Sed hi quoque reuera non diſtinguunt, ſed principem LL. qua adhuc in vigore ſuo ſunt, obligatum eſſe affirmant: nam & optimates in Ariſtocratia hactenus ius habent, vt LL. nouas ferre poſſint. Longe autem plus eſt, ſolutum eſſe Legibus principem, videlicet eas principi non eſſe latas, & eo eas principem non obligare, nec ad obedientiam nec ad pœnam. Tertia diſtinctio eſt inter poteſtatem principis ordinariam & extraordinariam. Sed iſta diſtinctio ceteris fere ineptior eſt, & in primis qui ita diſtinguit, itidem non diſtinguit, ſed Legibus principem obligatum affirmat: quoniam hæc quæſtio eſt de ordinaria principis poteſtate: ceteroquin exigentibus aliquando id neceſſitatibus reipub. & ex cauſis vrgentibus principem poſſe à regia via deflectere, vt loquuntur, communis Politicorum traditio eſt. Et vero ego exiſtimo principem eiuſmodi, qui habet ius vtendi poteſtate extraordinaria, omnino Legibus eſſe oportere ſolutum, alias poteſtate hac vti non poſſet. Huc enim omnino pertinet diſtinctio Ariſtotelis, inter regnum legitimum & παμβασιλείας. Regni legitimi ſpeciem facit regnum Spartanum: & vero hunc Regem quippe qui domi extra bellum haut paulo maiorem habebat poteſtatem quam priuatus, vt teſtatur Xenoph. de rep. Spart. conſtat non fuiſſe legibus ſolutum, nec potuiſſe vti vlla extraordinaria poteſtate. De vero autem Rege & Monarcha quæſtio eſt, cuius arbitrio omnia gubernantur. De quo rurſus Ariſtotelis doctrina eſt: debere eum ciuibus omnibus antecellere virtute, & ob id ei Leges ferri non poſſe nec debere. Rari quidem ſunt eiuſmodi principes, verum ex quo quis princeps & Rex verus eſt, pro eo habendus eſt, ac ſi omnibus ſubditis excellentior eſſet: quæ excellentia & dignitas neceſſario liberat principem ab obligatione Legum. Et quiſquis penſiculatius de hac re cogitabit, is animaduertet, eum qui eſt obſtrictus Legibus, neceſſario oportere eſſe ſubiectum aliqua ratione: quod à principis dignitate eſt alienum: Et recte de hac principis dignitate Iuſtin. (quámuis eius alias autoritas hac in re parum faciat) *in N. 105. in fin.* quod Deus Leges principi ſubiecerit. Et nimirum hoc eſt ius principis. Diuerſa eſt ab hac dignitate, conſideratio officii principis, qui ſecundum LL. quas ſubditis ipſe præſcribit, viuit, non quod illis ſit obligatus, ſed vt exemplo ſuo ipſos ſubditos ad parendum & obſeruandum LL. inuitet. Notum eſt illud

—— Non ſic inflectere ſenſus
Humanos edicta valent, quam vita regentis.

Et inuidioſum eſt, principem exigere à ſubditis obſeruationem LL. quas contemnit ipſe. Atque hinc explicantur omnia quæ ex iure noſtro afferri ſolent ex *l. digna vox C. de LL. l. 3. C. de teſtam. l. 23. de legat. 3.* Nimirum principes boni, vt exemplum præberent ſubditis, Legibus ſe viuere velle reſcripſerunt: idque non neceſſitatis (& ſcil. obligationis,) ſed de debito honeſtatis eſſe Interpretes veteres iam olim, *Cyn. Bart. Bald. Salic. in l. 4. C. de LL.* adnotarunt. Eodemque pertinet, quod *Plin. in Paneg. ad Traianum.* Legibus te ſubieciſti, quas nemo

nemo principi ſcripſit. Et hæc duo quæ diximus, ius & officium principis optime coniunxerunt Impp. Seuerus & Anton. hoc §. relati: dum reſcripſerunt, ſe legibus ſolutos quidem eſſe (quod eſt a iure & dignitate principis) Legibus tamen viuere, quod propter exemplum officium principis exigere quodammodo videtur. Hæc eſt quæſtionis huius explicatio breuis (poſſent enim longe plura dici) ex rationibus politicis. Proprie ad rempub. Romanam pertinet, quod olim quidam ſinguli ciues ob excellentiam & virtutem ſingularem, vna aliqua Lege ſolui ſolebant: v. c. vt citius magiſtratum caperent, vel nondum tranſacto legitimo tempore rurſus eundem magiſtratum caperent. Poſt cum princeps omnibus haberetur excellentior, ſemel Lege lata, cautum fuit, vt princeps omnibus LL. ſolutus eſſet: (quam puto eſſe ſententiam Vlpiani *in l. princeps 31 de LL.*) quod ſatis diſerte, & in hanc quoque ſententiam SCtum eſſe factum, ſcribit *Dio. lib. 53.* Illud vix monendum videtur, cum per ſe liquidum ſit, pertinere hanc quæſt. ad LL. ciuiles, nam iuris naturæ & gentium LL. princeps qua homo tenetur. Ex quo vulgatum illud: principem ex contractibus ſuis, vt priuatum, obligari. Nec illud quoque controuerſum eſt, principem obligari Legibus fundamentalibus Regni, & in quas præſertim quiſque initio Regni ſuſcepti iurare ſolet. Bonorum porro principum exemplum ſecutus eſt Pertinax, cuius hoc §. refertur oratio: qua in ſpecie ſe Leges teſtamentarias obſeruaturum quaſi obligauit. Et 1. in genere: (quod poſteriori loco refertur) ex nulla ſcriptura cui deſit autoritas iuris aliquid adepturum. Et igitur non capiet hereditatem inſtitutus teſtamento quod coram 5. aut 6. teſtibus factum eſt, licet iſtud ſufficiat ad ſolemnitatem i[illegible] gentium implendam.

[illegible]einde in ſpecie, conſtitutio ciuilis eſt [illegible] debere alicuius conditionem deterio[illegible]eri ex alieno facto, nec obiici duriorem [illegible] *l. 1. & l. t. de al. iud. mut. cauſ. & t. C. ne lic. potent.* Huic ſe ſubmiſit Imp. profeſ[illegible] admiſſurum hereditatem eius, qui lit[illegible] eam ſibi reliquerit, quod inuerecundum eſſe & calumniæ obnoxium ſcribit Paulus *in l. pen. de hered. inſtitut.* Ex quo gloſſ. hic notat ſpeciale eſſe in principe, quod alias edictum *de alien. iud. mut.* ad legata & inſtitutiones non pertineat *l. ex hoc 8. §. 3. de alien. iud. mut.* nam & in ſimilibus, deterior cauſa eſt fiſci, per *l. 2. 3. & 4. C. ne fiſ. vel reſp.* durum enim eſt cum his litigare. Alii diſtinguunt an dolo, vel ſine dolo, tale quid factum ſit, & huc referunt *d. l. 8. §. 3.* Conſtitutio quoque ciuilis eſt, ex tabulis non legitime factis non poſſe adiri & peti hereditatem. Quidam cum non legitimas feciſſet, quas tamen valere cupiebat, inſtituit Imperatorem. Negauit Imp. ſe eas probaturum. 3. Conſtitutio legitima eſt, (dependent autem hæc ex ſe inuicem) teſtamento iuſto heredem inſtitui oportere, non ſimplici & temeraria quadam iactatione & nuncupatione: ſecundum hoc Pertinax quoque negauit ſe ex nuda voce admiſſurum nomen heredis, quod firmatur *ex l. vlt. de teſtam.* Huc quoque referendum eſt, quod ſcribit *Paulus 4. ſent. 5.* inofficioſum argui poſſe teſtamentum, licet Imp. in eo heres ſcriptus fuerit. Procul dubio improbitas anteceſſoris Commodi cauſam præbuit Pertinaci optimo ſeni, vt oratione ſua declararet, ſe aliis moribus & rationibus imperium adminiſtraturum, & de eo Capitolinus. Ipſe, inquit, profeſſus eſt, nullius ſeſe aditurum hereditatem quæ aut adulatione alicuius delata eſſet, aut lite perplexa, vt legitimi heredes & neceſſarii priuarentur. Sed Commodus forte ſecutus eſt Domitianum, de quo Sueton. confiſcabantur alieniſſimæ hereditates, vel exiſtente vno qui diceret, audiuiſſe ſe ex defuncto, dum viueret, heredem ſibi Cæſarem eſſe: contra quam improbitatem extat etiam Edictum Impp. *in l. nolumus 20. C. de teſtamentis.*

AD

AD TITVLVM XVIII.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE INOFFICIOSO TESTAmento.

TEXTVS.

1. Quia plerunque parentes ſine cauſa liberos ſuos exheredant, vel omittunt, inductum eſt vt de teſtamento inofficioſo agere poſſint liberi, qui queruntur, aut inique ſe exheredatos; aut inique præteritos: hoc colore, quaſi non ſanæ mentis fuerint, cum teſtamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quaſi vere furioſus ſit, ſed recte quidem fecerit teſtamentum, non autem ex officio pietatis. Nam ſi vere furioſus ſit, nullum teſtamentum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Quale remedium ſit querela.*
2 *Teſtamentum inofficioſum quod*
3 *An* N. 115.cap.3.*pertineat ad præteritionem maternam.*
4 *Præteritio cum vel ſine cauſa.*
5 *An teſtamentum non factum iuxta* d. N. 115.*ſit ipſo iure nullum.*
6 *An hodie in linea recta locus querelæ.*
7 *Reſciſſo teſtamento per querelam an debeantur legata.*
8 *Quæ ſalua maneant, vitiata inſtitutione.*
9 *An hodie ſit vtendum colore furoris.*

DIximus tit. præced. de modis quibus teſtamentum ipſo iure infirmatur: ſequitur, quomodo reſcindatur per ſententiam, ſi inſtituta querela inofficioſi contra illud pronuntietur. Ante omnia explicandum eſt, quod & quale remedium ſit † querela, an 1
actio quædam ordinaria, an imploratio ſaltē officii iudicis nobilis, vt loquuntur. Et Dd. communius teſte Iaſone *in l. 1. C. h. t.* putant querelam debere præcedere, & demum reſciſſo per ſententiam teſtamento, ſequi petitioné hereditatis. Nec negauerim poſſe querelam aliquando ſolá intentari, & fuiſſe olim etiam intentatam, & quidem coram iudicio centumuirorum, vt probat *l. Titia 13. h. t. l. vlt. C. de liber. præt. l. qui repudiantis 17. h. t.* & quod *Cicer. 1. de orat.* inter cauſas centumuirales refert controuerſias de teſtamentis ruptis & ratis: itaque procul dubio in inſcriptione *l. 7. h. t.* legendum eſt, *centumuiralibus.* eoque fit quod aliquando agit & vincit querela, qui ius ſuccedendi non habet *l. 6. §. 1. h. t.* Sed expeditius fuit, & frequentius ita obtinuiſſe puto, vt peteretur recta hereditas ex cauſa inofficioſi: Vnde *in l. ſi quis 34. in pr. C. h. t.* dicitur petitio hereditatis inſtituta nomine inofficioſi, & ex inofficioſi cauſa *l. filium pen. in fin. pr. de bon. poſſ. cont. tabb.* Facit quod iuxta *l. nam etſi 16. in fin.* victor in iudicio inofficioſi, ſtatim vtitur actionibus hereditariis: & *in l. tum qui 21. in fi.* per querelã inofficioſi dicitur euicta hereditas, & *in l. ſi inſtituta 27. §. de inofficioſo 3. h. t.* per querelam dicuntur vindicari facultates, quæ falſo dicerentur, ſi in querela tantum de reſcindendo ſimpliciter teſtamento ageretur: eademque de cauſa emancipatus acturus querela agnoſcit bonorum poſſeſſionem *l. 6. §. vlt. & l. 7. h. t.* Et hoc intuitu puto querelam appellari actionem *in l. nihil 12. in fi. l. nam etſi 15. §. 2. h. t.* Facit optime *l. 1. Cod. h. t.* (in qua alias explicanda & eius ratione reddenda laborant Dd.) vbi querela dicitur dari aduerſus fideicommiſſarium, id eſt, petitio hereditatis ex cauſa inofficioſi: vt perinde teneatur (vt eſt in d. l. 1.) ac ſi pro herede vel poſſeſſione poſſideret: quæ proprie eſt nota petitionis hereditatis *l. regulariter 9. cum ſeqq. de petit. her.* Obiiciunt 1. *l. qui de 20. in fi. h. t.* vbi ait Iuriſconſultus, cum qui de in-

de inofficioſo dicit, mouere debere petitionem hereditatis. Reſp. vel quod paulo ante dixi, poſſe aliquãdo querelam ſeparatim moueri: vel potius, non eſſe eam ſententiã ICti, quod poſt querelam demum debeat moueri petitio hereditatis, ſed potius, quod qui vult dicere teſtamentum inofficioſum, debeat mouere petitionem hereditatis. Deinde obiiciunt, quod petitio hereditatis fuerit mota coram iudice pedaneo, vtpote quæ ſit actio ordinaria, querela autem coram iudicio centumuirali: cum & hoc videatur excedere poteſtatem iudicis pedanei, vt reſcindat teſtamentum. Reſp. tum quod iudex autoritate prætoris qui eum dederit, pronunciet contra teſtamentum: tum quod in arbitrio prætoris fuerit, pro qualitate negotii, cauſam mittere vel ad iudicem pedaneum, vel ad iudicium centumuirale, quod eum vbi de iure quæſtio erat, feciſſe probabile eſt: etiam tum quoque vbi ſine querela inofficioſi petitio hereditatis mouebatur: cum & *Cicero 1. de orat.* cauſas hereditarias referat inter centumuirales, quin diſerte petitio hereditatis ad centumuiralia iudicia refertur *in l. vlt. C. de petit. hered.*

Denique obiiciunt (cui etiam argumento nec reſponderi poſſe putat Iaſon *in d. l. 1. C. h. t.*) quod petitio hereditatis detur vero heredi contra falſum heredem: ſed querela detur contra heredem ei qui heres non eſt, ſed facilis reſponſio eſt, quod querela detur ſub colore, quod furioſus fuerit teſtator, adeoque filius exheredatus tamquam ab inteſtato vindicet hereditatem, ita vt ſcriptus heres pro falſo herede & iniuſto poſſeſſore habeatur. Ex quo eſt, quod, vt ſupra dixi, emancipatus acturus querela agnoſcat bonorum poſſeſſionem, & ſcil. Vnde liberi, *l. 6. § vlt. & l. 7. h. t.* Effectu tamen cum noſtra ſententia incidit, quod Ioh. Faber & alii hic notant, poſſe cumulari iudicium querelæ, & petitionem hereditatis: vt quis petat reſcindi teſtamentum vt inofficioſum eoque reſciſſo ſe declarari heredem, & bona ſibi reſtitui. Iam ad textum noſtrum accedamus.

Inofficioſ[illegible] quiſquis her[illegible] mento, vel etiam [illegible] teſt dici contra officium [illegible]. Sed [illegible] dicitur inofficioſum [illegible] teſtamentũ, quo in parentes & liberos & fratres (turpi inſtituto herede) principaliter exheredando aut prætereundo peccatum eſt. Prima cauſa eſt liberorum, quibus ipſo iure naturæ parentum bona debentur *l. 7. in pr. de bon. damnat.* itaque pietas ſuadet, vt etiam bona vel certe aliquid, (vt poſt dicemus) iis relinquatur, quod ſi parentes non faciant, contra pietatem feciſſe dicuntur, *h. textu in fin. l. 2. h. t.* & iniuriam liberis facere *N. 115. cap. 5.* Et hæc nimirum eſt intentio eius qui agit hoc iudicio, quod per iniuriam inique & immerito ſit aut exheredatus aut præteritus, *h. text.* vbi hoc factum eſt ſaluo teſtamento, & adeo exheredatus eſt à patre vel præteritus à matre, cuius ſilentium eſt pro exheredatione quoad hoc vt teſtamẽtum ſit validum *§. vlt. ſup. de exhered. lib. l. ſi patronus 12. de bon. l. b.* Recte tamen, contra quam *Hottom. & VVeſemb.* hic cenſent, vtrumque expreſſit Iuſtin. hic, exheredãt (patres) vel omittunt, (matres) quoniam vtique præteritio matris reuera exheredatio non eſt, ſed effectu tantum pro exheredatione habetur. Præteriti à patre non vtuntur querela, ſiue ſint in poteſtate, qui dicunt teſtamentum nullum, querela autem contra teſtamentum iure validum datur, nec datur querela vbi alio remedio locus eſt §. *tam autem infra h. tit.* ſiue ſint emancipati: quoniam hi iure ciuili pro extraneis ſunt, & nulla præteritio patris exheredationis loco eſt, ſed vtuntur illi bon. poſſeſſione contra tabulas. Sed cur opus fuit prætendere colorem furoris? *h. textu l. 2. & 5. L. Titia 13. in fin. l. mater 20. verſ. præterea h. t. l. nec fideicomm. 36. de legat. 3.* Puto ſcrupuloſitatem iuris huic rei cauſam dediſſe, cum L. XII. Tabb. plenam facultatem dediſſet diſponendi *vti quisque legaſſit. ita ius eſto*: color aliquis quærendus fuit, quo vtentes liberi expugnare poſſent teſtamentum. Color ſcilicet iſte tantum fuit: ceteroquin vt hic addit Iuſtin. poſt IC. *in l. 2. h. t.*

l. 2. h. t. ſi vere furioſus fuiſſet, teſtamentum initio eſſet nullum. Conſtat porro iure veteri ſatis fuiſſe ad validitatem teſtamenti, ſimpliciter filium fuiſſe exheredatum, quæ poteſtas cum conceſſa eſſet parentibus, factum inde ait Theoph. vt neceſſaria eſſet querela, quod ea poteſtate non raro parentes abuterentur. Hodie cõmuniſſime putant Interpp. poſt *N. 115. cap. 3.* ad validandum teſtamentum non amplius ſufficere ſimplicem exheredationem, ſed requiri qualificatam cum cauſæ adiectione, qua omiſſa putant teſtamentum quo ad inſtitutionem ipſo iure eſſe nullum: de cuius Nouellæ interpretatione & ſententia ſupra non ſemel promiſimus h. t. nos eſſe acturos: quod iam præſtandum eſt. Deſcri-
3 pſit ex ea conſtitutione † *Auth. ex cauſa C. de lib. preter.* Irnerius, quæ non paruam errandi cauſam Doctoribus præbuiſſe videtur, & in primis, vt de quauis præteritione etiam patris d. Nou. acciperent. Ita enim in genere loquitur Auth. ex cauſa exheredationis & præteritionis irritum eſſe teſtamentum, quãtum ad inſtitutiones, cetera ſalua permanere. Debebant autem animaduertere, non aliter loqui Iuſtin. *d. N. 115. cap. 3.* quam hoc loco, vbi ait, *parentes exheredare aut omittere liberos*: & ſtatim, *exheredatos aut præteritos*: ita vt citra controuerſiam, exheredatio patris, & præteritio matris intelligatur. Ita enim & in d. N. ſancit, non licere patri aut matri, liberos ſuos exheredes facere aut præterire teſtamento, vt nimirum non liceat exheredare patri, non liceat præterire matri. Idque hinc quoque euidenter oſtenditur 1. quod vt apparet ex *d. N. 115. cap. 5.* hic vnicus fuit ibi ſcopus Iuſtiniani, vt iniuriam exheredationis & præteritionis auerteret à liberis, quæ olim illis hoc modo inferebatur. Atquin vbi pater præterierat liberos iniuria liberis non inferebatur, ſed filii quidem teſtamentum nullum dicebant, filiæ & nepotes ius adcreſcendi ad certam portionem habebant. iuxta *pr. ſup. de exher. lib.* At vbi pater exheredauerat, mater præterierat, iniuria inferebatur liberis, quæ per querelam inofficioſi vindicanda erat, quæ tamen vix fieri non poterat, ſi pater vel mater quocunque titulo legitimam reliquiſſent: vtcunque liberi merentiſſimi & optimi fuiſſent, itaque tum iniuria illa manebat, qua de cauſa in d. N. conſtituit Iuſtin. vt non ſufficeret amplius relinqui legitimam titulo particulari, ſed omnino inſtitui liberos, aut per iuſtam exheredationem excludi voluit, de quo poſt dicemus. Amplius hæc ſententia confirmatur, quod Iuſtin. non vult licere amplius, quod olim licebat. At non licebat olim impune, ſaluo & integro teſtamento, patri liberos præterire, ſed vt diximus, remedium aliud liberis tum paratum erat. Licebat autem ſaluo penitus & firmo teſtamento ſimpliciter exheredare patri & præterire matri. Et igitur tantum ad præteritionem matris & exheredationem patris ea conſtitutio Iuſtiniani pertinet. Hoc primum igitur conſtituimus: vbi præteriit liberos pater, teſtamentum ita nullum eſſe & manere, vt nec legata debeantur: quoniam de hoc caſu d. N. non loquitur: idque ſiue præterierit pater liberos iam natos, ſiue naſcituros & poſthumos: hi enim iam olim quoque nati rumpebant teſtamentum, vbi ſe præteritos reperiebant: ſed tum demum iuxta conſtitutionem N. 115. annullata inſtitutione, quæ diſpoſuit præterea teſtator, ſalua erunt, quando pater aut mater contra præſcriptam ibi formam liberos exheredarunt aut præterierunt. Forma autem præſcripta eſt, vt exheredatio patris, & matris præteritio fiat cum cauſa, & quæ ſit ex earum numero, quas ibi recenſet Iuſtinianus. Vbi ſtatim quæritur, † quomodo præ- 4
teritio fieri poſſit cum cauſa, vt non videatur eſſe exheredatio, præſertim poſt conſtitutionem eiuſdem Iuſtin. *in l. 3. C. de lib. præter.* vbi ait filium intelligi exheredatum, ſi pater dixerit: *Filius alienus ſit meæ ſubſtantiæ*, vt ſenſus magis quam verba ſpectentur. Et igitur ſi ſcripſerit mater, prætereo filium, quia mihi manus intulit, exheredatio potius erit quam præteritio. Et an conſtitutione igitur d. N. 115. cap. 3. factum dicemus, vt mater quoque

 reipſa

ſeipſa habeat neceſſe exheredare liberos? Id ſane non fuerit ad mentem, certe non ad verba Iuſtiniani *in d. N.* 115. vbi expreſſe exheredationem à præteritione diſtinguit. Præteritionem itaque dicemus eſſe, ſi mater ſimpliciter ita dixerit: filius meus intulit mihi manus, &c. vel ſi leget alicui ex liberis, verbi cauſa, decem, quia ingratus erga eam fuerit, hæc fuerit præteritio cum cauſa, vix autem dici poſſit exheredatio. His ita conſtitutis
5 ſupereſt ea principalis † quæſtio, ſi exheredatio aut præteritio non facta fuerit cum cauſa, an teſtamentum ſit ipſo iure nullum, quo ad inſtitutionem, an ad id impugnandum hodieque opus ſit querela? [illegible] poſterius hoc non pauci ex recentioribus, defendunt: ſed mihi prius illud, quod co[illegible]muniſſime Dd. tenent, ſemper viſum fuit probab[illegible] poteſtate conſtitutionis citra querelam, teſtamentum eſſe nullum: quam ſententiam confirmo his rationibus. 1. Quod vt ſupra dixi, non amplius vult Iuſtin. licere parentibus, quod licebat olim: licebat autem olim ſaluo integroque teſtamento præterire matri, & exheredare liberos patri. 2. Quod Iuſtin. *in d. N.* 115. *cap.* 3. *in fin.* vult vt nullum præiudicium liberis generetur, ſi non factum ſit teſtamentum iuxta formam ibi præſcriptam: vtique autem præiudicium generaretur liberis, ſi adhuc ſaluum maneret teſtamentum, & querela opus eſſet, in qua ex variis cauſis liberi poſſent ſuccumbere. Et hinc 3. quod ſi adhuc hodie valeret tale teſtamentum, in quo verbi cauſa filius exheredatus eſſet, iniuria exheredationis nec hodie ſublata eſſet contra ſcopum Iuſtiniani & intentionem, de qua teſtatur apertiſſime *in d. N.* 115. *cap.* 5. *in princ.* 4. Quia conſtituit *d. Nou.* 115. *cap.* 3 *in fin.* vt ſi obſeruata non ſit forma conſtitutionis, ab inteſtato ſuccedatur, & poteſtate ſcil. conſtitutionis: nam alias poſt querelam demum & ſentẽtiam latam, ad inteſtati cauſam res rediret, & imo non ſemper rediret, ſed an rediret à cognitione iudicis in querelæ iudicio penderet. 5. Facit, quod in prolixa adeo conſtitutione, nullam mentionem nec verbulo facit Iuſtinianus querelæ inofficioſi: ſexto & præcipue me mouet, quod fruſtranea ſit actio in qua numquam poſſit actor ſuccumbere, & quod potius recta ſit id dandum ſine actione, quam inſtituenda actio, in qua id certo ſemper ſit conſecuturus: & fruſtra ad iudicium vocetur heres, & fruſtra contradicet filio non recte exheredato, cum numquam poſſit vincere, & obtinere. Nego vllam talem toto iure noſtro eſſe actionem. Atquin filius exheredatus non poſſet vmquam ſuccumbere in querela: quoniam hoc quoq; nouiter conſtitutũ eſt à Iuſtin. & vt heres ingratitudinẽ filii probare cogatur, *l. ſi quis* 34. *verſ. ſed nos C. h. t.* & vt ad eam probandã nõ aliter admittatur, quam ſi adiecta fuerit à parentibus ingratitudinis cauſa *l. omnimodo* 30. *in pr. C. h. t. N.* 115. *cap.* 3. *in pr. & in fin. verſ. ſiue igitur.* Et quomodo igitur hoc caſu poſſit vincere heres, qui ad probandum hoc, in quo fundamentum eſt victoriæ, no[illegible] admittitur. Accedit denique, quod (de quo pau[illegible]lo poſt plura) Iuſtin. *in d. N.* 115. *c.* 3. & hoc conſti[illegible]uit, vt legitima ſit danda liberis titulo inſtituti[illegible]onis. Quod ſi ſufficeret, filium ſimpliciter exhe[illegible]redem ſcribere, hoc quoque efficeretur ſimul, [illegible] vt legitima adhuc poſſet relinqui titulo parti[illegible]culari. Qui enim ſuam legitimam habet, vt[illegible]ique non poteſt agere querela inofficioſi. Po[illegible]ſſit tamen quis ita limitare hanc opinionem [illegible], quod teſtamentum poteſtate Nou. & ipſo iu[illegible]re ſit nullum, ſi pater ſimpliciter dixerit, *Fil*[illegible]*us exheres eſto*: cęteroquin valiturum & opus ſ[illegible]ore querela, ſi ſaltem in genere eum dixerit i[illegible]ngratum, vt tum heres ad probandam ſpecia[illegible]lem ingratitudinis cauſam admittatur. argu[illegible]n. *d. l.* 30. *C. h. t.* vbi videtur ſufficere, quod p[illegible]ater ingratos in teſtamento arguit liberos. S[illegible]ed non conuenit hæc ſententia cum *d. N.* 11[illegible]ſ. quæ duobus ſupra citatis locis videtur requi[illegible]rere omnino, vt nominatim vel vna vel plure[illegible]s ingratitudinis cauſæ inſerantur teſtament[illegible]o. Et igitur ex his concludimus, ſi teſtamen[illegible]tum iuxta d. N. non ſit factum, id ipſo iure n[illegible]ullum, nec neceſſariam eſſe querelam. Et cu[illegible]m Iuſtinianus eandẽ patris quoad exhered[illegible]ationem, & matris,

matris quo ad præteritionem, faciat rationem, hoc porro conſequitur, nullum quoque eſſe teſtamentum, ſi liberos mater præterierit nulla adiecta cauſa. Amplius cum in *d. N.* 115. *cap.* 4. eandem faciat conditionem liberorum, vt & ipſi teſtamentum facientes non poſſint ſine cauſa exheredare aut præterire parentes, iſtud etiam conſequitur, teſtamentum quoque fore nullum, in quo liberi ita præterierunt parentes. Ex quo recte inferunt Dd. hodie in † linea recta non eſſe opus querela, niſi vnico caſu, quo cauſa iuſta ex numero expreſſarum *in N.* 115. *cap.* 3. adiecta, ſed in facto dubia eſt, dum filius tale quid negat ſe admiſiſſe, de cuius adeo veritate in iudicio inofficioſi ſit agendum.

6

Ego tamen crediderim, ſaltem hic opus eſſe implorato nobili officio iudicis, qui non pronuntiet contra teſtamentum, ſed tantum declaret an cauſa ſit vera vel non, quo facto, & ſi verbi cauſa, cauſam falſam eſſe pronuntiauerit, protinus imo retro teſtamentum nullum poteſtate conſtitutionis fuiſſe intelligetur. Quid autem ſi pater præterierit emancipatum filium? an teſtamentum nullum erit poteſtate *d. N.* 115? Rationem dubitandi facit, quod matris præteritio facit, vt teſtamentum ipſo iure nullum ſit, itemque ſi liberi præterierunt parentes ſine cauſa Et hinc Interpp. vulgo diſtinguunt, an pater præterierit emancipatum ſine cauſæ adiectione, an cum cauſa. Illo caſu teſtamentum putant eſſe nullum: hoc autem, etiam hodie neceſſariam eſſe poſſeſſionem bonorum contra tabulas. Ita *Bartol. & reliqui ad auth. ex cauſa C. de liber. præter. Fab. Mynſ. & alii hic.* Verum quæ ſit iſtius diſtinctionis ratio, non ſatis capio. Et ſi emancipatum patris reſpectu, conferimus cum liberis reſpectu matris, quoniam ab hac præteriti cum cauſa vtuntur iure N. 115. etiam à patre emancipati præteriti cum cauſa, eodem iure vtentur, nec neceſſe habebunt vti remedio prætorio bon. poſſeſſionis contra tabb. Et aut habebuntur pro exheredatis, aut pro præteritis. Hoc caſu neceſſarium erit iis remedium prætorium, nec apparet quid faciat cauſæ adiectio, ſi habentur pro præteritis. Illo caſu non poterunt vti remedio prætorio, per *l. non putauit 8. de bon. poſſ. cont. tabb.* Et cum ibi dicatur, notatos à patre non habere poſſeſſionem contra tabb. vtique quibus cauſa ingratitudinis adſcripta eſt, notati ſunt à patre. Quod ſi ſubtilitatem ſectamur iuris, & *d. N.* 115. & pro exheredatis non habemus, quibus pater ſimpliciter cauſam adſcripſit, non video, quomodo remedium prætorium ipſis negari poſſit, & tum cum nulla cauſa ingratitudinis eſt adſcripta. Et iam ſupra diximus *d. N.* 115. *cap.* 3. omnino ad præteritionem paternam non pertinere, ſed ad illos caſus tantum, quibus olim querela erat neceſſaria: in quibus etiam terminis præſtat ſubſiſtere.

Ex hactenus dictis & illud porro efficitur, verum † non eſſe quod dicitur vulgo: 7
reſciſſo teſtamento per querelam legata & fideicommiſſa hodie ſuſtineri, inſtitutione ſaltem irritata, quoniam *Nou.* 115. *cap.* 3. habet locum citra querelam, & vbi ipſo iure nullum eſt teſtamentum. Et ob id non immerito diſputant Dd. an d. Nou. habeat locum, vbi fratres præteriti, per querelam, quæ tum ipſis neceſſaria eſt teſtamentum expugnauerunt.

Quamuis enim non videatur conuenire, vt fratres potiori iure ſint quam liberi & parentes, ſi præſtare legata non teneantur, tamen pro iis facit, tum quod conſtitutio noua, quæ corrigit plurima antiqua iura, non ſit extendenda, tum quod ipſis ſubeundum eſt periculum, ne in querela ſuccumbant, quod periculum non ſubeunt liberi & parentes, ſi non iuxta formam N. 115. ſint exheredati & præteriti, ſed teſtamẽtum recta dicunt nullum. Quin forte quis tentauerit, poſſe filium exheredatum non legitime, vt præſcribit *N.* 115. confiſum iuſtitiæ cauſæ & probitati ſuæ, omittere beneficium conſtitutionis nouæ, & vti iure veteri, nimi-

Nolo plura, quæ facile huc cōgerere poſſem. Hæc autem ſufficere poſſunt aduerſus eos, qui indocte ſcribunt eadem ratione bona parentum liberis, & horum illis deberi, quin imo hoc fit turbato ordine mortalitatis, vt & Iuriſconſulti noſtri affirmant in *d. l. 7. in fin. vn de lib. & d. l. 15. in princip. h. t.* ſi autem turbari hunc ordinem contingit, etiam parentibus pie relinquere liberi debent, vt eſt in *dict. l. g. 15.* vt intelligamus contra pietatem facere liberos, qui parentes teſtamento exhæredant, aut prætereunt; in quo ſcilicet eſt fundamentum querelæ, quæ dabatur olim parentibus; nam vt monuimus ad *prin. tit.* hodie teſtamentum liberorum quoque ſi non ſit factum iuxta *d. N. 115. capit. 3.* ipſo iure nullum eſt, ſine querela. Sed nos iam tamquam adhuc priſtino iure obtinente aliquid hac de re tractemus:

2 Vulgo † dicitur, in querela primum locum eſſe liberorum, ſecundum, parentum: & facit *lex pater 14. h. t.* Sed res non eſt ſine ſcrupulo. Nam cum per querelam res deducatur ad cauſam inteſtati, quis ordo eſt in ſucceſſione inteſtati, idem videtur eſſe in querela, vel hodie in iure dicendi nullum, ex *Nou 115.* quo enim quis potiore iure vocatur à Lege ad ſucceſſionem, eo magis per præteritionem videtur ipſi fieri iniuria, quæ vindicatur per querelam. Quæ res facit, vt potior fratrum defuncti quam parentum cauſa eſſe videatur, maxime quo ad ipſum concurſum cum matre. Videamus diſtinctius.

Et primo de patre: Fratres defuncti etiam patri ante Iuſtinian. prælatos fuiſſe, probatur ex *princip. ſupr. quibus non eſt permiſſum fac. teſtament. verſ. ſi vero*, vbi de hoc diximus, ex nouiſſima conſtitutione, fratres vtrinque coniuncti cum patre concurrunt *Nou. 118. capit. 2.* Fingamus itaque hoc iure ſtante, eum, qui patrem & fratrem habebat, teſtamento facto vtrumque præterijſſe, difficile dictu eſt, patrem qui ab inteſtato per fratrem excluſus fuiſſet, potuiſſe ſolum mouere querelam, & excluſo fratre conſequi hæreditatem. Ego hoc exputare non poſſum, & pene exiſtimo per Impp. recentiores ius vetus turbatum fuiſſe. Nam ſi de iure Digeſt. quæramus, filijſfamil. quidem bona etiam caſtrenſia ab inteſtato omnia pater iure peculij occupabat; in emancipati bonis habebat ius patroni, per quod ſane fratri defuncti præferebatur: & omnino qua pater potiori iure erat. Quod ſi filiusfamilias teſtatus fuiſſet de bonis caſtrenſibus vel quaſi, impune patrem præteribat, nec locus erat querelæ, quod etiamnum Iuſtinian. confirmauit in *leg. vltim. Codic. h. t.* Sed ſane ſuſtulit *N. 115. capit. 4.* quod omnes agnoſcere coguntur; ſiquidem iſte locus ad emancipatos liberos ideo reſtringi non poteſt, quod negat liberis ius impune prætereundi parentes, in his bonis, in quibus habent teſtandi facultatem; atquin emancipati de omnibus plane bonis teſtandi liberrimam licentiam habent. Illud communius ab Interpp. receptum eſt, vt locus ille recipiatur de caſu, quo communi iure de caſtrenſibus bonis veterani teſtamentum faciunt; nec ius vetus correctum intelligatur, vbi militari iure de caſtrenſibus bonis diſponit miles. Et quid igitur hodie iuris erit, poſtquam, vt diximus ex *N. 118. cap. 2* filius cum patre ſuo in hæreditate defuncti fratris ab inteſtato concurrit? Communior ſententia eſt, *Fabri, Mynſ. & aliorum hic, Iaſonis & reliquorum in l fratres 27. C. h. t.* ſi pater vice repudiet, non poſſe fratrem admitti ad querelam ſed ſi pater agat iure ſuo, aut potius iuxta *N. 115. cap. 4.* dicat teſtamentum nullum, re ita reducta ad cauſam inteſtati, vna cum patre *per N. 118.* concurrere fratrem, neque enim apparet, quomodo excludi poſſit frater, poſtquam res ad cauſam inteſtati deducta eſt. Neque enim intereſſe poteſt, ſiue quis teſtatus tempore mortis fuerit, ſiue poſt, teſtamentum ad nihilum fuerit deductum, nam & ſi qua cauſa teſtamentum ruptum, aut alias fuerit infirmatū, pariter ſucceditur ab inteſtato, ac ſi nullum initio teſtamentum fuiſſet. Quin cum rationem Legis animam eſſe vulgatum ſit, poſſit quis repudiante quoque patre que-

Digitized by Google

relam defendere fratri : quod omnino dixero, ſiquidem turpis perſona fuerit inſtituta: tunc enim iure ſuo venit frater. Plane nouæ conſtitutiones multa inconcinna introduxerunt. Quod ſi enim fratrem & patrem habens deceſſerit vtroque præterito, pater ex *Nou.* 115. *cap.* 3. facultatem habebit, vt dicat teſtamentum nullum: & tamen teſtamentum quo ad fratrem validum erit, nec poterit expugnari niſi per querelam. Hæc de patre. Addamus aliquid ſeparatim de matre, ſi cum ea frater concurrat. Et olim matri conſtat plane non fuiſſe ius ſuccedendi, quod demum ipſi SCto Tertulliano datum eſt, ita tamen vt ei præferretur conſanguineus frater §. *præferuntur* 3. *infr. de SC. Tertull.* Et an igitur dicemus fratris quoque tum ius potius fuiſſe in querela? Equidem nihil hic certo iure expreſſum video: & forte fratrum ius per Conſtantinum demum coarctatum fuit in *l. fratris* 27. *Codic. h. t.* Poſſit enim dici per præteritionem teſtamẽto factam, maiorem iniuriam inferri matri quam fratri: At quomodo obtinere potuit, vt mater querela rem reduceret ad cauſam inteſtati, & excluderet fratrem, qui ab inteſtato præferebatur matri? Ego in his rationem vix reperio: & ſæpe repeto videri Impp. recentiores, non adeo multum attenta ratione iuris, nec conſideratis his quæ ex nouis LL. abſurda ſequebantur, ius vetus & rationem eius plane conturbaſſe. Prorſus idem hodie dicam, quod in patre, ex *Nou.* 118. vt frater cum matre concurrat in querela; aut certe victoria matris, aut ſi dicat teſtamentum nullum etiam fratri & ſorori proſit.

Soror autem & frater.] Hic eadem occurrit controuerſia. Ex *d. l.* 27. tantum fratribus conſanguineis, qui ſaltem communem patrem habent querela datur. Hodie cum his fratribus ex N. 118. *cap.* 3. concurrunt fratres vterini: Ergo & hi concurrunt itidem in querela, aut ſaltem vincentibus illis, ſimul ſuccedent ab inteſtato.

Turpibus perſonis inſtitutis.] Niſi ipſi fratres ſint quoque turpes perſonæ, qui nihil ſcil. ita habent quod obiiciant hęredibus ſcriptis; quod communiter hic notant Dd. Turpes autem perſonæ ſunt, non tantum, quæ iuris, ſed & quæ facti infamia laborant, ſiquidem ex *dict. leg.* 27. *Codic. h. t.* ſufficit, vt hæredes ſcripti leui ſaltem macula adſperſi ſint, ideoque & probo, quod Dd. inter has perſonas ſpurium referunt; Siquidem hic omnium gentium moribus pene habetur pro homine non integræ opinionis & famæ, de quo alibi tractatur.

Vltra fratres.] Hic rurſus antea mota controuerſia occurrit ex *Nou.* 118. *capit.* 3. ex qua fratrum liberi cum patruis concurrunt. Itaque & hic idem quod in prioribus ſtatuemus.

Cognati nullo modo † poſſunt.] Imo cognatis vel contra teſtamentum cognatorum ſimpliciter proponitur poſtumo querela in *leg. poſtumus* 6. *in princ. h. t.* An intelligimus ibi poſtumum natum ex filio emancipato; an cognatorum verbum referimus ad matrem? An interpolatum dicimus textum *l.* 1. *h. t.* ex noua conſtitutione Conſtantini in *l. fratris* 27. *C. h. t.* quæ tantum fratres admittit, quamuis ſane *d. l.* 1. *h. t.* monere tantum videatur ceteros cognatos, ne temere moueant querelam, cum obtinendi ſpem non habeant; id eſt vix habeant, & ſcilic. centumuiri non facile ſecundum illos litem & ſententiam ſint daturi. Et facit quod ICtus in *d. l.* 6. *in pr.* à iure accipiendi bonorum poſſeſſionem, ab inteſtato, argumentatur ad querelam, aut fatendum erit cum Acc. illam rationem vitioſam & minime eſſe adæquatam. Facit etiam, quod in *d. l.* 6. §. 1. illi aliquando vincunt, qui ius non habent ſuccedendi ab inteſtato; qua de cauſa, quod hic dicitur, cognatos ceteros, nec agere, nec vincere poſſe; vtique ſic accipiendum erit, quod non poſſint ſuo iure euertere teſtamentum, & ſi eis obiiciatur exceptio non competentis querelæ.

TEX-

TEXTVS.

3. Tam autem naturales liberi, quam ſecundum noſtræ conſtitutionis diuiſionem adoptati, ita demum de teſtamento inofficioſo agere poſſunt, ſi nullo alio iure ad defuncti bona venire poſſint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem eius alio iure veniunt, de inofficioſo agere nõ poſſunt, poſtumi quoque, qui nullo alio iure venire poſſunt, de inofficioſo agere poſſunt.

COMMENTARIVS.

QVerela remedium extraordinarium eſt, & quia per eam teſtamentum euertitur odioſum, adeo tum demum datur, vbi alia remedia deſunt. Duo autem ſententiã hanc oppugnare videntur. 1. quod alibi ſcriptum eſt, de bonorum poſſ. quæ dicitur agnoſci, gratia ordinandæ litis de inofficioſo, iuxta *l. poſtumus 6. §. vlt. & l. Papin. 8. in pr. h. t. & l. 2. C. eod.* Sed enim illa tantum poſita erat in ſubtilitate iuris, & interim ſine effectu, &, vt loquuntur ICti, ſine re fuit, vt docet *d. l. 2.* quæ interim negat, auferri bonorum poſſeſſionem hæredibus ſcriptis, qui nimirum bona interim tenent. Et vt ſupra diximus, color erat, ſub quo querela & actio hæc mouebatur, furor defuncti; ideo verbi cauſa emancipatus tanquam ab inteſtato bonorum poſſeſſionem accipiebat, vt iuſto titulo agere videretur. 2. Obiicitur, quod patri datur querela inofficioſi, contra quod tamen conſtat poſſeſſionem bonorum competere *t. t. ſi quis à par. manum. ſit.* Hoc ſane Doctoribus vulgo cauſam præbuit, vt darent patri exhæredato tantum querelam ſi eſſet exhæredatus, non etiam præterito, & inde ineptam differentiam inter patrem & matrem confingerent. Recte autem Viglius & poſt eum alij reſpondent, tum demum ceſſare querelam, remedio ſuperſtite alio, ſi hoc ſit eiuſdem poteſtatis: & æque plenum, atquin bonorum poſſeſſio contra tabb. quæ parenti datur, vt patrono non teſtamentum totum, ſed tantum partem reſcindit, vt patet ex iam *d. t.* ideoque non fuit patri neganda querela, per quam totum euertat teſtamentum, quæ ſententia eſt Iuriſconſulti in *leg. 15. §. vltim. ſi quis à par.* quod pater etiam antiquum ius ſibi defendere poſſit; ſcilicet querelam inofficioſi teſtamenti.

Cui obſtare rurſus videtur, quod hic Iuſtinianus ait, ceſſare querelam, ſi quis remedio alio, ad hæreditatem, vel partem eius venire poſſit; atquin per bonorum poſſeſſionem vtique partem bonorum filij pater conſequi poteſt. Reſpondendum erit, intelligi partem quæ ab inteſtato alias ſola ad aliquem erat deuentura: veluti ſi ex duobus filijs exhæredauerit pater vnum, (cui tantum pars debetur,) alterum inſtituerit. Aut diſtingui etiam poſſit, an remedia plane diuerſo iure competant: veluti hic querela competit vt patri, & vt creditur, ex iure ciuili: ſed bonorum poſſeſſio ex iure prætorio competit vt patrono & manumiſſori, vt in *d. l. 1. §. vltim. ſi quis à par.* ſcribit Iuriſconſultus. Itaque non obſtat, quod bonorum poſſeſſio nõ datur exhæredatis, vel qui præteriti pro talibus habentur: Illa enim propria eſt bonorum poſſeſſio contra tabb. quæ negatur in *l. non putauit 8. in princip. de bonorum poſſeſſ. contr. tabb.* & à qua omnino diuerſa eſt, quia patri tamquam manumiſſori in partem contra tabulas filij emancipati datur. Intellige amplius non concurrere remedium, quod non æque tendat ad euertendum teſtamentum: ei enim, qui ruptum & irritum poteſt dicere teſtamentum, licere etiam dicere inofficioſum, probat *l. Papinian. 8. §. ſi quis 12. h. t.*

Poſtumi quoque.] Siquidem vera eſt Dd. ſententia, de qua diximus ad *princ. tit.* & ad §. 1. *ſup. de exhæred. lib.* & ad §. *non ſolum 4. ſupr. de pup. ſubſt.* teſtamentum eſſe hodie nullum, ſi exhæredatio vel præteritio, non habeat iuſtã adiectam cauſam, ex *N. 115. cap. 3.* conſequens eſt, poſt-

Digitized by Google

poſthumum exhæredatum non opus habere querela, imo vix ea agere poſſe, per hunc ipſum textum, quia alio iure venire, & teſtamentum dicere nullum poteſt. Illud vix admonitione dignum eſt, & vulgo notum, quod per naturales liberos oppoſitos adoptiuis, intelligantur ex iuſtis nuptijs nati. Nam qui ex concubina nati ſunt, vel ſpurij, non habent querelam in officioſi, niſi contra teſtamentum matris *l. ſi ſuſpecta 29. §. 1. h. t.* Quod autem de adoptatis ait, ſecundum ſuæ conſtitutionis diuiſionem, idem eſt quod in §. 1. *tit. præcedent. dixit, ſecundum ſuam conſtitutionem*, ſcilicet vt hodie tum demum habeant querelam, ſi ſint adoptati ab aſcendente, *leg. penultim. Codic. de adoption.* De quarta arrogatis debita, diximus *ſup. ad tit. de adoptionib.*

TEXTVS.

4. Sed hæc ita accipienda ſunt, ſi eis nihil penitus à teſtatoribus teſtamento relictum eſt: quod noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacunq; pars hereditatis, vel res eis fuerit derelicta, de inofficioſo querela quieſcente, id q; eis deeſt, vſque ad legitimæ partis quartam repleatur: licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.

COMMENTARIVS.

1 *Etiam inſtitutos olim vſos querela.*
2 *Actio ad ſupplementum qualis.*
3 *Differentia huius actionis & querelæ.*

QVi legitimam habet, non vtitur querela. Et olim integram habere eam ex teſtamento vel alias ex iudicio defuncti eam oportebat, de quo dicem⁹ ad §. *vlt.* Ceteroquin querela competebat; adeoq; fateri oportebit etiam inſtitutis in minori portione, & quæ legitimam non faciebat, neceſſariam & datam fuiſſe querelam; quod omnino addẽdum eſt ad *pr. tit.* vbi querela reſtringitur ad exhæredatos, aut † præteritos, neq; enim inſtitutus in 1
minori parte poteſt dici præteritus: neq; rurſus Falcidia detrahi poterat, ſi plures cohæredes in ceteris partibus adieciſſet teſtator. Et ita obtinuiſſe probat hic ipſe §. vbi Iuſtinian. ait, ceſſare *hodie* querelam, ſi relicta ſit vel res, vel quantacunque pars hæreditatis; quæ ſane non niſi titulo inſtitutionis proprie loquendo relinqui poteſt, & firmatur non obſcure ex *l. Papinian. 8. § quarta 9. h. t.* & apertius ex *Paulo 4. ſentent. 5.* quo eodem loco docet, ſi ei adiecti ſint fratres cohæredes, *potuiſſe eum petere ſupplementum.* Ius hoc mutauit Iuſtinianus, & introduxit actionem in ſupplementum, ſi modo aliquid relictum ſit. Sæpe Iuſtinian. quod olim particulare erat, ipſe fecit generale: veluti hic colligitur ex *d. loco Pauli 4. ſentent. 5. & ex l. ſi non 25. in princ. h. t.* ſi quis ipſe quod pro legitima acceperit à defuncto, querelam ceſſaſſe, & quod defuit, boni viri arbitrio repletum fuiſſe; non enim probo eorum ſententiam, qui in *d. l. 25.* adiectum iſtud à Triboniano putant. Sed & tum ſi pater quod expreſſe reliquerit pro legitima, quod tamen minus deprehenſum fuit, facile concedo ceſſaſſe querelam, & quod deeſt ſuppletum fuiſſe. Quod autem Conſtitutio Iuſtiniani in *leg. 30. Codic. h. t.* cuius & in *leg. 34. 35. & 36. Codic. eod.* meminit, tantum pertineat ad hanc ſpeciem & caſum, quo ita pro legitima quid relictum fuit; & quod hoc ſolum mutarit Iuſtinian. vt ſuppleretur portio, licet teſtator non iuſſerit; Item quod filius accipiendo portionem & rem relictam non præiudicet ſibi, quominus poſſit reliquum petere, ſin autem ſimpliciter quid reliquerit pater, non eſſe opus actione ad ſupplementũ ſed poſſe filium hodieq; agere querela nec *d. l. 30.* ad hunc caſum pertinere, vt Weſemb. hic diſputat, totum commentitiũ penituſque falſum eſt, & alias falſo diceret Iuſtin.

in *d.*

In *d. l.* 30. innumerabiles ita tolli modos ſubuertendi teſtamenta: falſo etiam diceret, hoc ad verecundiam naturæ introductum, & omnino conſtitutio ſimpliciter loquitur, vt ſi quid relictum ſit, ceſſante querela agatur ad
2 ſupplementum. Actionem hãc alii † ſtatuunt eſſe ex teſtamento, alii petitionem hereditatis, aut familiæ erciſcundæ iudicium, alii denique & frequentius condictionem ex Lege. Plane filius aut proponitur exheredatus, legato dato, aut inſtitutus in aliqua parte vel re, quod hodie neceſſum eſt vt ad §. *vlt.* dicemus. Illo caſu nec poterit eſſe actio fam. erc. nec petitio hereditatis; ſed tum ſatis probabiliter dicitur eſſe actio ex teſtamento, tamquã pro legato: ſiue teſtator iuſſerit ſuppleri quod deeſt, quo caſu res magis eſt indubia; ſiue nihil dixerit *l. omnimodo* 30. *in pr. C. h. t.* quoniam nihilominus hoc voluiſſe intelligitur, potius q̃ vt eius teſtamentũ ſubuertatur, quin & porro licet amplius quid dari vetuerit *l. ſi quando* 34. *§. pen. C. eod.* quoniam id feciſſe ideo præſumetur, quod portionem relictam ſufficere credebat. Hoc autem caſu vel inſtitutus eſt filius in portione hereditaria; & cum ſit pro parte heres, poterit ſane vti petitione hereditatis, aut iudicio fam. erciſcundæ: aut in re ſingulari, (quod fieri poſſe dicemus ad §. *vlt.*) & cum reuera ſit pro legatario (ſiquidem ponimus eum habere coheredem, iuxta tradita ad *tit. ſup. de hered. inſt. in §. hereditas* 7.) idem erit, quod in caſu rei ſingularis relictæ; aut potius ſiquidem heres ita ſcriptus mixto iure eſt, vt notauimus ad *d.* §. 7. fortaſſis locus eſſe poſſit iudicio fam. erc. aut ſane admittenda erit cum Dd. ſimpliciter condictio ex Lege, vt omnis tollatur dubitatio. Condictionis † porro
3 iſtius, & Inofficioſi querelæ hę notantur differentiæ. 1. Hæc finitur quinquennio *l.* 8. *§. vlti. cum l. ſeq. h. t.* ſed condictio, quæ longe eſt fauorabilior perpetuo & triginta annis durat, quæ communiſſima Dd. ſententia eſt, cui non obſtat *l. ſi quis* 34. *in fin. C. h. t.* quoniam pertinent ea verba de quinquennio ſicut & de repudiatione, ad querelã, de qua principaliter ibi agitur, & quam etiam non præparatam ibi tranſmitti vult Iuſtin. & obiter tantum mentio fit ſupplendæ quartæ. Altera differentia eſt, quod querela non præparata regulariter non tranſit in heredem, extra caſum *d. l.* 34. ſiquidem eſt inſtar actionis iniuriarum quæ diſſimulatione aboletur: ſed condictio etiam non præparata tranſmittitur. 3. qui agnoſcit legatum ſibi teſtamento relictum, querelæ renuntiaſſe intelligitur, vt dicemus ad *§. ſeq.* at non condictionem ad ſupplementum *l. ſi quando* §. 2. *C. h. t.* Addo, ideo Iuſtin. in *pr. tit.* tantum exheredatorum & præteritorum meminiſſe, quia poſt introductam actionem ad ſupplementum, querela inſtitutis competere non poteſt.

Ad verecundiam naturæ.] Forte quia naturã reuerentiam & obſeruantiam parentibus liberi debent; nec proinde decet eos temere proſilire ad impugnanda teſtamenta parentum & eos arguendos furoris. Atq; ita valde reſtringitur ille color furoris, ad eum demum caſum, quo nihil penitus liberis relictum eſt. Et tamen qui nimis parum relinquit optimis liberis, & quidem ſimul eos exheredat, non valde officium pietatis obſeruaſſe videtur, de quo in *pr. h. t.* Et non ſatis conuenit, quod poſt in *N.* 115. *cap.* 3. conſtituit Iuſtinianus, vt parentes omnino neceſſe haberent inſtituere liberos; & ſi vel magnam partem bonorum reliquerint titulo ſingulari, teſtamentum voluit eſſe nullum. Ita numquam ſibi conſtitit Tribonianus.

Vſque ad quartam legitimæ partis.] A quo, aut qua Lege inducta ſit legitima & eius quantitas, non conſtat: ceteroquin quartæ iſtius legitimæ, iure noſtro frequentiſſima eſt mentio: portionis ſcilicet & eius quod ab inteſtato obueniſſet, quarta, ſiue vnus ſiue plures ſint liberi. Ita ſi qui 400. in bonis habet, quatuor relinquat liberos, ſingulorum legitima conficit XXV. vt in *f. §. vlt.* docet Iuſtin. quod ſcilicet quarta bonorum inter plures liberos pro rata & virilibus portionibus diſtribuatur. Poſtea ea portio minor fuit viſa Iuſtiniano, eoque eam auxit in *Nou.* 18. vt pro numero liberorum ſit triens aut ſemis totius hereditatis: quod augmentum etiam ad parentes pertinere

Digitized by Google

tinere putant Dd. communiter hic & in §. *vlt. h. tit. & in auth. nouiſſima Cod h t.* quamuis ſane Nou. tantum de liberis loquatur, & generalitas *cap.* 1. *in f.* de variis perſonis liberorum accipi poſſit; & maior eſt ratio pro liberis quam pro parentibus per ſupradicta ad §. 1. Sed non iniqua eſt ea communis opinio, contra quam fruſtra quis obnitatur. Nec multum obſtat, quod vtraque pars auctionis & ea quæ ad ſemiſſem non reperiat locum in parentibus, cum horum tot in ſucceſſione concurrere non poſſint, vt eis ſemis debeatur: ſufficit enim alteram partem quo ad trientem in eis locum habere. Sed an etiam fratrum legitimam auctam dicemus? Negant hoc communiter Interpp. Neque obſtat modo memorata generalitas *d. N.* 18. *cap.* 1. *in f.* quia recte accipitur de iis, qui omnimodo & ſimpliciter exhæredati aut præteriti impugnare teſtamentum poſſunt: hoc autem non poſſunt fratres, ſed tantum ex accidenti, odio heredis inſtituti, ſi ſit turpis perſona.

TEXTVS.

5. Si tutor nomine pupilli cuius gerebat tutelam, ex teſtamento patris ſui legatum acceperit, cum nihil erat tutori ipſi relictum à patre ſuo, poterit nihilominus nomine ſuo de patris inofficioſo teſtamento agere. Sed ſi econtrario pupilli nomine cui nihil erat relictum, de inofficioſo egerit, & ſuperatus eſt, ipſe tutor, quod ſibi in teſtamento eodem legatum eſt, non amittit.

COMMENTARIVS.

QVi legatum ex teſtamento accipit, hoc ipſo teſtamentum agnoſcere, & tacite querelam repudiare videtur, *l. ſi pars* 10. *§.* 1. *h. t.* neque enim ſimul conſiſtunt, legatum ex teſtamento accipere, & teſtatorem furoris arguere velle: quo facto & teſtamento reſciſſo, nihil ex teſtamento peti & deberi poſſet. *d. l.* 10. *& l. pen. §. pen. h. t. l. poſt legatum* 5. *in pr. de his quibus vt ind. l. parentibus* 8. *inf. C. h. t. l.* 8. *§. ſi conditioni* 10. *D. eod.* Et rurſus qui teſtamentum vt inofficioſum accuſauit, ſi ſuccumbat, legatum ſibi relictum petere non poteſt, quo cenſetur indignus, qui quantum in ſe eſt, teſtatorem vt furioſum inteſtatum facere voluit, de quo in *l. filius* 22. *§.* 1. *& l. Papin.* 8. *§. meminiſſe* 14. *h. t.* vtrumque ſi quis proprio nomine id fecerit, legatum petierit, aut teſtamentum accuſauerit, non ſi id alieno nomine fecerit *d. l.* 10. *§.* 1. *h. t.* & quidem ex officio neceſſario veluti tutorio *h. textu l. aduerſus* 30. *in f. h. t. l. tutorem* 22. *de his quæ vt ind. & arg. d. l.* 5. *§. aduocatum* 13. *eod.* ſecus ſi vltro & ſponte, veluti ſi aduocationem præbuerit, *l. vlt. in pr. h. t.* vbi tamen non ita in procliui eſt, dare rationem differentiæ inter aduocatum accuſatoris liberti, & aduocatum accuſantis inofficioſum teſtamentum vel ex teſtamento petentis legatum. De illo enim reſponſum eſt in *l. qui cum* 14. *§. ſi patroni* 8. *de bon. lib.* patroni filium non remoueri à petenda bon. poſſeſſione liberti, qui tamen remoueretur ſi ipſe libertum accuſaſſet: & quæ ratio redditur in *d. l.* 14. *§.* 9. quod aduocatus non accuſet, eadem videtur militare in *l. vlt. h. t.* quod nec accuſet aduocatus eius qui teſtamentum arguit inofficioſum. An *d. l. vlt.* reſtringimus tantum ad caſum de quo nominatim loquitur, vbi aduocationem præbet exheredatus ei qui petit legatum, vt inde agnouiſſe & approbaſſe voluntatem defuncti videatur, & ob id ab accuſatione inofficioſi remoueatur: quæ interpretatio facilius recepta fuit, fauore teſtamenti: vt non idem procedat in altero caſu, & exheredatus qui adfuit alii accuſanti teſtamentum non protinus remoueatur à petitione legati. An dicemus facilius amitti legatum propter accuſationem teſtamenti, tamquam à furioſo conditi, ob operam ſaltem aduocando præſtitam: quod factum odioſius eſt, cum & totum ius legati ſit ex teſtamento: quam amitti ius bonorum poſſeſſionis, quod competit patrono & liberis ex edicto prætoris: & non alias quam ſi ipſemet patronus vel filius officio ac-

cuſatoris

Digitized by Google

cuſatoris ſit functus. Quæritur etiam quæ ſit ratio differentiæ, & cur non amittat l. gatum qui teſtamentum arguit falſum, aut alias non iure factum *leg. 4. in princ. de his quæ vt ind.* & rurſus qui accepit legatum poſſit adhuc teſtamentum falſum dicere *d. leg. 5. & leg. ſi teſtament. 22. eod. tit.* Ratio ſumitur ex *d. leg. 24.* quod hæc ſit diſputatio de iure, & non raro de facto aliorum: non de iudicio teſtatoris; de quo ſolum tractatur in querela inofficioſi. Illud addo de aduocato procedere, ſi vltro ſuſcepit officium: quod ſi enim ex officio iubeatur id præſtare, aliud ſane fuerit. Sed & hoc: tutoris officium dici neceſſarium, ita vt maxime quis vltro ſuſceperit tutelam, imo etiamſi ſe excuſare potuerit, tamen hic dicta procedant: quod præſertim poſtquam ſemel id officium quis ſuſcepit, omnia ex fide facere cogitur, aut tenetur iudicio tutelæ.

TEXTVS.

6. Igitur quartam quis debet habere, vt de inofficioſo agere non poſſit, ſiue iure hereditario, ſiue iure legati, vel fideicommiſſi, vel ſi mortis cauſa ei quarta donata fuerit, vel inter viuos, in iis tantummodo caſibus, quorum mentionem facit noſtra conſtitutio, vel aliis modis, qui in noſtris conſtitutionibus cõtinentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum eſt, vt ſiue vnus fuerit, ſiue plures, quibus agere de inofficioſo teſtamento permittitur, vna quarta eis dari poſſit: vt ea pro rata eius diſtribuatur: id eſt, pro virili portione quarta.

COMMENTARIVS.

1 *Legitima quo titulo relinquenda.*
2 *An hodie titulo inſtitutionis.*
3 *Nudus inſtitutionis titulus.*

Conſtat ſi filius olim à patre nec inſtitutus, nec exheredatus fuiſſet, teſtamentum ipſo iure fuiſſe nullum in *princ. ſup. de exhered. lib.* Itaque vehementer falluntur, qui ex hoc §. colligunt, ſufficere vt filius acceperit olim legitimam † quocunque titulo, etiamſi exheredatus non fuiſſet. Sed enim præſupponi oportet teſtamentum eſſe validum, & rite exheredatum filium, ſi de patre queratur, vt relicta legitima ceſſet querela inofficioſi: nam mater ſaluo teſtamento liberos olim ſimpliciter præteribat. Et totus hic tractatus, vt ex pr. apparet, pertinet ad liberos inique exheredatos aut præteritos: quæ iniquitas ceſſare putabatur, ſi liberi legitimam titulo quocunq; accipiſſent. Et ita accipiendum eſt, quod ſcribitur in *l. Papinianus* 8. §. *ſi quis 6. h. t.* eum ſecure teſtari, qui filio ſuo quartam mortis cauſa donauit: hactenus ſcilicet vt filius non poſſit agere querela, ſed ſi videlicet ſit legitime exheredatus. Quarta itaque excludit querelam: ſed an omnimodo & quomodocunque data & accepta? Et inprimis conſtat (nondum loquimur de iure quod introductum eſt per *Nou. 115. cap. 3.*) ſufficere ſi teſtamento fuerit relicta, titulo legati vel fideicommiſſi. *h. §.* Amplius etiam ſi ab ipſo teſtatore tradita, & ſcilicet mortis cauſa donata fuerit *h. §. & leg. 8. §. ſi quis 6. & leg. ſi non 25. h. tit.* quia hæc donatio inſtar legati obtinet, neque hic neceſſum eſt adiici, quod detur pro legitima. Quin & amplius inter viuos donatum ſufficit, modo hac lege datum ſit, vt imputetur in legitimam *d. leg. 25.* & tamen verbo tenus tantum ita dicitur donatum inter viuos. Nam cum legitima non debeatur niſi demum poſt mortem, quiſquis ita donat, vt in legitimam aut quartam computetur, hoc ipſo mortis cauſa donare videtur: Ex quo forte non improbabile ſit, quod quidem putant (quos ſupra tamen non probaui) *d. leg. 25.* eſſe à Triboniano interpolatam. Iuſtinianus autem hic ait, iis tantum caſibus donationem inter viuos imputari in legitimam, quorum mentionem faciat conſtitutio ipſius:

 nimi-

nimirum in *l. ſi quando* 35. §. 1. *&* 2. *Cod. h. tit.* per quam ſane derogatur textui in *d. l.* 25. *D. h. tit.* hæc enim ſimpliciter imputat in quartam, & excludit à querela filium, ſi quid inter viuos ſub lege imputationis acceperit; ſed Iuſtinianus ita demum in *d. leg.* 35. ſi patris iudicium poſt eius mortem filius agnouerit, aut alias cum heredibus tranſegerit, ceteroquin ſi filius neutrum iſtorum fecerit, integrum ius ipſi permittit agendi contra teſtamentum patris, vtcunque cum viuente adhuc patre aliter pactus fuerit: forte quia exiſtimauit ob reuerentiam filii erga patrem, & poteſtatem patris in filium, quiduis poſſe impetrare & paciſci patrem. Sed hæc tamen ratio nulla eſt, ſi filio ſaltem ad ſupplementum actionem dediſſet. Et ipſe Iuſtinianus alia ratione vtitur, quod meritis ſint prouocandi liberi, non pactionibus adſtringendi. Quæ tamen & ipſa exigui momenti eſt, cum vtique quibuſcunque aliis modis legitimam relinquendo eo iure filium à querela pater excludere poſſet. Illud autem omnino crediderim ſubintelligendum, ita filium non obſtante pactione poſſe impugnare teſtamentum patris, ſi & ipſe ab hac pactione diſcedat, & ſi ſuccumbat in querela, amittat, quod pater ei pro legitima viuus dedit. Aut an, quod de impugnando teſtamento dicitur, accipimus de actione ad ſupplementum? Ineptus autem hic eſt Pacius, qui annotat eſſe numerum ſingularem poſitum pro plurali, & non vnam, ſed duas conſtitutiones intelligi, nimirum in *d. leg. ſi quando.* & in *l. omnimodo* 30. *inf. Cod. h. tit.* Etenim non agitur expreſſe in *d. leg.* 30. de pecunia, ex qua militia empta eſt, donatione inter viuos in filium collata, & poteſt vtique id aliis rationibus quoque & modis fieri. Porro Cuiacius hic non intelligit *d. l. ſi quando Cod. h. tit.* ſed *leg. pen.* §. 1. *Cod. de collat.* ex qua apparet duobus caſibus donationem ſimplicem conferri, primo ſi hoc expreſſe dictum ſit & adiectum, ſecundo, ſi quaſi in compenſationem dotis vel propter nuptias donationis, quam vnus liberorum accepit, in alterum collata ſit. Verum ita fiet inexplicabilis pene pugna inter *d. l. pen. Cod. de collat. & d. l. ſi quando Cod. h. tit.* quia in hac Iuſtinian. non aliter vult filium excludi, quam ſi, poſt mortem patris eiuſdem iudicium agnouerit: ſed *d. leg. pen. Cod. de collation.* conferri ſimpliciter vult donationem, quam hac Lege fecit pater. Et errat penitus Cuiacius. Etenim propoſitionem hanc quidem veram eſſe agnoſco, quod quæcuuque imputantur legitimæ & excludunt à querela, ea quoque ſint conferenda, quæ traditur in *d. leg. penult. in princ. de collation.* At non itidem contra verum eſt, quod quæcunque conferuntur, eadem quoque in legitimam imputentur. Collatio enim eſt inter liberos venientes ab inteſtato, & facile admittitur, vt æqualitas ſeruetur. At nos hic de exheredato filio & eo excludendo à querela agimus: quod odioſum eſt, & ob id à Iuſtiniano expreſſe conſtitutum, vt donatio inter viuos, etiam cum hac lege vt filio in quartam imputetur, filium tamen non excludat, niſi patris iudicium poſt mortem eius agnouerit.

Pergit Iuſtinian. *Vel aliis modis.*] Quæ verba non pertinent ad imputationem donationis inter viuos, ſed cohærent cum ſuperioribus, quod etiam aliis modis præter legatum, fideicommiſſum, & donationem mortis cauſa liberi poſſint aliquid accepiſſe, ita vt à querela excludantur: neque poſſunt hi alii eſſe modi, quam dotis aut donationis propter nuptias, quas imputari in legitimam conſtitutum eſt in *leg. quoniam* 29. *Cod. h. titul. & in leg. vt liberis* 17. *Cod. de collation.* & proinde conſtitutiones, quarum hic mentionem facit Iuſtinian. in verbis *conſtitutionibus noſtris*, aut Codici poſteriori inſertæ non fuerunt, aut intelligendæ ſunt conſtitutiones aliorum Impp. quas Codici ſuo Iuſtinian. inſeruit: ſiquidem dd. ll. quas citauimus in *leg.* 29. *Cod. h. tit. & in leg.* 17. *Cod. de collation.* ſunt Leonis & Zenonis: (neque, quod vitioſe notat Weſembec. poteſt intelligi *l. ſi quando*

35. §.

Digitized by Google

35. §. 1. *Cod. h. titul.* vt ex prædictis conſtat) & Cuiac. notat hic, verbum, *noſtris*, in veteribus libris deeſſe.

Atque hæc ita iure veteri, vt quocunque
2 titulo † etiam particulari accepta legitima excluderet liberos aut parentes à querela, quod ius ſecutus eſt Iuſtinian. hic & adhuc in *Nou.* 18. *cap.* 1. Communiſſime autem hoc creditur mutatum à Iuſtiniano per nouiſſimam ſanctionem in *Nou.* 115. *cap.* 3. & 4. vbi Iuſtin. negat amplius ſufficere, ſi legitima exheredatis aut præteritis relinquatur titulo particulari, ſed vult eam vel partem eius (quo caſu ad ſupplementum agitur) relinqui titulo honorifico inſtitutionis: & in *cap.* 5. eiuſdem Nou. conteſtatur, hunc eſſe ſcopum ſuum, vt à liberis & parentibus remoueat iniuriam exheredationis & præteritionis. Et liberis ſane & parentibus iniurioſum accidebat, ſine vlla cauſa exheredari & præteriri poſſe relicta ſaltem legitima quocunque modo. Quod ſi adhuc liceat, ſequeretur, nec hodie exheredationis iniuriam ceſſare. Et ob id probare non poſſum ſententiam Weſembec. qui in §. *ſed hæc* 3. *ſup. h. tit.* ita diſtinguit: quod aut pater non fecit teſtamentum ſecundum *d. N.* 115. formam, & ſcilicet nulla cauſa adſcripta exheredauit filium, & teſtamentum ipſo iure eſt nullum: aut obſeruata forma exheredauit filium adſcripta legitima cauſa: & hoc caſu valere teſtamentum, & ſiquidem nihil reliquerit filio, agendum eſſe querela, etiam hodie, ſin aliquid vel totam quartam reliquerit etiam hodie, excludi filium à querela, & illo caſu tantum ſupereſſe actionem ad ſupplementum. Hoc poſterius membrum omnino puto eſſe falſum, & contra expreſſa verba conſtitutionis, quibus vult Iuſtinian. non ſufficere vt legitima relinquatur titulo particulari: quod ſane abſurde reſtringitur ad hunc caſum quo filius ſine cauſa ſimpliciter exheredatus eſt, tum quod ita adhuc maneret iniuria exheredationis: tum præcipue, quod ita nullo negotio pater aut liberi fraudem poſſent facere conſtitutioni, & relicta quarta, & adſcripta cauſa, quæ in facto vel maxime falſa eſſet, excludere filium aut parentes à bonis ſuis, ſiquidem vt VVeſembec. putat, ſimpliciter ſufficeret, cauſam adſcriptam & legitimam vel partem titulo particulari relictam eſſe, vt maxime filius eam falſam eſſe contenderet, nec vnquam heres eam probare poſſet. Teneamus igitur communiſſimam ſententiam; vtcunque pater aliquid reliquerit, & cauſam exheredationi adſcripſerit, filium tamen ad eam auertendam iniuriam, aut, quod probant frequentius Dd. querelam inofficioſi inſtituere, aut quod olim dixit Martinus, & ego verius eſſe exiſtimo, officium iudicis nobile ſuper declaranda nullitate teſtamenti, & falſitate cauſæ implorare poſſe: & tum firmum demum manere teſtamentum, ſi filius portionem legitimam, vel partem inſtitutionis titulo † acceperit. Sed obſeruandum hic 3
eſt, titulum inſtitutionis, quem omnino in *d. N.* Iuſtinian. exigit, magis in nudo nomine & titulo nudo, quam in re ipſa conſiſtere. Ita enim *d. N.* 115. *cap.* 5. conſtituit *in prin.* vt heredes nominatos eſſe filios ſufficiat, & ſubſiſtat teſtamentum, ſi certis rebus iuſſi fuerint eſſe contenti, & ita in ſingulari re vel ſingularibus rebus inſtitui. Ratio autem iuris hæc eſt, vt non ſit verus heres, qui coherede accepto ſimpliciter, aut in parte hereditaria ſcripto, ex re ſingulari inſtitutus eſt, ſed pro legatario habeatur, vt ſupra ex *leg. quoties* 13. *Cod. de hered. inſtit.* diximus ad §. *hereditas.* 7. *de hered. inſtitut.* Atquin ſi vere honorificum titulum heredis Iuſtinian. habere filium volebat, conſtituendum erat, vt minimum in parte aliqua aſſis hereditarii, ſaltem in vncia vel ſemuncia filius inſtitueretur. Verum, hoc ratio iuris quidem vera exigebat, ſed vt diximus, neceſſario Iuſtinian. non exegit; & ita Dd. communiter ſatisfactum conſtitutioni putant, ſi filius vel in duobus imperialibus taleris fuerit inſtitutus; quo caſu ſolam actioni ad ſupplementum locum eſſe ſtatuunt per *d. Nou.* 115. *cap.* 5. *in prin.* neque vero poteſt dici heres reuera, qui nullas actiones hereditarias

Digitized by Google

ditarias exercet aut excipit, & ita non repræſentat defunctum: ſed omnino ſicut dixi, filius ita inſtitutus, vbi alii in tota hereditate ſunt heredes, titulo tenus heres, reipſa legatarius tantum eſt. Atque ita etiam poſt conſtitutionem *d. Nou.* 115. in rei veritate legitima titulo particulari relinqui poteſt: ſiquidem titulum & qualitatem eius, non ex nomine nudo, ſed ex rei veritate, & ratione iuris æſtimamus. Itaque recte & ſignanter Iuſtinian. in *d. cap.* 5. vult ſufficere, ſi liberi aut parentes heredes ſint NOMINATI, & excluſa ſolummodo exheredationis & præteritionis iniuria:& ſic non tam rebus quam verbis Lex ſcripta eſt. Quod vnice ſane notandum eſt,& putant Dd. relati ab Angelo hic, ſufficere etiam ſi dicat teſtator, relinquo filio centum pro legitima: vt pro inſtitutione habeatur: licet alii contra exiſtiment, requiri pro forma vt mentio fiat inſtitutionis. Et ita frequentius Dd. nam Baldus relatus ab eodem Angelo, exiſtimauit filium, qui ita accepit legitimã in rebus certis, alio dato coherede vniuerſali, pro inſtituto non haberi, q. ſcil. ſuadet ratio iuris, vt diximus,ſed non requirit id Iuſtinianus: quem etiam ita frequentius acceperunt, & Chriſtophorus Porcius hic vt euitet obiectionem ex *leg.* 13. *Cod. h. tit.* ait fallere illam regulam,quod inſtitutus in re certa, habeatur pro legatario, vbi alius heres eſt, in hoc noſtro caſu,odio querelæ,& fauore teſtamenti. Sed eſt tantum color, & ita voluit Iuſtinianus.

Quod autem de quarta.] De ſententia huius verſicul. dixi *ſup. h. tit. ad finem §. ſed hæc* 3.

* * *

AD TITVLVM XIX. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE HEREDVM QVALITATE & differentia.

TEXTVS.

1\. Heredes autem aut neceſſarii dicuntur, aut ſui & neceſſarii: aut extranei. Neceſſarius heres eſt ſeruus heres inſtitutus: ideoque ſic appellatur, quia ſiue velit ſiue nolit omnino poſt mortem teſtatoris, protinus liber & neceſſarius heres fit, vnde qui facultates ſuas ſuſpectas habent, ſolent ſeruum ſuum primo aut ſecundo, aut etiam gradu vlteriore, heredem inſtituere, vt ſi creditoribus ſatis non fiat, potius bona eius heredis, quam ipſius teſtatoris à creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur, vel inter eos diuidantur. Pro hoc tamen incommodo,commodum illud ei præſtatur, vt ea quæ poſt mortem patroni ſui ſibi acquiſierit, ipſi reſeruentur. Et quamuis non ſufficiant defuncti bona creditoribus, iterum tamen ex ea cauſa res eius, quas ſibi adquiſierit, non veneunt.

COMMENTARIVS.

ANtequam tractatum de hereditatibus concluderet Iuſtinian. viſum fuit ei corollarii quaſi loco, de heredum qualitate & differentia accuratius tractare: quæ præcipue ſpectatur in modo adquirendæ hereditatis, in quo effectus teſtamenti conſiſtit.

Heredes

Heredes autem.] Diſtinctio eſt ex iure ciuili: nam ex iure prætorio, ſui ſunt voluntarii, propter ius abſtinendi ſerui autem iure quoque prætorio neceſſarii ſunt. Poteſt autem bimembris diſtinctio fieri ex iure ciuili: quod heredes vel ſunt voluntarii vel neceſſarii: & hi vel tantum tales vel ſui ſimul: & inter extraneos & neceſſarios, non videtur recta eſſe oppoſitio: niſi ſub neceſſitate domeſticitatem (vt ita loquar) comprehendamus, aut ſubintelligamus.

Neceſſarius heres eſt ſeruus.] An neceſſitatem ita accipimus, quod ſeruus adire omnino cogatur hereditatem: an quod ipſa poteſtate iuris fiat & exiſtat heres citra vllam aditionem? pro illo facit, quod vtique in ſeruo nihil tale eſt, propter quod ſtatim ipſo iure exiſtere poſſit heres. Sed hoc poſterius tamen verius eſt, primo quia quoad qualitatem neceſſitatis confertur ſeruus cum liberis, qui iure ciuili hoc reſpectu & effectu dicuntur neceſſarii, quod efficiuntur heredes poteſtate iuris: licet & ſuitas aliquid hic faciat, ſecundo quia nemo præciſe vt adeat hereditatem cogi poteſt, cum hoc facti ſit *l. 3. in fin. Cod. de hered. inſt.* itaque vt ſeruus eſſet obſtrictus creditoribus hereditariis, heredem eum ipſo iure conſtitutum oportuit. Tertio hanc ſententiam textus probant tres; quorum vnus eſt in h. §. vbi protinus poſt mortem teſtatoris ſeruus liber & heres fieri dicitur: Alter in *l. neceſſarius 57. §. vltim. de adqu. hered.* vbi negatur ſeruo facultas abſtinendi, quæ præſupponit ipſo iure factum heredem. Tertius in *leg. furioſus 63. eod. tit.* ex qua furioſus ſeruus, (qui adire ſane non poteſt) dicitur fieri domino neceſſarius heres. Et omnino competit ſeruo huic ſimul hereditas & libertas: hanc autem habet ipſo iure à morte teſtatoris, & eam à ſeipſo accipere dicitur *leg. ex parte 58. de adquir. hered.* nec enim à domino iam mortuo eam vere loquendo accipere dici poteſt: licet eius & orcinus libertus alia conſideratione dicatur. Procedit hoc in eo ſeruo, qui libertatem debet ſoli beneficentiæ teſtatoris: quem adeo quis iuſſus manumittere per fideicommiſſum, inſtituit heredem, nam fit ei neceſſarius heres. *l. ſi ſeruus 84. in prin. de hered. inſtit.* Idemque in alius eiuſdem generis & conditionis ſeruis iuris erit: ex ratione *d. leg.* 84. Quod autem & ſeruus heres neceſſarius fiat, neceſſe ſit, vt vtrumque & libertatem & hereditatem habeat ex ipſo teſtamento, diximus ad §. *ſeruus 4. ſup. de hered. inſt.*

Vnde qui facultates.] Notat vtilitatem præcipuam huius rei, de qua diximus ſup. *libr. 1. ad §. 1. Qui & ex quib. cauſ. manum. non poſſ.* ceteroquin eſt id generale, vt ſeruus ſit neceſſarius heres, licet maxime etiam dominus ſit ſoluendo.

Pro hoc tamen incommodo.] Quod videlicet poſitum eſt in iniuria, quam ſeruus patitur, ex bonorum diſtractione vel poſſeſſione. Quæ tamen videtur potius imaginaria & putatiua, quandoquidem in rei veritate conſtat, debita à ſeruo contracta non fuiſſe.

Illud commodum.] Duriuſculum fuiſſet, ſi etiam in bona, ſi quæ ſeruus poſt mortem domini ſui & patroni ſibi quæſiuiſſet, creditoribus ius diſtrahendi permiſſum fuiſſet. Ea itaque ſeparat & retinet ſalua h. §. Quæ ſeparatio ita ei conceditur, ſi non immiſcuerit ſe bonis patroni, nec ea attigerit *leg. 1. §. vlt. de ſeparationib.* vbi, quod notandum eſt, ſeruo etiam conſeruatur, quod ei patronus debuit, inſigni humanitatis ratione, cum vtique non poſſit aliud niſi naturaliter debitum fuiſſe: & quod tamen nec vere ita debitum eſt, *leg. nec ſeruus 41. de peculio.* & imo reuera ipſius domini, cum ſeruus nihil habere poſſit. Adeoque vt accipimus debitum cum de actione peculii quærimus, ita ad eum modum, debitum in *d. leg. 1. §. vltim. de ſeparat.* accipi fatendum eſt. Et igitur ſeparatione facta ſerui bona poſt quæſita non diſtrahantur. Cui non obſtat quod hic dicitur, bona heredis diſtrahi: quia teſtatoris bona quæ fuerant, iam ſunt heredis.

TEXTVS.

Digitized by Google

TEXTVS.

2. Sui autem & neceſſarii heredes ſunt: veluti filius, filia: nepos, neptiſue ex filio, & deinceps ceteri liberi, qui in poteſtate morientis modo fuerint. Sed vt nepos neptiſue ſui heredes ſint, non ſufficit, cum eamue in poteſtate aui mortis tempore fuiſſe: ſed opus eſt, vt pater eius viuo patre ſuo deſierit ſuus heres eſſe: aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patris poteſtate: tunc enim in locum patris ſui, nepos neptiſue ſuccedit: ſed ſui heredes ideo quidem appellantur, quia domeſtici heredes ſunt, & quoque viuo patre quodammodo domini exiſtimantur. Vnde etiam ſi quis inteſtatus moriatur, prima cauſa eſt liberorum in ſucceſſione. Neceſſarii vero ideo dicuntur, quoniam omnino ſiue velint ſiue nolint, tam ab inteſtato, quam ex teſtamento ex L. XII. tabb. heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abſtinere hereditate, vt potius parentes, quam ipſorum bona ſimiliter à creditoribus poſſideantur.

COMMENTARIVS.

1 *Sui heredes qui & vnde dicti.*
2 *Suitatis effectus.*
3 *Neceſſitas in ſuo quomodo tollatur.*

DE ſuis aliquid diximus ad §. *poſthumorum ſup. de exhered. lib.* Prorſus ſui ſunt, qui tempore quo teſtator moritur, proximum gradum in familia & poteſtate eius obtinent: in poteſtate enim eſſe non ſufficit, vt hic docet Iuſtin. exemplo nepotum quos pater præcedit: qui licet in poteſtate aui ſint, ſui tamen non ſunt, ſed efficiuntur ſui, ſi pater qui præcedit, morte vel emancipatione ſuus eſſe deſierit: tum enim ſubintrando in locum patris iura ſuorum heredum nanciſcuntur, *d. §. poſtumorum, iunct. l. 7. vnde lib. §. ſui 2. inf. de hered. ab int.* & omnino in eo ſtatu manentes auo ſui heredes exiſtunt: Et tamen cum hodie emancipati liberi ab inteſtato ſuccedant N. 118. *cap.* 1. vtique præferentur liberis ex ſe natis & in poteſtate retentis: neque adeo quo ad effectum ſuccedendi ab inteſtato poterunt nepotes in locum parentum ſuccedere. Et ita neceſſario quo ad hunc effectum impedietur ſuitas: ceteroquin qui ſuum habet heredem, alium habere non poteſt ab inteſtato. Et olim nepos cum patre emancipato coniungebatur *t. t. de coniung. cum emancip. lib.* quod edictum procul dubio hodie ceſſabit.

Sed ſui quidem.] Notant quidem, † ſuos dici 1
heredes, quaſi qui ſibi ipſis ſuccedant, cum viuo patre quodammodo videantur domini, & eo mortuo non tam adquirere, quam potius liberam adminiſtrationem adipiſci: quæ ita dicuntur ad effectum continuationis *h. §. & l. in ſuis* 11. *de liber. & poſtum.* Et poteſt ita accipi ratio à Iuſtin. hic reddita, quod ſui heredes appellentur ita tamquam domeſtici: verbo nimirum domeſtici ſtrictiſſime accepto. Et adpoſite ad hanc rem ICtus in *l. cum ratio* 7. *in pr. de bon. damn.* quod ad debitam ſucceſſionem liberi vocentur, & quod propter hoc ſuorum heredum nomen iure ciuili habeant: & eodem ſenſu in *l.* 1. *§. largius* 12. *de ſucceſſ. edict.* ad bona pene propria venire dicuntur: Nimirum ipſum ius naturæ de quo in *d. l* 7. cauſa fuiſſe in parte videtur, vt ita ius ciuile ſtatueret; ſed ius ciuile etiam de ſuo addidit: ceteroquin iure naturali emancipati non minus liberi ſunt: quamuis & iure gentium dimiſſio liberorum ex poteſtate aliquid operari videatur. Optime facit, quod Cuiac. hic notat ſuos heredes eſſe Græcis αὐτοκληρονόμους, ex quo non adquirere ſed retinere bona dicuntur *l. ſi patronus* 12. *§. vlt. de bon. liber.* & ſeſe immiſcere & exiſtere heredes, quod Græci ἀναφαίνεσθαι appellant. Aut an forte propter ſummam coniunctio-

Digitized by Google

iunctionem cum patre, & quod, vt dixi, maximo & optimo iure bona patris eis debentur patri ſui, & quaſi proprij hæredes dicuntur, Græci, οἰκεῖον & [illegible] hæredem vocant. Suorum autem appellationem eſſe ex L. 12. tabb. probat *l. liberorum 220. de V S.* & confirmat *Cuiac. ad Vlpian. tit. 26. de legit. hæredit.* vbi Legem 12. tabb. quæ eſt ibi relata, recte ita reſtituit: *At ſi inteſtatus moritur, cui ſuus hæres nec exſtabit, agnatus proximus familiam habeto.*

2 Effectus † ſuitatis iſtius eſt, vt liberi fiant hæredes etiam ignorantes, citra vllum factum, & ob id mortui antequam ſciant patrem obiiſſe, hæreditatem paternam acquiſitam ſibi ad quoſcumque hæredes tranſmittunt §. *ſui autem 2. infr. de hæredit. ab int. l. 3. l. licet 8. Cod. de iur. delib.* Hæredes ita fiunt ignorantes, & adeo domini; poſſeſſio autem quæ facti eſt, ita non tranſit nec in ſuos, contra quam Interpp. plerique vulgo putant: quorum opinio iam diu exploſa & confutata eſt, per *l. cum hæred. 23. in pr. de adq. poſſ.* neque enim plus præſtat exiſtentia in ſuo, quam aditio in extraneo: & oſtenſum quam inepte adducatur *l. 2. §. vlt. pro hær.* quippe cum res ibi filio ex cauſa donationis à viuo patre tradita fuerit: cuius hic adeo poſſeſſionem naturalem tenet.

Vnde etiam.] Ex iam relata L. 12. tabb. apparet, quod primo ſuis deinde agnatis deferatur hæreditas. Hodie tamen poſt *N. 118. cap. 8.* cum ſuis ab inteſtato etiam vocantur emancipati: ſicut & olim vocabantur iure prætorio. Itaque quod hic dicitur, ad ius ciuile, & quidem antiquum pertinet; & de tota hac re agitur plenius *infr. de hæred. ab int.* Nam & hoc vt ſui primum vocentur, ad ſucceſſionem ab inteſtato reſtringit hic quoque Iuſtinian. Teſtamento autem facto poteſt pater & maxime ante *N. 115. cap. 3.* potuit exhæredato filio vel alijs liberis, quoſcunque hæredes inſtituere, poteſtate eiuſdem L. 12. tabb. quæ & ad inteſtati ſucceſſionem primo vocauit ſuos & teſtandi liberrimam dedit ciuibus poteſtatem.

Neceſſarij ideo.] Hoc ex iure ciuili commune habent cum ſeruis, vt neceſſario exſiſtant hæredes; quod ex iure poteſtatis natū videtur, quæ apud Romanos ſumma fuit in liberos: vt ſicut hic dicitur, ſiue velint, ſiue nolint, ſint hæredes tam ab inteſtato quam ex teſtamento, ex *L. 12. tabb.* quæ verba exſtant & in vulgatis editionibus, eaq; agnoſcunt Viglius & Baro, neq; improbat Hottom. Neq; ſufficiens ratio eorum expungendorum videtur eſſe, qua Cuiac. & ex eo Pacius, (qui ea itidem omiſit) mouentur: quod neceſſitas ea non ſit ex 12. tabb. ſed ex patria poteſtate, arg. *l. 5. de condit. & dem.* conſtat n. quod Legem veterem Romuli, qua poteſtas ſumma & ius vitæ & necis patri in liberos datum fuit, Decemuiri in tabulas & Leges ſuas retulerint, vt latius egimus ſup. *ad tit. de pat. pot.* Theophilus iſta verba retulit ad illud, quod paulo ante dicitur, in ſucceſſione ab inteſtato primam eſſe cauſam liberorum: quod 12. tabb. ſancitum fuiſſe paulo ante retulimus: itaq; transferenda illa verba non expungenda eſſent; ſi poſteriori huic ſententiæ non quadrarent: ſed enim quadrare probauimus; cum præſertim à Triboniano tanta accuratio non ſit requirenda.

Sed his prætor permittit.] Scilicet iure † ciuili omnino tenentur creditoribus hæreditarijs *l. neceſſariis 57. in pr. de adq. hæred.* Sed prætor conceſſit ipſis, vt abſtinere poſſent & ita liberari à creditoribus paternis, h. §. Ratio eſt in *l. patrſ. 28. de bon. aut. iud. poſſ.* quod prætor parcēdum duxerit pudori filij, vt patris potius quā ipſius filij bona veneāt: & ita infamia iſta potius redundet in defunctum; contra quā ſuadebat rigidum illud & ſummum ius poteſtatis, quod pater ex Legib. & moribus in filium habebat. Idem tribuitur proconſuli in *d. l. 57. de adquirend. hæredit.* quia eſt ex libris *Caij ad edictum prouinciale.* Permittit prætor abſtinere & quidem ABSTINERE, & amplius, vt hic dicitur, *Volentibus illis:* Quæ arguunt neceſſitatem tantum ſublatam eſſe per prætorem, non ſuitatem; quæ etiamnum in effectibus paulo poſt relatis ſpectatur, *fac. l. neceſſ. 57. in prin. de adquir. hæred.* ibi *ſi velint relinquere hæreditatem*, & in *§. ſui 2. infr. de hæred. ab int.* ait ſimplici-

Xxx

Digitized by Google

pliciter Imp. quod exiſtant hæredes, ignorantes; & quod ignorantes obligentur actionibus hæreditarijs *l. 2. de condict. furt.* & ſuitas in pleriſque fauorem filiorum concernit; nocere autem liberis, eſt præter intentionem prætoris. Obijcitur *l. filio 87. iunct. l. nam nec 89. d. leg.* 1. Vbi dicitur iure prætorio, perinde eſſe ac ſi filius liberum arbitrium acquirendo hæreditatis haberet. Ego ita ſtatuo; ꝙ prætor omnino non ſuſtulerit effectum iuris ciuilis, nec effecerit, quo minus poteſtate iuris ciuilis exiſtat ſuus hæres: Sed qua filius vtitur iure prætorio, hactenus eum pro ſuo non haberi, & tunc effectum ſuitatis ſublatum cenſeri; Effectus in eo eſt, quod filius nõ declarato animo ſuo & etiam ignorans patrẽ mortuum, decedens, poteſtate iuris ciuilis vt hæres factus transmittat hæreditatem patris. An autem iure ciuili quoque tollatur iſta neceſſitas, aut ſuitas, per dationem vulgaris ſubſtituti, aut exhæredationem, tractauimus ſupra *de pup. ſubſt. ad pr. n. ad & §. non ſolum* 4. Eius porro quod diximus iure prætorio non tolli ſuitatem, hic effectus eſt, amplius, vt licet abſtinente ſe filio nuda quoque exiſtentia citra immiſtionem confirmentur tabulæ pupillares, vt ſupr. *ad tit.* 16. oſtendimus, & ſuſtineantur libertates *l. ſciendum* 32. *de man. l. teſt. cum quaſi* 30. *§. ſed & ſi* 1c. *de fideicom. lib.* Vbi hac ratione vtitur Iuriſcõſultus, quod non ſit ſine hærede, qui ſuum hæredem habet, licet ſe abſtinentem, itemque facit, vt confirmetur fideicommiſſum vniuerſali, & ſcilicet filius, qui rogatus fuit à patre reſtituere hæreditatem, id recte facere poſſit, licet ſe non immiſcuit *l. ita tamen* 27. *§. ſi pater* 3. *ad SC. Trebell.* quamuis forte fideicommiſſarius maioris ſecuritatis & cautionis cauſa, vt tanto certius tranſeant actiones, ex cauſa impetrare poſſit, vt filius ſe immiſceat & reſtituat: quo refero textum in *leg. recuſare* 6. *§.* 2. *ad SC. Trebell.* cui addo quod filius in *d. l.* 6. noluit reſtituere, vt perinde coactione prætoris hic opus ſit, qui abſtinentem non habet pro hærede. Particularia relicta non ſuſtinentur *l.* 1. *§. vltim. vt in poſſ. legat.* Hinc etiam fit, vt licet pupillus ſe abſtineat bonis paternis, tamen nihilominus poteſtate iuris ciuilis, cum bonis v. c. pupilli cenſeatur coniuncta hæreditas patris, quo ad alios effectus, ita vt ſubſtitutus pupillo, in pubertate defuncto, bona patris à bonis pupilli ſeparare non poſſit, vt diſputat Iuriſconſultus in *l. paterfam.* 18. *de rebus auth. iud. poſſ.* quamuis diuerſum alijs placuiſſe, appareat ex *l. Iulianus* 42. *de adquir. hæredit.* Hinc etiam non pauci, & inter eos Ioh. Fab. hic cenſent, contra ſuum hæredem in dubio fundatam eſſe intentionem creditorum hæreditariorum, & filio incumbere probationem, quod abſtinuerit ab hæreditate, licet contrarium communius receptum teſtentur *Angel. Weſembec. & Mynſ. hic*, Bart. in *l. ſi filius* 12. *de vulg. ſubſtit. n.* 5. *&* 6. creditoribus neceſſe eſſe probare, quod filius ſe immiſcuerit; ex hoc præcipue fundamento, quod pro beneficio abſtinendi non neceſſe habeat filius adire prætorem, ſed illud ex edicto prætoris ita conceſſum ſit, vt competat liberis ipſo iure, citra decretum & cognitionem cauſæ *d. l. filio* 87. *& l* 89. *de legat.* 1.

Vt potius parentis.] Hoc eſt quod ante diximus ex *l. paterfamilias* 28. *de bon. aut. iud. poſſid.* quod prætor parcat pudori filij; qui tamen ſerui pudori non pepercit, nec ius abſtinendi ei dedit. Rationem reddit Theophil. quod ex duobus, quorum vterque paris conditionis, & v. c. vterque ingenuus eſt, præſtet defunctum ſuſtinere ignominiam potius, ꝗ viuentem. Et quid igitur ſibi hic vult verbum *ſimiliter*, dum ait Iuſtinian. vt potius parentis quam filiorum bona *ſimiliter* à creditoribus poſſideantur? cum alia liberorum ſit ratio, alia ſeruorum, de quibus egit in *§. præceden.* Nullã video ſimilitudinem, niſi quod defuncti bona vtrobique poſſidentur: ſed hic defuncti nomine, illic nomine hæredis, quę potius diſſimilitudo eſt, adeo magis eſt, vt verbum *ſimiliter* abundet hoc loco; & vix bonum habeat ſenſum.

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

3. Ceteri, qui teſtatoris iuri ſubditi non ſunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi quoq; noſtri, qui in poteſtate noſtra non ſunt, hæredes à nobis inſtituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de cauſa & qui hæredes à matre inſtituuntur, eodem numero ſunt: quia fœminæ in poteſtate liberos non habent. Seruus quoque à domino inſtitutus hæres, & poſt teſtamentum factum ab eo manumiſſus, eodem numero habetur.

COMMENTARIVS.

TRibus propoſitis hæredum ſpeciebus in *princ. tit.* cum perſonæ h. §. enumeratæ, non ſint neceſſarij, nec item ſui & neceſſarij, relinquitur neceſſario eas eſſe extraneas hæredes. Et ita ſane eſt, ſi extraneitatem, (vt ita loquar) æſtimemus ex eo, quod quis libere adire & repudiare hæreditatem poteſt, idque iure quoque prætorio: nam & emancipati, qui iure prætorio inſtituendi, aut exhæredandi erant, iuxta §. *emancipatos. 3. ſupr. de exhæred. lib.* ipſo tamen iure prætorio non efficiebantur hæredes, ſed bonorum poſſeſſionem contra tabulas libere omittere poterant, ſi præteriti à patre fuiſſent; Ceteroquin verbum extranei, aut non extranei latius ſumi poteſt. Et ab inteſtato ſi diſputamus, quicunque à Lege ad ſucceſſionem inteſtati vocantur, poſſunt latiore vocabuli acceptione, non extranei dici, quo ſenſu *Caius lib. 2. inſtit. tit. 3. de exhæred. lib. in fin.* eſſe dicit extraneos hæredes, qui nullo propinquitatis gradu teſtatori iunguntur. Sed ſane appellationem fateor hanc paulo eſſe abuſiuam.

Magis poſſunt dici ij non extranei, hæredes, qui ſunt ex deſcendentibus *l. 1. Cod. de impon. lucr. deſcr.* & omnino, qui teſtamento per præteritionem, aut exhæredationem excluſi ius impugnandi teſtamentum, ciuili, aut prętorio iure habent. Hoc ſenſu emancipati, qui & exhæredati querelam inofficioſi, & præteriti, iure prætorio bonorum poſſeſſ. contra tabb. habent, non poſſunt dici extranei hæredes omnimodo: ſed nec liberi reſpectu matris, a qua præteriti impugnare per querelam teſtamentum, & imo hodie *poſt N. 115. cap. 3.* id dicere poſſunt nullum. Amplius emancipati, qui per *N. 118. cap. 1.* ab inteſtato cum ſuis concurrunt, non poſſunt amplius inter extraneos hæredes ſimpliciter referri. Eadem ratione parentes quoque, qui præteriti inofficioſi querelam, & hodie ex *d. N. 115. cap. 4.* ius dicendi nullum habent, non poſſunt ſimpliciter extranei hæredes liberorum videri. Quin porro conſtitutio Theodoſij iam ante Iuſtinian. in *l. vn. Cod. de his, qui ant. ap. tabb.* ſuitatis effectum hunc dedit liberis quibuſcunque in ſucceſſione matris etiam, (quo argumento idem recte defenditur in emancipatis) vt ſucceſſionem ſiue hæreditatem ignorantes quoque, adeo nec agnitam ad poſteritatem ſuam, & liberos transmittant; quæ res facit; vt non ſimpliciter extranei, ſed mixti quaſi generis hæredis videantur appellandi. Quæ ſane pro limitatione, & explicatione huius §. notanda ſunt.

Liberi hæredes à nobis inſtituti.] Cur dum loquitur de emancipatis, facit mentionem inſtitutorum? nam vtique ab inteſtato iure prætorio ſuccedunt. Puto ideo factum, quia loquitur hic de iure ciuili, quo olim emancipati ab inteſtato nullo modo ſuccedebant: Sed tantum inſtituti; & extranei hoc caſu erant, iuxta eum ſenſum, quo hic diximus extraneos appellari, qui videlicet non fiunt hæredes iuris poteſtate, ſed adire, aut repudiare hæreditatem poſſunt. Ceteroquin non omnino hactenus ſunt extranei, quod

iuxa *l. vn. Cod. de his qui ant. ap. tab.* hæreditatem non aditam etiam ignorantes ante defuncti ad liberos ſuos transmittunt. Etenim communis magis & vera eſt Dd. ſententia *in d. l. vn.* quod conſtitutio ea pertineat quoque ad emancipatos; neque ratio differentiæ idonea inter matris liberos & emancipatos dari poteſt; licet enim in emancipatione factum patris & filij conſenſus interueniat, manent tamen naturâ liberi, & vero fundatur d. conſtitutio in æquitate & ratione naturali. Alias communis eſt ſententia, quod emancipati licet hodie poſt N. 118. *cap.* 1. ab inteſtato ſuccedant cum ſuis, tamen non ſuccedant vt ſui, ſed aditione opus habeant; nec citra eam transmittant hæreditatem, nimirum ad quoſcunque hæredes; omnino enim per *d. l. vn.* excipiendi ſunt emancipatorum liberi, in quos ſimpliciter transmiſſio fiat hæreditatis.

Qui hæredes à matre inſtituuntur.] Eadem hic repetenda ſunt, quæ de emancipatis à patre inſtitutis modo diximus.

Seruus quoque.] De hoc actum eſt in §. *ſeruus autem* 4. *ſup. de hæred. inſt.*

TEXTVS.

4. In extraneis hæredibus illud obſeruatur, vt ſit cum eis teſtamenti factio, ſiue hæredes ipſi inſtituantur, ſiue ij, qui in eorum poteſtate ſunt: id duobus temporibus inſpicitur: teſtamenti quidem facti tempore, vt conſtiterit inſtitutio: mortis vero teſtatoris, vt effectum habeat: hoc amplius & cum adit hæreditatem, debet eſſe cum eo teſtamenti factio: ſiue pure, ſiue ſub conditione inſtitutus ſit: nam ius hæredis eo tempore maxime inſpiciendum eſt, quo adquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum teſtamentum, & mortem teſtatoris, vel conditionem inſtitutionis exiſtentem, hæredi mutatio iuris non nocet: quia vt diximus tria tempora inſpici debent. Teſtamenti autem factionem non ſolum is habere videtur, qui teſtamentum facere poteſt, ſed etiam, qui ex alieno teſtamento, vel ipſe capere poteſt, vel alij adquirere, licet non poſſit facere teſtamentum. Et ideo furioſus & mutus, & poſtumus, & infans & filiusfamil. & ſeruus alienus teſtamenti factionem habere dicuntur. Licet enim teſtamentum facere non poſſint, attamen ex teſtamento, vel ſibi, vel alij adquirere poſſunt.

COMMENTARIVS.

1 *An duo, an tria tempora inſpiciantur.*
2 *An diuerſum ſit tempus mortis & aditionis.*
3 *Quid in ſuis hæredibus.*
4 *Quid in caſu ſerui inſtituti.*
5 *Teſtamenti factio paſſiua.*

QVoniam, vt *ſup. ad pr. tit.* diximus, præcipue de ratione adquirendi hæreditatem tractatur, merito hic docet Iuſtin. quo tempore, vel quibus temporibus hæredem ſcriptum oporteat eſſe capacem, vt adquirere hæreditatem poſſit. Et ait, ſpectari duo † tempora teſtamenti facti, & mortis teſtatoris; 1
ſed mox adiicit & tertium, de quo dubitari non poterat, adeundæ hæreditatis. Ita enim accipiendum eſt, quod ait, dum ADIT hæreditatem, id eſt, cum vult, aut debet adire, & cum de adeunda hæreditate agitur; alias implicaret contradictionem, eum adire hæreditatem, qui eſt incapax. Atq; ita etiam Iuriſconſultus in *l.* 49. *ſi alienum* §. 1. *de hæredit. inſt.* quod tamen videbitur alicui factum inſubtiliter; vt dicamus duo tempora inſpici, & mox addatur tertium; cum longe expeditius eſſet dicere, & rectius, quod tria tempora in-

Digitized by Google

ta inſpiciuntur, facti teſtamenti, mortis & adeundæ hereditatis: primum, vt conſiſtat inſtitutio, ſecundum, vt confirmetur: tertium vt habeat executionem, quod Angelus hic notat. Sed eleganter, vt puto dicemus, propterea hoc factum, quod duo illa † tépora inſpiciuntur ſemper, & ſemper inuicem ſunt diſtincta, non itidem & illud tertium, ſed tum demum, cum ſub conditione heres eſt ſcriptus. Exiſtimo enim omnino, vbi inſtitutio conditionem non habet, ſed pura eſt, mortis & adeundæ hereditatis tempora non eſſe diſtincta, & ſi pure ſcriptus mortis tempore teſtatoris capax non ſit, quo tempore ſtatim debet adiri hereditas, eum adire non poſſe, licet poſtea efficiatur capax. Sed idem tamen eſt in conditionali inſtitutione, vt dicemus Pag. ſeq. Et illud omnino verum eſt, quod qui non eſt capax tempore mortis, non poſſit vllo modo adquirere hereditatem. Sed ideo tertiū tempus adiicitur, quod ſi poſt mortem aliquid ſuperueniat heredi pure inſtituto: ille tum non poſſit adquirere hereditatem: licet aliquanto tempore poſt rurſus fiat capax, quod veriſſimum puto: & adeo adhuc ſufficiunt hic duo tempora inſpecta, nam fruſtra quæritur an adquirere poſſit hereditatem qui incapax eſt, & media tépora tantum ſunt inter teſtamentum & mortem, quæ non nocent, & inter teſtamentum vel etiam mortem, & conditionatam inſtitutionem. Vbi enim pure inſtitutus tempore mortis eſt aut poſt fit incapax, nihil amplius exſpectamus. Hinc in ſumma videatur inſubtiliter illud de tertio tempore adiici, ſiue pura ſit inſtitutio ſiue conditionalis, ſed ſcil. in hac inſpicitur tempus exſiſtentis conditionis inſuper. Et huc facit, quod mox dum media tempora nocere negat Iuſtin. ait, non nocere media tempora inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris, item inter mortem teſtatoris, conditionemque inſtitutionis exiſtentem: ceteroquin dixiſſet & dicere debuiſſet ſimpliciter non nocere tempora inter mortem teſtatoris & aditionem. Facit, quod tempus aditionis coniungitur cum tempore mortis. Et quamuis dici poſſit hoc non eſſe veritatis, ſed fictionis ne vmquam teſtator ſine herede fuiſſe videatur, & in rei veritate iſta tempora eſſe diſtincta, attamen nulla ratio ſuadet, imo ratio non permittit, vt hæc tempora quo ad hunc effectum diſtinguamus, cum nulla iuris ratio impediat, quo minus recta & ſtatim fiat aditio, ſed tantum ad deliberandum ſpatium dari ſoleat, quod ſecus eſt, vbi inſtitutio habet conditionem. Facit, quod ſi in caſu inſtitutionis puræ, diſtinguamus tempus mortis & aditionis, ſequeretur in caſu inſtitutionis conditionalis inſpiciendum eſſe tempus conditionis exiſtentis & aditionis, & ita quatuor tempora, quia exiſtens conditio purificat inſtitutionem. Iſtud autem nuſquam traditum eſt, ſed omnino vbi conditionalis inſtitutio eſt, ſpectatur tempus teſtamenti, mortis, & exiſtentis conditionis, per hunc ipſum textum. Nec quidquam obſtat *l. verum 58 de manum. teſtam.* vbi fauore libertatis, ſufficit ſeruum rurſus factum hereditarium, ante aditam hereditatem, licet adhuc eſſet alienus, cum teſtator moreretur.

Ait autem Iuſtinianus in pr. huius §. in extraneis iſta duo ſiue tria tempora ſpectari. Et quid igitur † in ſuis? Et conſtat, vtique in his 3 non poſſe diſtingui tempus mortis & adquiſitæ hereditatis, quoniā illo ipſo puncto quo pater moritur, exiſtunt heredes etiam ignorantis. Verum iuxta ea quæ diximus, non erit hactenus differentia inter ſuos & extraneos: Præterquam quod ſui & quidem filii non poſſunt ſcribi heredes ſub conditione caſuali, vt tractauimus *ſup. de hered. inſtit.* vtique autem debent eſſe & hi capaces tempore inſtitutionis & mortis, quin hæc in ſuis eſſe videtur inepta quæſtio, cum non poſſit eſſe filius ciuis Romani, qui non idem ſit capax. Illud quæri poteſt, an neceſſe ſit, vt vtroque tempore ſint ſui. Quod videtur affirmandum, eo argumento, quod poſtumus is dicitur recte inſtitui, qui ſi tempore teſtamenti facti naſceretur, inter ſuos futurus eſſet teſtatori. Sed vt ita ſit in poſtumo, ſuo, cuius inſtitutio fauorabiliter admiſſa eſt; ceteroquin contrarium

verius eſſe ex eo manifeſtum eſt, quod ſupra diximus ad §. 1. *quib. mod. teſt. infirm.* ſi quis inſtituerit extraneum, & poſt teſtamentum eum in filium arroget, teſtamentum non rumpi, cum ſe reperiat inſtitutum: hic enim tempore mortis demum ſuus eſt, neque hoc ad capacitatem heredis, ſed tantum ad qualitatem pertinet. Et notant Interpp. in ſuis ius ſatis liquidum eſſe, proinde nihil neceſſarium fuiſſe, in ſpecie de illis admonere. Ab inteſtato porro ſpectatur tempus mortis: niſi teſtamentum factum aliquanto tempore poſt deſtitutum & ad nihilum redactū ſit: tum enim ſpectatur hoc ipſum tempus deſtituti teſtamenti, iuxta §. *cum autem* 7. *infra de hered. ab inteſt.* Sed redeundum nobis eſt ad ſuperius de temporibus quæ inſpiciantur in extraneis heredibus, ſiue pura ſit inſtitutio, ſiue conditionalis, res enim non ſatis eſt extricata. De inſtitutione pura repeto quod ante dixi, & omnino contendo, neceſſum eſſe, vt duobus temporibus ſit capax heres, teſtamenti facti & mortis teſtatoris, quo ſi incapax ſit fruſtra quæri de tempore adeundæ hereditatis: & proinde inſubtiliter hoc tertium tempus addi *h. §. & in l. 49. de hered. inſtit.* De inſtitutione conditionali duo quæruntur. Et primum an in hac quoque neceſſum ſit, vt ſit habilis & capax heres, eo tempore quo decedit teſtator. Video hoc negari quidem à Ioh. Fabro hic, qui putat tantum facere quantum ad hoc propoſitum, vt Fab. loquitur, in conditionali inſtitutione, tempus conditionis exiſtentis, quantum in inſtitutione pura tempus mortis, & ait hoc probari per *d. l. 49. §. 1. de hered. inſt. & hunc §. verſ. medio* ibi, *vel conditionem inſtitutionis*: confirmat & inde, quod alias ſequeretur quatuor tempora eſſe inſpicienda in conditionali inſtitutione, teſtamenti facti, mortis, exiſtentis conditionis, & adeundæ hereditatis. Verum hæc ſententia mihi rationi & veritati iuris noſtri congruere non videtur. 1. Quia Iuſtin. *h. §. & ICtus in d. l. 49.* ſimpliciter in heredibus extraneis tempus & illud inſpiciendum cēſent, quo teſtator mortuus eſt: & cum mox de inſtitutione conditionali ſubiiciant, nec diuerſum obtinere ſcribant, ſatis hoc ipſo cōprobatur, in hac quoq; inſtitutione oportere inſpici tempus mortis. 2. Facit quod tempus hoc quo teſtator moritur, principale tempus eſt, quo confirmari teſtamentum conſtat, & longe magis attendendum, quam tempus teſtamenti facti, quod pendet ab arbitrio mero teſtatoris. 3. Præcipue moueor, quod iuxta notiſſimam regulam iuris, tempus aditæ hereditatis cum tempore mortis coniungitur: ideoque oportet extrema eſſe habilia. Et 4. pertinet eodem, quod non alia ratio facit vtilem inſtitutionem conditionalem, vt ſcripſimus *ad §. heres 11. ſup. de hered. inſtit.* quam quod conditio quandocunque exiſtens retrotrahitur ad tempus mortis: quod fieri non poſſet, ſi heres tempore mortis incapax fuiſſet. Nec obſtant quæ Faber pro ſe adducit: neque animaduerto quomodo aut ex §. noſtro, aut ex *l. 49. de hered. inſt.* cōfirmetur eius opinio, quin imo verba textus, *ſiue pure ſiue ſub conditione facta ſit inſtitutio*, poſſunt recte & ad illud trahi, quod inſpiciatur tempus mortis. Neque erunt quatuor tempora, ſi tempus exiſtentis conditionis cum tempore mortis cōiungimus. Illud enim vtique apparet, oportere tempore exiſtentis cōditionis habilem & capacem eſſe, quia tum de adquirenda hereditate agitur.

Medio autē tempore.] Eſt *in l. ſed ſi 6. §. 2. l. 49. §. 1. de her. inſt.* In inſtitutione pura, duo tantum ſunt extrema, teſtamenti facti & mortis, & vt diximus, ſi mortis tempore ſit incapax heres, non poteſt tum vllo modo poſt adquirere hereditatem. Si tum capax eſt, & poſt incapax fiat, non poterit itidem fieri heres, quia nullum ſupereſt aliud extremum, quod inſpiciamus, & hactenus temporis hereditatis adeundæ tamquam tertii aliqua conſideratio haberi poteſt, ſed hactenus diuerſa ratio eſt inſtitutionis conditionalis, quæ facit extremum tertium, ita vt ſi ſub conditione ſcriptus heres tempore mortis capax ſit, & pendente conditione incapax factus, rurſus exiſtente conditione capax reperiatur, recte adire hereditatem poterit, idque facit ratio ipſa quam

ſupra

ſupra adduximus, quod coniungatur tempus conditionis exiſtentis cum tempore mortis, atque hoc efficitur *ex d. l. ſi alienum 49. de her. inſt.* & ex *hoc verſ.* vbi Iuſtin. ait, medio tempore inter factum teſtamentum, mortem, & conditionem exiſtentem, heredi mutationem iuris non nocere, quibus verbis, cum ſubiiciat, tria tempora inſpici, ſatis indicat non ſatis ſubtiliter, ſupra inter tria tempora referri adeundæ hereditatis tempus, ſiquidem alias numerabuntur quatuor tempora, quoniam hoc loco tertium tẽpus, facit tempus conditionis exiſtentis, exiſtentia enim hæc conditionis purificat tantum inſtitutionem, non autem ipſo iure facit heredem extraneum, ſed adhuc opus eſt hereditatis aditione, aut dicendum erit, propter fictionem retrotractionis, pro eodem haberi à Iuſtiniano tempus exiſtentis conditionis & mortis teſtatoris. Quod diximus non nocere heredi, ſi inter mortem & pendentem conditionem incapax fuerit, modo ſi tempore mortis fuerit capax & exiſtentis conditionis, obſtare ei videtur *l. ſub conditione. 20. de lib. & poſt.* vbi filius qui ſub conditione inſtitutus eſt, ſi ſe dederit adrogandum pendente conditione, negatur heres neceſſarius futurus patri. Reſp. 1. ibi non agi ſimpliciter de herede, ſed neceſſario herede, & qui arrogandum ſe dat, non ex eo fit incapax, ſed vt quis fiat neceſſarius heres oportet qualitatem illam ſemper durare. Fiet igitur heres ibi quidem filius, ſed non fiet neceſſarius heres. Deinde reſpondeo, filium nõ poſſe inſtitui niſi ſub conditione poteſtatiua, quæ cum ſit in ipſius arbitrio, non poteſt ita ſuſpendere effectum rei, vt caſualis. Fruſtra autem hic obiicitur regula Catoniana: Quod ab initio vitioſum eſt, poſtea minime conualeſcere, nam inſtitutionem initio & ſcilicet tempore teſtamenti facti validam & rectam proponimus, media autem tempora non nocere iure prouiſum eſt. Vnus hic ſcrupulus † ſupereſt: Ait Iuſtin. in pr. quod ſpectentur

4 iſta tempora, ſiue de heredibus inſtitutis ipſis, ſiue his qui in poteſtate eorum ſunt quæramus, vt nimirum ſi inſtitutus ſit ſeruus, qui ipſe incapax eſt, dominium, ex cuius perſona inſtitutio certo iure vires capit, iſtis temporibus oporteat eſſe capacem. Cui obiicitur *l. ſi ſeruus 82. de adq. hered.* vbi dominus ſerui inſtituti proponitur incapax, & reſpondetur tamen, dominum nouum alienati poſt ſerui, vel ſeruum ipſum manumiſſum admitti ad hereditatem. Reſponſio duplex eſt. 1. Quod vbi ſeruus inſtituatur, domini quidem perſona inſpiciatur, ſed nihilominus etiam perſona ſerui, quem teſtator cogitauit ipſum ad libertatem & ad hereditatem peruenire, aut per eum alium dominum fieri poſſe heredem, vt latius diximus *ſup. de hered. inſtitut.* & in Inſtit. multa generalius tantum, nec ita accurate traduntur.

Altera eſt, ex inſcriptione *d. l. 82.* deſumpta, quæ eſt *ad L. Iuliam Papiam*: ex qua ciues Romani aliqui, (ex teſtamentis præſertim certarum perſonarum,) veluti, orbi, cœlibes, non poterant capere. Itaque intereſt, an quis omnino ſit incapax hereditatis, veluti deportatus, an non omnimodo, & qui facile capax poſſit fieri. Illius (nam & deportatus ſeruum poſt adquiſitum poteſt habere *l. ſi deportati 7. de legat. 3.*) ſeruus fruſtra inſtituitur: huius autem recte: Quæ reſponſio confirmatur ex iſta *dict. leg. 82. de adquirend. hered.* quæ etiam agit de domino, qui poteſt capere partem, quam ſimpliciter incapax, veluti qui ciuis Romanus non eſt, capere nequit. Sed de his plus ſatis.

Teſtamenti autem † factionem.] Factionem 5 teſtamenti Interpp. ex hoc loco duplicem faciunt, actiuam & paſſiuam. Sed inſubtiliter ſane dicitur paſſiua factio, cum factio, ſignificet actionem. Et quamuis ita quoque loquatur ICtus *in l. filiusf. 16. in pr. & 16. §. 1. de teſtam.* vt habere dicat teſtamenti factionem, eos qui heredes inſtitui & ex teſtamento adquirere poſſunt, fatendum tamen eſt id dici pingui Mineruа: & rectius, quod cum iis ſit teſtamenti factio, quod iam ſupra notauimus ad *§. teſtes de teſtam. ord.* Hunc modum loquendi ex XII. Tabb. manaſſe putat Hotoman. hic.

Et mu-

Et mutus.] Deſumptum hoc eſt ex *d. l. 16. de teſtam.* ſed parum caute poſt *l. diſcretis* 10. *C. qui teſtam. fac. poſſ.* vbi Iuſtin. mutis qui ſcribere poſſunt, ſimpliciter permiſit teſtamenti factionem quam vocant, actiuam.

Et poſtumus.] De hoc ridicule dubitetur, an teſtamẽtum facere poſſit, nec tamẽ propterea hæc expungenda, aut in d. l. 16. pro *poſthumus* legendum eſt *mutus*, vt vult Hottom. hic, cum & Theophilus verbum poſthumi reticuerit. An autem & qui poſſint poſthumi inſtitui, dicemus *infra ad §. poſtum. 26. de legat.*

Vel alii.] Hæc ad ſeruum alienum pertinẽt. Porro quod furioſum attinet, vno tantum caſu cum eo teſtamenti factionem eſſe, & ſcilicet ſibi eum ex teſtamento adquirere poſſe ſcribit Theoph. ſi à patre ſit inſtitutus: Ceteroquin ab alio ſcriptum, interim dum reſipiat, nec ſibi nec alii eum poſſe adquirere hereditatem, vtpote quam adire non poſſit, cum ad hoc animus requiratur, poteſt autem curator eius nomine agnoſcere bonorum poſſeſſionem *l. vlt. §. ſi autem 3. C. de curat. fur. l. 1. de bon. poſſ. fur. &c.*

TEXTVS.

Extraneis autem heredibus deliberandi poteſtas eſt, de adeunda hereditate, vel non adeunda. Sed ſiue is cui abſtinendi poteſtas eſt, immiſcuerit ſe bonis hereditatis: ſiue extraneus cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit: poſtea relinquendæ hereditatis non habet facultatem, niſi minor ſit XXV. annis, nam huius ætatis hominibus, ſicut in ceteris omnibus cauſis, deceptis, ita & ſi temere damnoſam hereditatem ſuſceperint, prætor ſuccurrit. Sciendum eſt tamen D. Hadrianum etiam maiori vigintiquinque annis veniam dediſſe, cum poſt aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emerſiſſet. Sed hoc quidem D. Hadrianus cuidam ſpeciali beneficio præſtitit. Diuus autem Gordianus tantummodo militibus hoc conceſſit, ſed noſtra beneuolentia commune omnibus ſubiectis imperio noſtro, hoc beneficium præſtitit, & conſtitutionem tam æquiſſimam quam nobiliſſimam ſcripſit, cuius tenorem ſi obſeruauerint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere contingit bona hereditatis, vt ex hac cauſa neque deliberationis auxilium ſit eis neceſſarium, niſi omiſſa obſeruatione noſtræ conſtitutionis, & deliberandum exiſtimauerint, & ſeſe veteri grauamini aditionis ſupponere maluerint.

COMMENTARIVS.

HEres adita hereditate defunctum repræſentat, & in omne eius ius ſuccedit, itaque pariter vt defunctus obligatur & tenetur, quo ad eas nimirum obligationes, quæ ex contractibus & conuentionibus deſcendunt: nam vt ſupra diximus, delicta penitus cohærent perſonæ defuncti, nec quoad delicta vlla eſt repræſentatio, vnde efficitur, vt actiones ex delicto in heredem dari non poſſint, de quo forte inferius lib. 4. commoda erit agendi occaſio. Obligationes ex conuentionibus deſcendunt omnes in heredem regulariter, itaq; ex his, vt ipſe defunctus in ſolidum tenetur licet bona hereditaria ad ſoluendum minime ſufficiant, quoniam poſt aditam hereditatem confuſis omnibus bonis iam non vt defuncti, ſed vt heredis bona conſiderantur (quod an fallat in teſtamento militis per *l. in teſtamento 12. C. de teſtam. milit. v. infr. ad pr. tit. de L. Falcid.*) Idque in actionibus hereditariis, quæ ex contractu defuncti veniunt, & quibus ipſe defunctus tenebatur. Secus in legatis,

legatis, licet enim ſimpliciter adita fuerit hereditas, ſalua manet heredi Falcidia. Rationẽ poſt alios reddit Porcius hic, quod ex contractibus obligat⁹ fuerit defunctus creditorib⁹, ſed non legatariis. Verum hæc ratio bona eſt, ad probandum, quod heres in ſolidum teneatur hereditariis creditoribus: ſed quod nõ teneatur eodem modo legatariis, non ſatis probat: & (vt Iaſon ibid. in additionib.) poſſit quis inde efficere, quod nullo modo legatariis heres teneatur. Et poſſim alia ratione efficere, quod legatariis in ſolidum obſtrictus ſit: quia non minus obligationem & actionẽ producunt quaſi contractus, quam veri contractus: legatariis autem heres obligatur ex quaſi cõtractu, & per aditionẽ hereditatis, ad ſatisfaciendum defuncti voluntati: Et eam ſane rationem iuris veteris fuiſſe puto, ſed Lex Falcidia, quæ creditoribus citra iniuriam ius ſuum auferre nõ potuit, nullam putauit ſe iniuriam facere legatariis, qui alias quoq; certarent de lucro captando, ſi permitteret heredi, ex legatis detrahere quartam, vt omnino hereditatis quartam partem haberet. Hodie ſi heres non confecerit inuentarium, legatariis quoque in ſolidum tenetur *l. vlt. C. de iur. delib.* quia Iuſtin. Lex præſumit, hereditatem etiã hactenus fuiſſe ſoluendo, & heredem dolo egiſſe, & aliqua ſubtraxiſſe. Sed fere hæc obiter. Cum igitur ius ita eſſet, heredes ne cum periculo onerib. implicarentur, ſolebant à prętore tempus petere deliberandi, vt exploratis prius hereditatis viribus, conſtituerent, an adire an repudiare hereditatem expediret. Atq; hoc eſt beneficiũ iuris veteris, cuius in pr. meminit Iuſtin. Ante enim deliberandum erat, quã adiretur hereditas: quippe quam ſemel aditam, & generalius vt loquar, adquiſitam ſiue per immiſtionẽ à ſuo, ſiue ab extraneo herede per aditionem amplius repudiare non licebat: *l. ſicut 4. C. de repud. her. & h. §.* niſi vt Iuſtinianus ſubiicit, beneficio ætatis, & implorato officio prętoris, qui cognita cauſa minores lęſos in integrum reſtituebat: *l. ait 7. §. ſed et ſi 5. de minorib.* de qua materia hic agendi locus non eſt. Iuſtinianus nouum beneficium introduxit, quod appellatur inuentarii, vt heres in ſolenni inuentario deſcribi curet defuncti omnia bona: quo facto vltra vires hereditatis non tenetur nec creditoribus. Porro formam & modum conficiendi, & quæcunq; huc pertinent, prolixe referuntur & deſcribuntur *in l. vlt. C. de iur. delib.* vnde iſta peti poſſunt. Habet iſtud remedium, hoc incõmodum, quod ita vires patrimonii, quas latere ſæpe intereſt, publicari neceſſum eſt, qua de cauſa ipſe Iuſtin. refert *in d. l. vlt.* aliquos ſupplicaſſe, vt ſibi veteri beneficio & iure deliberandi liceret vti: quod admiſit Iuſtin. & quod heres omiſſo beneficio inuentarii implorare vetus beneficium poſſit, in extremo huius § oſtendit Iuſtin. Hæc ſumma eſt huius §. quędam eius verba percurramus breuiter. Ait:

Extraneis heredibus.] Et mox: *extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet.* Et an igitur ſui non habent nec habuerunt deliberandi beneficium? Nimirum in extraneis apertiora hæc ſunt: & inſuper ius deliberandi ex iure ciuili, quo ſunt neceſſarii, nullum competere poteſt heredibus ſuis: ceteroquin iure prętorio eſſet abſurdum negare iſtud beneficium, ſuis quoque, poſtquã hoc iure abſtinere poſſunt ab hereditate, & igitur ſicut extranei deliberant, an hereditatem adire velint, vel repudiare: ita ſui deliberant, an ſe immiſcere velint an abſtinere. *l. ait 7. cum ll. ſeqq. de iur. delib.*

Immiſcuerit ſe.] Hoc ita in puberibus aut maioribus iuris eſt, vt ſi immiſcuerint ſe, hi plane non poſſint, illi demum impetrato à prætore reſtitutionis beneficio poſſint abſtinere. Nã impuberibus ſpeciatim hoc dedit prætor, vt poſſint etiam poſt immixtionem abſtinere *l. impuberibus 11. & l. neceſſariis 57. de adq. hered.*

Ceteris omnibus cauſis.] Paulo laxius loquitur Imp. *in omnibus.* ſunt enim exceptiones, & aliqui caſus in quibus minori denegatur reſtitutio, vt ſi ſe paſſus fuerit venundari, ſi iurauerit ſi deliquerit, & alii qui in materia reſtitut. notantur.

Deceptis.] Latius hoc verbum hic ſumitur: conſtat enim non ſolum eos qui dolo inducti ſed etiã qui alias facilitate lapſi ſunt, & omnino, vt

Digitized by Google

no, vt alibi legimus, lapſis & circumſcriptis minoribus per prætorem ſuccurri, & ita hic quoque dicitur minoribus ſuccurri, ſi TEMERE adierint hereditatem damnoſam.

Cum poſt aditam.] Hic enim ſingularis caſus eſt, & prætor quoque Edicto ſuo De maioribus, ſubiecit generalem clauſulam: *Si qua mihi iuſta cauſa* videbitur.

Poſtea militibus tantum.] An igitur ſublatum fuit ius Hadriani? Ego ſic accipio, quod Gordianus hoc dederit militibus in vniuerſum, & generali quadam ſanctione, vt hereditatem repudiare poſſent, etiam ſemel aditam ob æs alienum latens, quod poſt emerſit, hoc autem non eſt conceſſum paganis, quo minus autem aliquo caſu emergenti, poſſit magiſtratus aditus cauſa cognita hoc indulgere, Gordianus haud abrogauit, nec cum ratione abrogare potuit.

TEXTVS.

Item extraneus heres teſtamẽto inſtitutus, aut ab inteſtato ad legitimam hereditatem vocatus, poteſt, aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate ſuſcipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, ſi vtatur rebus hereditariis tamquam hæres, vel vendendo res hereditarias, vel prædia colendo locandove, & quoquo modo voluntatem ſuam declaret, vel re vel verbo, de adeunda hereditate: dummodo ſciat eum in cuius bonis pro herede gerit, teſtatum inteſtatumue obiiſſe: & ſe ei heredem eſſe. Pro herede enim gerere eſt, gerere pro domino: veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem extraneus fit heres nuda voluntate: ita deſtinatione contraria ſtatim repellitur ab hereditate. Eum qui ſurdus vel mutus natus, vel poſtea factus eſt, nihil prohibet pro herede gerere, & adquirere ſibi hereditatem, ſi tamen intelligit, quid agit.

COMMENTARIVS.

1 *Duplex modus adquirendi hereditatem.*
2 *Quid ſit, pro herede gerere.*
3 *An nuda deſtinatione quis fiat heres.*
4 *Heres pro domino.*
5 *Aditio ſolennis per cretionem.*

HIc iam tractat de proximis modis & cauſis adquirendi hereditatem; & quidem in perſona extranei heredis, ſui enim ipſo iure exiſtunt, & non adquirunt hereditatem, ſed ex iure prætorio, quia abſtinendi ius habent, immiſcere ſe dicuntur hereditati, non eam adire, ſed retinere *l. ait 7. de iur. delib. l. si patronus 12. §. vlt. de bon. libert.* ſicut eadem de cauſa, non repudiare hereditatem, ſed ea abſtinere dicuntur *l. impub. 11. l. eum 87. de adquir. hered.*
Vt de extraneis heredibus † agamus, adqui- 1
runt hi hereditatem animo & declaratione voluntatis, quæ ſcil. declaratur, fit vel verbis vel factis: hæc quæ factis fit, dicitur in ſpecie, geſtio pro herede, gerere enim aliquid facere ſignificat. Declaratio quæ fit verbis, ſolet in ſpecie aditio dici: licet dubio procul adire hereditatem, in genere ſignificet, adquirere hereditatem, & proinde etiam geſtionem pro herede comprehendat. Et hæc diſtinctio probatur ex *l. pro herede 20. h. t.* vbi dicitur, eum pro
herede gerere, † qui aliquid facit quaſi heres. 2
Nec contradicit, quod ICtus ibidem mox addit, pro herede gerere non tam eſſe facti quã animi: quia ſignificat, ipſum factum per ſe, non obligare hereditati, ſed ſi ſit factum animo heredis: poteſt enim idem ab alio fieri animo negotiorum geſtoris. Probatur itidem *ex h. §. in pr.* vbi diſtinguit Iuſtin. quod quis aut pro herede gerendo, aut nuda voluntate poſſit heres fieri. Vbi tamen Iuſtinian. ſibi ſtatim contradicere videtur, dum pro herede gerere ait eum, qui quoquo modo vel

Digitized by Google

vel re vel verbo voluntatem de hereditate adquirenda declaret. Itaque *verſ. & quoque.* eſt accipiendus pro ſeparata oratione, vt ſciamus Iuſtin. repetere, quod ante dixit, adquiri hereditatem aut pro herede gerendo, (quomodo hereditas acquiritur per declarationem voluntatis RE & facto) aut nuda voluntate: (quomodo adquiritur per declarationem voluntatis VERBO) & ſic erit locutio defectiua, & quæ referatur ad ſuperius, quod his duobus modis heres quis fieri poſſit. Aut erit fatendum, quod Iuſtin. primo, *pro herede gerere*, accipiat in ſpecie, poſtea latius & in genere, vt etiam eam adquiſitionem, quæ fit verbis, comprehendat, quomodo ſane *pro herede gerere*, vſurpatur *in l. ſi filius 13. de interrog. in iur. fac.* vt gerere pro herede, perinde ibi ſit, ac ſe gerere pro herede. His præmiſſis §. noſtri verba videamus. Ait Iuſtin.

Item extraneus] Cur extranei heredis mentionem faciat, iam ad pr. explicauimus.

Ad legitimam hereditatem.] Legitima hereditas alias in ſpecie ſignificat eam quæ ab inteſtato defertur *l. 1. l. Legitimam 8. de petition. heredit. l. is qui 13. in pr. de adquir. hered.* laxiori ſignificatu comprehendit etiam hereditatem teſtamentariam *l. lege 130. de verb. ſignif.* & omnino ciuilem hereditatem: vt videtur ſumi hoc loco: nã de hereditate prætoria, quæ in ſpecie poſſeſſio bonorum dicitur *infra lib. 3. tit* 10. agitur: & hæc olim adquirebatur non nuda verborum declaratione, aut etiam pro herede gerendo, ſed adito prætore opus erat & decreto, quod poſt mutatum eſt *l. vlt. C. qui adm. ad bon. poſſ.* de quo *d. tit. 10.*

Aut etiam nuda voluntate.] In ſpecie hanc adi-
3 tionem vocari † diximus. Intelligimus autem voluntatem declaratam verbis: ceteroquin conſtat, vt dicitur vulgo, propoſitum in mente retentum nihil operari: Ait tamen *in l. 3. de interrogat. in iur. fac.* gloſſ. quod adquiſitio hereditatis conſiſtat in occulta voluntate. Et Angel. hic ait, ex nuda quoque deſtinatione quem fieri heredem in foro conſcientiæ, ſed non in foro contentioſo: quoniam ſi poſtea neget ille, qui ita nudo animo deſtinauerit, non poſſit probari contra eum quod ſit heres, quod & Faber probat: itaque hic nulla in ipſis rebus diſcrepantia eſt.

Pro herede gerere.] Diximus pro herede gerere, eſſe, aliquid facere animo heredis: poteſt enim & facere animo negotia gerendi: itemque animo pietatis, aut pro ſuo: quo probato geſtio non facit heredem, *l. pro herede 20. in pr. & §. 1. de adquir. her.* vbi vtile eſſe docet ICtus, vt quis proteſtetur, ſe non facere animo heredis: maxime ſi ſint facta talia, quæ natura ſua tendunt ad hereditatis aditionem, vt pluribus Porcius hic explicat. Obiicitur autem hic *l. gerit 88. de adquir. hered.* vbi dicitur, eum gerere pro herede, qui animo agnoſcat ſucceſſionem, licet nihil hereditarium attingat. Reſpondeo, quod aliquando pinguius accipiatur, *pro herede gerere*, veluti colere fundum, vendere res hereditarias: aliquando paulo ſubtilius: itemque quod attingere aliquid hereditarium eodem modo accipiatur aliquando latius, aliquando ſtrictius, quemadmodum *in d. l. 88.* negatur attingere aliquid hereditarium, qui retinet domum pignori datam vt hereditariam, aut poſſidet rem aliquam alienam hereditariam: qui tamen verbis latius acceptis reuera attingere dicitur, & recte aliquid hereditarium: ſiquidem hæc vtique ſunt facti, nec conſiſtunt in declaratione nudæ voluntatis, cum citra verba vlla perficiantur.

Dummodo ſciat.] Eum qui vult adire hereditatem, certum de iure ſuo eſſe oportet: Et inprimis vt ſciat nec dubitet, eum de cuius hereditate agitur, deceſſiſſe, quoniam viuentis nulla eſt hereditas. *l. is qui 13. §. 1. de adquir. her.* eadem enim repudiandi & adquirendi ratio eſt. *l. qui hered. 19. l. neminem 27. l. heres 32. l. qui ſuperſtitis 94. eod. tit.* & quidem vt ſciat, teſtatus ne an inteſtatus deceſſerit *h. text. & l. ſi is 22. de adq. her.* Proximum eſt vt ſciat & credat defunctum poſſe habere heredem *l. heres 32. §. vlt. cum l. ſeq. de adq. her.* Tertium, vt ſciat ſe heredem eſſe *h. textu*, & quidẽ an pure an ſub cõdi-

Digitized by Google

tione ſcriptus ſit, per text. *in d.l. 13. in pr. & d.l. 32. §. 1. de adq. hered.*

Eſt pro domino gerere.] Hinc recte quis ita inſtituitur *hereditatis meæ dominus eſto l. his verbis 48. de hered. inſtit.* & pro domino † adminiſtrare eſt pro herede adminiſtrare *d.l. ſi is 21. in fin. de adq. hered.* quam notationem, & quod heres dicatur ab hero, probant *VVeſemb. & Cuiac. hic & idem 5. obſ. 10.* Sed *Vigl. Hott.* hic obiiciunt, quod repugnet ratio & quantitas ſyllabæ prioris, quæ in τῷ *heres* producitur, in *herus* corripitur: & proinde magis putant dici ab hærendo, vt hæres dicatur, quaſi *hærens*. Et tamē magis obtinuit ſcribi *heres* ſine diphthōgo, quomodo & in Florent. Et Feſtus quoque heredem antiquis pro domino dictum ait, quo ſenſu *Plautus in Menechm. act. 3. ſc. 2.*

——— abſtuli
Hanc (pallam) *cuius heres numquam erit poſt hunc diem.*

Et non omnino diuerſo ſignificatu in *Bacchidib. act. 4. ſc. 8.* exheredem aliquem facere vitæ. Et docet *Gellius 12. cap. 3.* mutari aliquando in deriuatis quātitatem ſyllabæ. Ita n. à legendo, ſtruendo, tuendo, lectorem, ſtructorem & tutorem dici, ſed ſane in prioribus illis duobus productionem facit adiecta litera: in poſteriori videtur eſſe ratio ſpecialis, quod videatur interuenire quædam quaſi contractio, vt ſicut tuitus, tutus, ita tuitur, tutor, quod facit ſyllabam longam, quæ ratio non procedit in hero & herede. *Iſidorus orig. lib. 5. cap. 25. in pr. & lib. 8. cap. 5. in pr.* magis ab *ære* deducit. Plane autem improbabile eſt, quod Mynſ. vult deducere à verbo *Erciſcere.*

Nuda voluntate.] Excidit ſupra monere, aditionem hereditatis † & declarationem voluntatis per verba, fuiſſe vel ſimplicem, ſi quis dixerit ſe heredem eſſe velle, vel ſolenniem ſub certa formula verborum, & nimirum per Cretionem, de qua eſt inſignis locus apud Vlpianum *tit. 22. de hered. inſtit. §. Cretio 23. cum ſeqq. de hered. inſtit.* vbi docet, inſtitutionem fuiſſe vel ſimplicem vel cum cretione: & hac vel vulgari vel continua. Inſtitui enim dicebatur heres cum cretione, cum ipſe teſtator, ſpatiū intra quod hereditas adeunda eſſet, (conceſſa interim facultate deliberandi) præſcribebat: & vel ita *Titius heres eſto, & hereditatem intra proximos dies centum cernito*: vel adiectis verbis: *intra dies, quibus ſcierit poteritq;* illa cretio dicebatur continua, hæc vulgaris, vt d. loco ait Vlp. quamuis malim pene, vt dicatur & legatur, vtilis, ad exemplum temporis vtilis & continui, hinc enim & iſtas duas ſpecies diſtinguit *Vlp. d. tit. 22. §. ei qui 28.* Et heredi ita inſtituto ad eundem modum hereditas adeunda erat, *hereditatem adeo cernoque.* Ex quibus apparet abuſiue eo loco ab Vlp. cretionem dici certū dierum ſpatium. Et alio igitur ſenſu cernere hereditatem accipit *Nonius cap. 4. cernere,* inquit, *hereditatem filii patribus, id eſt, cedere, dicti ſunt.* Scribit autem *Iſidor. 5. orig. 24.* cretionem eſſe appellatam quaſi *decretionem*: quod heres ita decerneret ſe velle eſſe heredem. Aliter videtur ſenſiſſe *Varro 5. de ling. Lat. ſub fin.* & (locus enim corruptus eſt) vt *cerno* ſignificet *video*, & quod in formula inſtitutionis per cretionem, verbum *cernito* ſignificet, facito vt te videant eſſe heredem: ſed pro priore eſt idem Varro lib. 6. Heres, inquit, cum conſtituit ſe heredem eſſe, dicitur cernere, & *Scal. ad d. locum e* lib. 5. *cerno*, deducit à *κρίνω*. Cretionum ſolemnitatem tollit *l. cretionem 17. C. de iur. delib.* Hodie ſimpliciter aditur hereditas, & quidem pure, non ſub conditione *l. actus 77. de reg. iur. l. eum qui 51. in fin. de adq. her.*

Ita contraria deſtinatione.] Dum ſcil. declarat, ſe heredem eſſe nolle. Id hodie ſimpliciter procedit, olim fallebat in inſtitutione facta ſub cretione: hic enim ante elapſa tempora cretionis fruſtra repudiabat heres, vt docet *Vlp. d. tit. 22. de hered. inſtit. §. ſine cretione 25. cum §. ſeq.* Ita autem amplius res ſe habet in herede extraneo, de quo nominatim hic §. loquitur, ſuus autem nec ſi abſtinuiſſet protinus & omnimodo excluſus erat: vt docet *l. ſi quis 8. de iur. delib.* quod ſuis etiam poſt abſtentionem detur ſpatium ad deliberandum, ſi modo res adhuc integra ſit, & bona nec dum venierint, quod amplius diſtinguitur *in l. vlt. C. de repud. hered.*

Eum

Eum qui ſurdus vel mutus.] Modus vel adquirendi hæreditatem per geſtionem pro hærede ex ſe arbitrarius, in quibuſdam neceſſarius, qui nimirum nequeunt verbis declarare voluntatem ſuam; veluti muti, de quibus hic agitur: nam & qui ſurdi nati ſunt, loqui non poſſunt; poſſunt autem vtique, qui poſtea ſunt ſurdi facti, de quibus ſi accipias hunc quoque §. parum feceris ſubtilem Iuſtinianum; cum hic vtrique etiam verbis adquirere hæreditatem poſſit. Sed & mutum, ſurdum diſiunctim accipere oportet in prin. §. nam qui mutus ſurdus ſimul natus eſt, fieri non poteſt, vt intelligat quid agat, quod tamen omnino requiritur in adquirenda hæreditate & hoc ipſo loco deſiderantur. Ergo v. c. mutus aliquid hæreditarij faciendo adquiret hæreditatem *h. §. & l. mutum 5. de adq. hered.* quomodo, & ſeruus mutus iuſſu domini pro hærede recte gerit *l. pater 93. in f. de adq. hær.* Ex eorum quoq; numero in quibus neceſſarius eſt, hic modus adquirendi hæreditatem, eſt infans, qui loqui non poteſt, & aliquid hæreditarij gerendo, ſupplendo animum autoritate tutoris, adquirit ſibi hæreditatem, vt eſt in *l. ſeruo 65. §. ſi pupillo 3. ad Trebell.* Conſtitutum tamen poſtea eſt à Theod. Sed parum ad rationem iuris veteris, vt tutor nomine infantis adire hæreditatem poſſit *l. ſi infanti 18. §. parenti 2. Codic. de iur. delib.*

AD TITVLVM XX. LIBRI SECVNDI INſtitutionum.

DE LEGATIS.

TEXTVS.

Poſt hæc videamus de legatis. Quæ pars iuris extra propoſitam quidem materiam videtur: nam loquimur de ijs iuris figuris, quibus per vniuerſitatem res nobis adquiruntur: Sed cum omnino de teſtamentis, & de hæredibus qui in teſtamento inſtituuntur, locuti ſumus: non ſine cauſa ſequenti loco poteſt hæc iuris materia tractari. Legatum itaque eſt donatio quędam à defuncto relicta, ab hærede præſtanda.

COMMENTARIVS.

1 *Legatum partis hæreditatis.*
2 *De definitione legati.*

REddit initio tit. rationem ordinis, ſumptam à connexione materiarum, quoniã legata teſtamento relinquūtur: Ceteroquin videbatur hinc eſſe aliena tractatio; cum legatum ſit titulus adquirendi particularis, per quem non vniuerſitatem, ſed res ſingulas adipiſcimur, verbo ſcil. ſpecialius accepto; vt h. tit. & tribus libris Digeſt. *de leg.* Ceteroquin in genere *legare* etiam *inſtitutionem* comprehēdit *l. verbu 120. de Verb. ſignific.* Legimus etiam partem bonorum & † hæreditatis legari poſſe 1
Vlpian. *d. legatis §. ſicut ſingula 23. l. cum ex filio 39. in princip. de vulg. ſubſtit. l. ſi quis 23. d. legat. 1.* Poſſet dici propter caſum ſingularem non mutari regulam. Sed rectius dicitur, nihilominꝰ & hic eſſe titulū particularem, nec talem legatariū fieri ſucceſſorem iuris, nec in eum actiones hæreditarias paſſiue, aut actiue tranſire: vnde & hæredi opponitur *l. non amplius 26. de leg. 1.* & de deductione impenſarum quæritur *l. ſi quis 8. §. vltim. de legat. 2. cum l. ſeq.* & ob id ſtipulationes partis & pro parte olim interponebantur *§. ſed quia 5. verſ. poſt quod inf. de fideicommiſſ. hæredit.* Ita in ſpecie *l. cum filius 76. §. 1. de legat. 2.* legatur hæreditas, quæ ad defunctum peruenerat; ſed minime vt legatarius eam qua hæreditatem habeat; ſed intelliguntur bona quæ ab alio ad teſtatorem peruenerunt, & adde quæ de partiario legato notaui *infr. ad §. ſed quia 5. de fideicommiſſ. hæred. ſubſtit.*

Digitized by Google

Legatum itaque eſt.] Iuriſconſulti in definitionibus non ſolent eſſe ſcrupuloſi. In *l. legatum* 116. *de legat.* 1. *in princ.* dicitur *delibatio hæreditatis.* Ex quo forte non improbabilis no-
2 tatio † nominis *à legendo*, non qua ſignificat *ἀναγινώσκειν*, ſed eligere, vt ſæpe apud Liuium *forte lecti*, vt ſit aliquid ſelectum à cetera hæreditate. Et ita erit communis notatio cum Legatis, quos Varro ait dictos, publice lectos quorum opera conſilioque vterentur peregre magiſtratus, quiue nuntij ſenatus, aut populi eſſent. Ita *Varr.* 4. *de ling. Lat.* nimis autem longe petitum eſt, quod *Vlpian. tit.* 24. *de legat.* inde deducere videtur, quod Legis modo relinquatur. Propius ad hunc text. definit Modeſt. in *l. legatum* 36. *de legat.* 2. quod ſit donatio teſtamento relicta. Conſtat enim legata olim, quippe quę verbis directis dabantur, tantum teſtamento relinqui potuiſſe, *§. præterea* 10. *inf. de fideicomm. hæred.* aut codicillis teſtamento confirmatis, ex ratione *l.* 2. *de iure codicill.*

Eſt tamen iſta definitio latior definito, quippe quæ etiam competit fideicommiſſis, quæ dubio procul poterant etiam teſtamento relinqui; quod vitium etiam eſt huius definitionis; quamquam verba adiecta hoc loco, *ab hærede præſtanda*, fideicommiſſis non conueniant ſimpliciter; etenim hæc etiam à legatario relinqui poſſunt. Et multi ſunt, qui iſta verba inducenda putant, quæ nec Theoph. hic agnoſcit: tum quod legatum aliquando præſtetur à viuo teſtatore *l. Lucius* 22. *de legat.* 2. tum quod legatum recte dicitur tranſire in legatarium, & cum indiſtincte hodie vindicationem habeat legatarius *leg.* 1. *Codic. comm. de legat.* poſſit etiam rem vindicare à tertio poſſeſſore; tum denique, quod poſt exæquationem Iuſtiniani, de qua mox, videatur ab ipſo quoque legatario poſſe legari. Eſt tamen quod iſtis reponatur. Nimirum quod ſatis ſit, regulariter præſtari legatum ab hærede, & quod inſuper in ſpecie *d. l.* 22. legatum non qua legatum, ſed qua donatum inter viuos præſtetur; tū quod præſtatio hæredis non dominij translationem deſignet, ſed poſſeſſionis, quæ vtique ab hærede petenda eſt: & hoc ex accidenti eſt, quod res legata eſt apud tertium poſſeſſorem; quam etiam ſi aliena ſit, hæres luere & præſtare neceſſe habet, ſed & verba *ab hærede præſtari*, non ita craſſe accipi debent, quaſi ſemper ſignificent factum hæredis; ſed quod res ab hærede abeat, nec maneat in hæreditate.

Et tamen fatendum eſt, quod res præſtatur ab hærede, ad executionem legati pertinere, non ad eius eſſentiam, & proinde non debere ingredi definitionem. Et poſſunt ſufficere cetera; quod legatum ſit donatio à defuncto relicta; & poteſt defendi, quod iſta definitio non competat fideicommiſſo: ſi directo & proxime relictum à defuncto accipimus: fideicommiſſa enim per alium omnino præſtantur, & primo in perſona alterius conſiſtunt & radicantur. An hodie ab legatario quoque legari poſſit, dicemus *inf. ad prin. tit. de ſing. rebus per fidei. com. rel.* Particula autem, *quædam* omnino eſt ſuperuacua, neque enim huiuſmodi particulis, ſed differentijs proprijs genus reſtringendum eſt; quomodo ineptus eſſet, qui hominem diceret eſſe animal quoddam, aut forte Iuſtin. id adiecit, vt oſtenderet legatum non eſſe propriam donationē; quippe cum reuocari poſſit pro libitu, & ignoranti etiam adſcribatur. Ceteroqui ſane legatum eſt titulus lucratiuus, & hoc nomine opponitur hæreditati, quod hæc & onera quoque habet, & aliquando poteſt eſſe damnoſa *l. ſi hæredit.* 32. *Mandati l. hæredit.* 119. *de Verb. ſignificat.*

TEXTVS.

2. Sed olim quidem erant quatuor legatorum genera: per vindicationē, per damnationem, ſinēdi modo, per præceptionem: & certa quædam verba cuique generi legatorum adſignata erant, per quæ ſingula genera legatorum ſignificabantur. Sed ex conſtitu-

ſtitutionib. Diuorum Principum, ſolemnitas huiuſmodi verborum penitus ſublata eſt. Noſtra autem conſtitutio, quam cum magna lucubratione fecimus, defunctorum voluntates validiores eſſe cupientes, & non verbis, ſed voluntatibus eorum fauētes, diſpoſuit, vt legatis omnib. vna ſit natura, & quibuſcunque verbis aliquid relictum ſit, legatariis liceat id perſequi, non ſolum per actiones perſonales, ſed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cuius conſtitutionis perpenſum modum ex ipſius tenore accipere perfectiſſime, poſſibile eſt.

Commentarivs.

1 *Diſtinctio duplex modorum legandi.*
2 *De exæquatione legatorum.*
3 *De actionibus pro legato.*

DE modis legandi proponitur primo ius vetus, inde recentius & mox nouiſſimū, & ſimul de legatorum effectu, & quibus actionibus ius ſuum legatarius perſequatur. 1 Modus diſtinguendi iſtas † quatuor legandi formulas duplex eſt. 1. quod tres priores ſunt communes, poſterior propria hæredi inſtituto, cui cohæredem habenti tantum per præceptionem poteſt legari. 2. quod verba vel diriguntur ad legatarium, vt in formula legandi per vindicationem & præceptionem: vel diriguntur ad hæredem, vt in formula per damnationem & ſinendi modum. Hinc in duobus iſtis legandi modis, ſi quid alternatiue, aut generaliter legatum eſſet, electio erat hæredic; ſed in prioribus duabus electio erat legatarij. Erat & præcipua ratio differentiæ in actionibus. Legatum vindicationis petebatur actione in rem, itaque non niſi propria teſtatoris res hoc modo legari poterat. Damnationis legatum, actione perſonali erat petendum; ſicut & quod ſinendi modo erat [illegible] ſed aliud per præceptionem veniebat in [illegible] iudic. *Theoph. hic. l. heredes 25. §. vlt. [illegible]*

Et certa quædam verba.] quæ refert *Vlpian. tit. 24. & Caius lib. 2. Inſt. tit. 5. de legatis*, apud quos etiam harum legandi formularum quædam differentiæ habentur.

Sed ex conſtitutionibus.] Hoc eſt ius recentius ex conſtitutionibus Principum ante Iuſtinianum, per quas ſublatam penitus ait eam verborum ſolemnitatem. Videtur intelligi conſtitutio in *l. in legatis 21. Codic. de legat.* quæ eſt eiuſdem Imp. qui & inſtitutionibus hæredum *l. quoniam 15. Cod. de teſt.* & in petenda bonorum poſſeſſione *l. vlt. Cod. qui admitti.* verborum ſuſtulit ſolemnitatem & obſeruationem.

Noſtra autem † conſtitutio.] Ius nouiſſimum 2 Iuſtiniani ex *l. 1 Codic. comm. de legat.* qua non tantum verborum ſolemnitatem & differentiam ſuſtulit, ſed etiam effectus diuerſitatem: & conſtituit, vt omnium legatorum ſit vna natura, videlicet vt ex mox *ſeqq. in hoc* §. apparet, quo ad effectum; Ceteroquin, vt quod per vindicationem legatum eſt, ſit legatum per damnationem, per ipſam rerum naturam fieri non poteſt. Quin amplius, quod pro omnibus legatis tres actiones proponit, ciuiliter & cum mica ſalis accipiendum eſt, poſitis terminis habilibus, ſiquidem fieri nō poteſt, vt v. c. vbi res aliena legata eſt, legatario detur rei vindicatio; quod ipſi notant *Dd. in d. l. 1.* Deinde ita accipienda eſt iſta exæquatio, vt ne præiudicetur voluntati teſtatoris; ſiquidem ipſe hic profitetur Iuſtin. hac ratione ſe motum, vt voluntates eſſent defunctorum validiores, & vt non verba eorum ſpectentur ſed voluntates. Hinc puto, recte ſentire Dd. in *l. legato 37. de legat. 1.* quod ſi teſtator verba executiua, vt loquuntur, retulerit ad hæredem, quod tum hodieque debeat eſſe electio legatarij, ſi quid generaliter vel alternatiue fuerit legatum, quod poſt gl. communiſſime notant Interpp. In ceteris procedet exæquatio; & nominatim, vt etiam res aliena poſſit legari per vindicationem; vt non

vt non verba ſpectemus, ſed voluntatem; vt res detur legatario, quomodo per qualitatem & naturam rei fieri poteſt.

3 *Actiones perſonales.*] Actio † ordinaria perſonalis quæ pro legatis competit, eſt quæ dicitur ex teſtamento, de qua agitur *inf. §. hæres inf. de obligat. qu. ex contr.* Et in *l. 1. Cod. comm. de legat.* vtitur Imp. numero ſingulari, aut poteſt hic verbum *actiones* ad reliquas quoq; duas actiones referri; ſed ita legendum eſſet, *perſonalem.* Dixerim etiam eo reſpexiſſe forte Tribonianum, quod cum actione ex teſtamento cõdictio certi concurrit; ſi modo ſubtilẽ ita quis in his verbis credat fuiſſe Tribonianum. Concurrit autem condictio, vbi res propria fuit teſtatoris, condictio enim contra dominum datur, ſin res legata ſit aliena, actio ex teſtamento ſola erit; nam & aliæ actiones, perſonales, vt, ex depoſito commodato, nõ ſunt ad dandum, ſed ſimpliciter ad præſtandũ, vix enim eſt, vt dicamus legatarium hic agere ad æſtimationem.

Sed etiam per in rem.] Si modo, vt diximus, res propria teſtatoris, & amplius homo, aut alius quod certum corpus ſit legatum; neq; n. in legato generali vindicatio locũ habere poteſt; Ceteroqui nõ eſt dubitandum, quin hæc actio in rem poſt factam à Iuſtin. exæquationem, cõpetat, etiamſi formula damnationis vſus, ad hæredem retulerit verba teſtator; alias effectus pene nullus eſſet iſtius exæquationis. Igitur ſi fuerint verba directa ad hæredem competit etiam hodie actio in rem; & quidem ex communi & vera ſententia non tantum contra hæredem, ſed etiam cõtra tertium poſſeſſorem. Hic enim eſt effectus dominus, ſed quid ſi ad legatarium fuerint verba directa, & vindicandi formula ſit vſus teſtator, an tum præter vindicationem agi poterit perſonali actione? Negat Faber *decad. 97. err. 3.* vbi in noſtris exercitationibus turpiter eum lapſum oſtendimus, tum ex textu generali in *§. hæres 5. infr. de oblig. ex quaſi contractu:* tum ex textu ſpeciali in *l. huiuſmodi 84. §. vltim. d. legat. 1. & l. 108. ſi ſeruus § 2. eod. tit.* vbi electio datur legatario, qua actione velit vti; facit *l. cum filius. 76. §. pen. de leg. 2.* tum ex ſolida ratione, quod vtraque hæc actio ex diuerſo fundamento competat; in rem quidem, ex hoc fundamento, quod dominium rei legatæ recta tranſit; in perſonam, quod hæres adeundo tacite ſeſe obligare legatarijs intelligitur.

Et per hypothecariam.] Obiiciunt quidam in *d. l. 1. C. comm. de leg.* quod cum res propria mihi non poſſit eſſe obligata pignori, & tranſeat rei legatæ dominium, non poſſit eſſe eadem res obligata hypothecæ. Reſpondent pleriq; veterum; illam regulam, quod dominium & pignus eiuſdem rei non concurrant, habere locum, in dominio iure gentiũ quæſito, non vero in eo quod iure meo ciuili & per quandam fictionem adquiritur. Nec male etiam reſpondet Ioan. Faber hic, quod hypotheca ſit in re legata, non quatenus legatarius conſideratur, vt dominus eius, ſed quatenus res ei ex quaſi contractu eſt debita. Sed verior reſponſio eſt, quæ & à *Br. Iaſone & Interpp. alus in dict. l. 1. Cod. comm. de leg.* magis probatur; hypothecam conſiſtere non ipſa re legata, ſed in ceteris bonis defuncti, quod ex ipſis quoque verbis Imp. in *d. l. 1.* ſatis apparet. Atquin videntur iam olim legatarij habuiſſe hypothecam, per *l. 4. §. 1. de ſeparat.* quod & ibi Accurs. notat. Sed ſane Iuſtin. hoc ſibi tribuit; & ego exiſtimo agi ibi de ſpecie pignoris prætorij, quod creditores hæreditarij habent in bonis debitoris defuncti, quorum ſeparationem à bonis hæredis ex Edicto illo impetrauerũt; quod nimirum pignus primo habẽt creditores; & poſt hos legatarij ſi quid ſuperſit; idque confirmatur ex *l. 1. §. 3. de ſeparat.* quæ etiam eſt reſponſio Ioh. Fabri hic. Porro non eſt concurſus actionis in rem & perſonalis contra *§. ſic itaq; e 14. Inf. de action.* Vbi negatur rem debitam, & quæ perſonali actione petenda eſt, poſſe etiam peti actione in rem, vt quis contendat eam eſſe ſuam. Etenim, quod paulo ante diximus, hæ actiones dantur ex fundamentis diuerſis. In rem quidem, ex hoc, quod ipſo iure dominium rei legatæ eſt adquiſitum; In perſonam, ex hoc,

Digitized by Google

hoc quod heres eſt ex quaſi cõtractu per aditionem obligatus. Ideoque verum eſt, quod Dd. notant has actiones eodem libello cumulari non poſſe: & vna conſumit procul dubio alteram: quamuis poſt Bart. hic Porcius notet itidem, quoniam legatarius non ſit effectus dominus iure gentium: eum etiam hac conſideratione poſſe petere, vt res ſibi detur. Sed dominium iuris ciuilis, ex eodem iure plenum & verum habetur, itaque verum non eſt, legatarium qua dominium in ipſum tranſlatum conſideratur, poſſe petere vt res ſibi detur, ſed tantum, vt dixi, qua heres vt ex quaſi contractu ipſi obligatus conſideratur.

TEXTVS.

3. Sed non vſque ad eam conſtitutionem ſtãdũ eſſe exiſtimauimus. Cum enim antiquitatem inuenimus, legata quidem ſtricte concludentem, fideicommiſſis autem, quæ magis ex voluntate deſcendebant defunctorum, pinguiorem naturã indulgentem, neceſſariũ eſſe duximus, omnia legata fideicõmiſſis exæquare, vt nulla inter ea ſit differentia, ſed quod legatis deeſt, hoc repleatur ex natura fideicommiſſorum: & ſi quid eſt in legatis amplius, per hoc creſcat fideicommiſſorum natura. Sed ne in primis Legum cunabulis, permiſtim de his exponendo ſtudioſis adoleſcentibus introducamus difficultatem quandam, duximus eſſe operæ precium, interim ſeparatim prius de legatis, & poſtea de fideicommiſſis tractare, vt natura vtriuſque iuris cognita facile poſſint permiſtionẽ eorum eruditi ſubtilioribus aurib. accipere.

COMMENTARIVS.

IVſtin. & legata omnia inter ſe, & porro legata inuicem & fideicommiſſa exæquauit: fideicommiſſa ſcilicet particularia: & conſtat ad vniuerſalia hanc exæquationem non pertinere, quæ traditur *h. §. & in l. 2. C. comm. de leg.* Hic ſtatim obiicitur *l. 1. de legat.* 1. vbi ſub nomine Vlpiani proponitur, *per omnia legata* exæquata eſſe fideicommiſſis. Et quidem *Cuiac 8. obſ.* 4. refert id ad caſum ſingularem imputationis in Falcidiam. *Reuard. 3. var.* 4. ad Interdictum, *quod legat.* Et Cuiacius inſuper eos qui aliud probant, irridet vehementer. Sed prauo iudicio hic vſus, & ipſe riſu dignus. Vt enim demus Vlpianum ſcripſiſſe, exæquata eſſe legata fideicommiſſis, quantum ad Falcidię imputationem (quod ipſum tamen maxime controuerſum & potius falſum eſt) aut quo ad Interd. *quod legatorum*: tamen numquam potuit ita ſcribere, ꝙ ſint exæquata per omnia: vt omnino fatendum ſit à Triboniano hoc ita in veſtibulo poſitum ad mentem Iuſtiniani: quod ſi reſpexiſſet ſingularem caſum Tribonianus cum Vlpiano, non niſi ſtulte, ita abſolute fideicommiſſis exæquata legata ſcripſiſſet. Et opinionem hanc, quod hic aliquid interpolauerit vel mutarit Tribonianus, vel quod totum illud caput de ſuo appoſuerit, probant clariſſimi Iuriſconſulti, *Duar. & Alcia. in d l. de leg. 1. Idem Duar. 2. diſp. 9 Gouean. 1. var. lect. 30. Donell. 8. comm. 2. Ant. Auguſt 3. emend. vlt. Ant. Guib. Coſt quæſt. 10. memorab. n. 6. Viglius ad §. legatarius ſup. de teſtam. ord. in princ. Balduin. Baro, Hottom. VVeſemb. hic*, & iam olim hæc vltima fuit reſponſio *Accurſii in d. l. 1. de legat.* 1. & Raphaelis, vt eum refert *Angel. hic n.* 10. quorum ſane autoritas Cuiacio & Ræuardo præfertur merito. Docet porro hic *§. & d. l. 2. C. comm. de legat.* hanc legatorum & fideicommiſſorum exæquationẽ eſſe mutuam: quæ ipſa tamen (vt & monuimus ad §. præced.) non nimis præciſe debet accipi, ne quæ inde abſurditas conſequatur. Et nimirum hic quoque duplex adhibenda eſt limitatio. Prima eſt, quod adhuc ſuperſit differentia, quæ dependet ab ipſa eſſentia rei: fieri enim non poteſt, vt non ſit fideicommiſſum, cum quid precario rogauit teſtator heredem facere: vtcumque id habeat effectum legati: Deinde nec effectus omnino

Zzz ſemper

ſemper idem eſſe poteſt. vbi diuerſitas quo ad effectum fluit à voluntate defuncti: ne fiat alias contra mentem Iuſtinian. qui hunc ſcopum ſibi profiteur eſſe propoſitum, vt defunctorum voluntati ſubueniatur. Ex quo hodieque intereſſe defenditur, an teſtator per fideicommiſſum, an directe relinquat libertatem, vt dicemus *infr. ad §. 2. de ſingul. reb. per fideicomm.* Ceteroquin procedet hæc exæquatio, vt eædem actiones, quæ competunt pro legatis, pro fideicommiſſis quoque competant: quod & nominatim expreſſum eſt in *d. leg. 2. Cod. comm. de legat.* Iam more noſtro verba quædam textus noſtri videamus. Ait Iuſtinian.

Cum enim inuenimus &c.] In fideicommiſſis magis valebant coniecturæ q̃ in legatis, & ea quauis vltima voluntate relinquebãtur, & à legatario quoque. Et hactenus naturam pinguiorem fideicommiſſa habuiſſe dici poteſt. Sed contra ex legatis recta (licet non in omnibus ſpeciebus) dominium tranſibat, & actio in rem aut perſonalis ordinaria, ſed pro fideicommiſſis tantum perſecutio extra ordinem erat. De his & aliis differentiis videndi ſunt *Vlpian. tit. 25. de fideicomm. & Caius 2. Inſtit. tit. 7. de fideicomm.*

Neceſſarium eſſe duximus.] Videtur hæc inepta illatio: Fideicommiſſa habebant pinguiorem naturam quam legata. Ergo neceſſarium fuit, ea inuicem exæquare: quoniam iſta diuerſitas & à verbis & à voluntate defuncti cauſam ſuam habebat: ceteroquin procul dubio Iuriſconſulti & Legiſlatores iam olim fideicommiſſa & legata exæquaſſent, ſi vidiſſent vllam huius rei neceſſitatem.

Sed ne in primis.] Videbatur eſſe conſequens huic exæquationi, vt confuſim & coniunctim ageretur de legatis & fideicommiſſis: ideo Iuſtin. hic rationem reddit, cur ſeparatim de iis agat.

***

TEXTVS.

4. Non ſolum autem teſtatoris res vel heredis, ſed etiam aliena poteſt legari: ita vt heres cogatur redimere eam, & præſtare, vel ſi eam non poteſt redimere, æſtimationem eius dare. Sed ſi talis ſit res, cuius commercium non eſt, vel adipiſci non poteſt, nec æſtimatio eius debetur: veluti ſi quis campum Martium vel Baſilicas, vel templa, vel quæ publico vſui deſtinata ſunt, legauerit: nam nullius momenti tale legatum eſt. Quod diximus autem, alienam rem poſſe legari, ita intelligendum eſt, ſi ſciebat defunctus alienam rem eſſe, nõ, ſi ignorauit: forſitan enim ſi ſciuiſſet alienam rem eſſe, non legaſſet, & ita D. Pius reſcripſit. Et verius eſt, ipſum qui agit, id eſt, legatarium, probare oportere, ſciuiſſe alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignoraſſe alienam, quia ſemper probandi neceſſitas incumbit illi qui agit: ſed & ſi rem obligatam creditori aliquis legauerit, neceſſe habet heres eam luere. Et in hoc quoque caſu idem placet, quod in re aliena: vt ita demum luere neceſſe habeat heres, ſi ſciebat defunctus rem eſſe obligatam: & ita Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expreſſerit, non debet heres eam luere.

COMMENTARIVS.

1 *Diſtinctio rerum.*
2 *Quid ſi res non ſit in commercio legatarii.*

3. Emen-

Digitized by Google

3 *Emendatio* §. ſi quis 11. h. t.
4 *Res hoſtium an legentur.*
5 *De re quæ eſt legatarii.*
6 *De legato rei alienæ & communis.*

TRactatio de rebus quæ legari poſſunt, (& eſt hæc altera huius tit. pars) non vnam
1 deſiderat † diſtinctionem. Nos rem quam confuſe tractat Iuſtinian. diſtinctius proponemus. Prima diſtinctio eſt, quod aut res legata eſt in rerum natura, aut non eſt: De his quæ non ſunt in rerum natura dicemus ad §. *ea quoq;* 7. *infr. h. t.* Quæ in rerum ſunt natura, aut ſunt in commercio, aut extra commercium, quæ attinguntur in *h* §. *verſ. ſed ſi talis.* Eorum rurſus hæc diſtinctio eſt, quod aut ſimpliciter non ſunt in commercio, veluti res publicæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ: & legatum omnimodo eſt nullum, *d. verſ.* ita vt nec æſtimatio debeatur: *l. cum ſeruus* 39. §. *ſi vero* 8. *cum ſeqq. de legat.* 1. quæ communis eſt & liquida ſententia: vel ſecundum quid in commercio non ſunt: & ſcilicet vel heredis vel legatarii. Et ſiquidem heres commercium non habeat, vtile eſſe legatum non dubitatur: quia res transferenda eſt in legatarium: & procedit hic argumentum à ſtipulatione ex *leg. multum* 34. *de Verb. obligat. & textus eſt in leg. mortuo* §. *ſed &* 3. *de legat.* 2. nec dicemus aliud, ſi res in teſtatoris commercio non fuerit: (vbi res ſcilicet aliena legatur,) aut non fuerit: vel ſit in commercio legatarii, qui alii reſtituere rogatus eſt: notant Dd. communiter in *d. leg. multum* 34. *de Verb.*
2 *obligat.* Quod ſi in legatarii † commercio res non ſit, legatum eſſe inutile, probatur *d. leg.* 34. vbi dicitur, inutilem eſſe ſtipulationem: & in terminis *d. leg. mortuo* 49. §. 2. *de legat.* 2. Sed obſiſtunt textus in *leg. ſed ſi* 40. *de legat.* 1. vbi dicitur deberi æſtimatio, cum fideicommiſſarius ius poſſidendi rem non habet: item in *leg. filiusfamilias* 114. §. *ſi quid* 5. *de legat.* 1. *facit lex fideicommiſſa.* 11. §. *ſi ſeruo* 16. *de legat.* 3. Accurſ. diſtinguit, an incapacitas ſit verbi cauſa ex odio ſectæ, veluti ſi Iudæo ſit relictum mancipium Chriſtianum, an ex alia cauſa. Illic plane nihil deberi: hic deberi æſtimationem. Cuiacius hic & in *d. leg. multum* 34. *de verb. obligat.* putat omnino inutile eſſe legatum: & ſpeciale eſſe in *d. leg.* 11. §. 16. *de legat.* 3. quod militia vbi legata eſt, ex natura quodammodo legati; debeatur æſtimatio *arg. d. l.* 49. § 1. *de legat.* 1. Et in *d. l.* 114. §. 5. *de legat.* 1. cum licite dicat ICtus relictum, non incapacem fuiſſe legatarium, ſed ſuperueniſſe legatario extrinſecus, ob quod rem ipſam habere non potuerit. Denique in *l.* 40. *de legat.* 1. expuncta negatione ſecunda legendum eſſe, *cui ius poßidendi eſt*, vt ratio dubitandi fuerit, quod legatarii ipſi à quo fideicommiſſum alteri relictum erat, incapax erat, vt ante diximus. Alii putant intereſſe, an teſtator ignorauerit, incapacem eſſe legatarium, an ſciuerit: vt hoc caſu debeatur æſtimatio *arg. d. leg.* 11. §. 16. *de legat.* 3. Mihi ſemper viſum fuit, ex ratione iuris veteris diſtinguendum eſſe inter legatum & fideicommiſſum. Illud omnino inutile eſſe, huius æſtimationem præſtandam eſſe. Et de legato loquitur *d. lex* 49. *de legat.* 2. De fideicommiſſo *d. lex* 40. *de legat.* 1. *lex* 11. §. 16. *de legat.* 3. & in tota *leg.* 114. *de legat.* 1. tractatur de fideicommiſſis. Et fuit hæc prima origo fideicommiſſorum, vt hoc modo iis relinqueretur, quibus non poterat legari §. 1. *infr. de fideicomm. hered.* Et ſane non inconcinna differentiæ ratio reddi poteſt; quod legata in legatarium recta transeunt, itaq; vbi eſſe contingit eum incapacem, neceſſum eſt vt ſint nulla, quia offendunt obiectum inhabile: fideicommiſſa autem initio in alterius perſona ſubſiſtunt. Cum igitur exæquatione facta, velit Iuſtin. vt quod deeſt legatis ex fideicommiſſis ſuppleatur, proinde ſtatuemus, hodie ſemper æſtimationem deberi.

Iam adgrediamur alterum membrum de re quæ eſt in commercio. Et hæc res vel eſt teſtatoris propria: vel non eſt eius. Res teſtatoris omnino recte legatur, vt ex *pr. huius* §. liquet. Eiuſq; ampliationes duæ ſunt in §. *ſi quis rem* 11. *inf. h. t.* 1. vt legatum hoc valeat etiam ſi tamquam aliena res ſit legata: quoniam etiam ſi reuera aliena fuiſſet, valeret legatum.

ſecundo quod vtile ſit legatum, etiamſi legauerit, tamquam eſſet legatarii: cùm tamen res propria legatarii, ei non recte legetur: vt mox dicemus. Itaque hic alia ratio eſt neceſſaria:
3 nimirum, † quod plus valeat quod eſt in veritate quam in opinione; quæ ratio *d.* §. 11. ſed incongruo loco habetur adiecta: quod à nemine ad eum locum obſeruatum miror. Proponitur ibi initio valere legatum, etiamſi quaſi alienam rem quis legauerit, quæ tamen ipſius erat propria. Veritas itaque erat, quod res propria eſt teſtatoris: opinabatur autem teſtator eam eſſe alienam. Etiamſi opinionem teſtatoris attendas, tamen valet legatum, quoniam res aliena recte legatur. Itaq; non bene iſta ratio ſubiicitur ei, quam dicimus primam ampliationem. Sed debet ſubiici ampliationi ſecundæ, & nimirum illi aſſertioni, qua reſpondetur vtile eſſe legatum, ſi teſtator rem putet eſſe legatarii. Hic enim ſi opinionem ſequamur teſtatoris, nullum fuerit legatum, quia quod eſt legatarii proprium, inutiliter ei legatur §. *ſed ſi* 10. *inſr. h. t.* ſed vt valere hoc poſſit legatum, ſequimur illud quod in veritate eſt, quod nimirum eſt res teſtatoris. Huic tamen deciſioni obiicitur, quod cum teſtator præſumatur ſcire iura, adeo quod non poſſit legatario relinqui res ipſius propria: qui legat rem tamquam quæ eſſet legatarii, ludere magis eum videtur. Fauorem vltimæ voluntatis, & beneuolentiam præſumptam teſtatoris hic allegant Hottom. & Mynſ. ſed poteſt teſtator erraſſe & putaſſe, quod eſſet legatarii: ſicut putauit rem ſuam eſſe alterius tertii, vt paulo inferius tractatur. Mouet iſtum ſcrupulum & Ioh. Faber, & quod ſi rem meam tibi tradam tamquam tuam, non tranſeat dominium *l.* 3. §. *ſubtilius* 8. *de condict. cauſ. dat.* Omnino facit aliquid fauor vltimæ voluntatis: cum & hac ratione vtatur Iuſtinian. quod exitum voluntas habere poteſt. Iſtud autem plane eſt contra mentem Iuſti. vt intelligamus, rem in qua teſtator ſaltem aliquod ius credebat ſe habere. Hæc de legati rei propriæ teſtatoris.

4 Quæ res propria teſtatoris † non eſt, ea vel eſt ciuis Romani, vel alicuius non ciuis Romani: veluti hoſtium; de quo genere legati, & an res hoſtium recte legetur, hic quoque noſtri interpp. tractant. Et aut poſtliminium habent res, quæ ſcilicet ante ciuium Romanorum fuerunt, & valet omnino legatum per *l. ſeruus* 98. *de legat.* 1. *l. id quod* 9. *eod.* aut numquam fuerunt ciuium Romanorum: & ex his mobiles, quæ in ſolum Romanum poſſunt per commercia & negotiationes transferri, recte legantur: de quibus accipito *l. ab omnibus* §. *etiam* 2. *de legat.* 1. hæ enim intelliguntur emi poſſe, quod ibi requirit ICtus: ideoque non neceſſe eſt cum Zaſio fingere, eſſe res hoſtium in *d. l.* 104. legatas ſub conditione, ſi aliquo caſu emi poſſint. Reliquæ & immobiles hoſtium res non legantur recte, quarum nulla eſt translatio, quo pertinet *l. liber.* 103. *de verb. obligat.*

Res quæ non teſtatoris, ſed alterius ciuis Romani eſt, in triplici eſt differentia: vel enim eſt heredis, vel legatarii, ſiue tertii alicuius: quæ in hac materia in ſpecie ſolet dici aliena, vt ex hoc §. & ſeqq. apparet, quibus res heredis & quæ propria legatarii, à re aliena ſeparantur. Rem heredis legari poſſe conſtat, non minus quam ipſius teſtatoris: nam quem honorat quis, eundem onerare quoque poteſt. *l* 1. §. *ſciendum* 6. *de legat.* 3. & probatur ex §. *noſtri*: ita vt valeat etiamſi teſtator eam putauerit ſuam *l. vnum* 67. §. *ſi rem* 8. *de legat.* 2. quod in re in ſpecie aliena ſecus eſt, de quo inf.

Quod ad rem † legatarii attinet, primum 5
illud conſtat, quod in eo cuius dominium à teſtatore ad legatarium peruenit, poſſit grauare eum teſtator, & vt alii reſtituat, per fideicommiſſum rogare. Iſte autem non eſt noſter caſus: ſed de huiuſmodi re quærimus, quam legatarius à teſtatore non habet: & hic ſubdiſtinguitur; quod aut legauit rem ipſi legatario, aut tertio: & hoc caſu aut nihil ei dedit, à quo ita legauit, vel per fideicommiſſum (proprie enim legatum eſſe & dici non poteſt) potius reliquit: & inutile eſt fideicommiſſum: *l. ab eo* 9. *C. de fideicomm.* aut aliquid dedit ei; & rurſus aut hoc repudiauit legatarius, & idem eſt; vt videlicet rem non cogatur præſtare, teneatur

Digitized by Google

neatur tamen cedere actiones *l. Imp. 70. in pr. de legat. 2.* aut agnouit, & tenetur præſtare fideicommiſſum; ſed rurſus an tenetur præſtare omnimodo, an ſaltem ad vires eius quod accepit à teſtatore? Diſtinguitur, quod aut conſiſtit fideicommiſſum in quantitate, aut in ſpecie, & hic cogitur ſolidum præſtare: quoniam agnoſcendo legatum tanti rem ſuam æſtimaſſe (quæ tamen ſit propria legatarii per fideicommiſſum relicta: ſecus in re aliena per not. in § 2. *inf. de ſing. reb. per fideicomm.*) cenſetur *d. l. 70. §. 1. de legat. 2. fac. l. ſed ſi 36. ad L. Falcid.* Not. hic quod dicitur, rem meam mihi non recte legari, procedit, ſi pleno iure ſit mea, ſecus ſi mihi abſit ius, veluti pignus, ius emphyteuticum, aut etiam ſi eam rem alteri debeam. Et tale ius in re, vel ad rem, ſiue pro re, aut habet tertius aliquis, aut ipſe teſtator. Illo caſu veluti ſi rem meam obligauero pignori, valet legatum, vt heres rem liberam mihi præſtet *l. ſi tibi 86. de legat. 1.* Hoc caſu etiam valet legatum per expreſſum textum in *l. 1. de lib. leg.* v. c. emit à me rem teſtator, poſtea eam mihi legat, valet legatum *d. l. 1. in pr.* Idem ſi ſit teſtatori obligata *d. l. 1. §. 1.* & idem procul dubio & magis, ſi habeat teſtator ius emphyt. vel ſuperficiarium *fac. l. Senatus 43. § vlt. de legat. 1. & text. expr. in l. ſi domus 71. §. ſi fundus 5. de legat. 1.* Sed obſtat *l. Mauius 66. §. fundo pen. de legat. 2.* vbi negatur propter iſtas cauſas legatum rei propriæ valere: cum tamen in præcedd. nominatim de poſſeſſionis & pignoris iure locutus eſſet. Aut dicendum eſt, iſtud eſſe ſummi iuris: aut cum Cuiac. 5. *ad Afric. in l. etſi 35. de vulg. ſubſtit. & in d. l. 66. lib. 17. quæſt. Papin.* pro *propter* legendum, *præter*, aut quod ibi dicitur, non ad omnia præcedd. referendum: ſed tantum ad ſeruitutes. Et tamen id quidem liquidum eſt in ſeruitutibus prædialibus; ſed in vſufructu æquitas & ratio ipſa ICti ſuadet, vt hic quoque legatum valeat: non ſi ipſe teſtator habeat, quoniam finitur morte: ſed ſi eum habeat alius, vt æſtimationem aut ipſum vſumfructum præſtet heres: licet Accurſ. contra ſentiat propter eum textum in *d. l. 66.* qui ſane ſtante vulg. lectione neceſſario ad vſumfructum ſaltem & prædiales ſeruitutes referendus eſſet: alioqui nihil faceret. Et ego fere illam emendationem probo; quæ etiam in editione Ruſſardi in margine eſt adſcripta. Supereſt caſus, quo ipſi legatario res legata eſt; & hic proprie eſt, vbi teſtamenti tempore res eſt legatarii: alius enim eſt caſus, vbi poſt teſtamentum, dominium rei eſt adeptus legatarius, de quo dicemus in *§. ſi res aliena 6. inf. h. t.* Et igitur, vbi teſtamenti tempore res legatarii eſt, legatum eſt nullum, quoniam ex duabus cauſis quis dominus fieri non poteſt *§. ſed ſi rem 10. inf. h. t.* adeo vt licet rem defuncto necdum teſtatore legatarius alienauerit, non tamen ob id conualeſcat legatum *d. §. 10. l. cetera 41. §. 2. de legat. 1.* ex ratione regulæ Catonianæ, quæ inſpicit tempus facti teſtamenti, nec patitur poſtea validum effici, quod ab initio nullum & inutile fuit *l. 1. de Reg. Caton. l. quod initio 29. & l. quæ ab initio pen. de Reg. iur. d. l. 41. §. 2.* quamuis in his terminis, à regula videatur exceptionem admiſiſſe *Celſus in l. 1. §. vltim. de reg. Caton.* Neque enim recte poteſt *d. l. 1.* accipi de legato conditionali, quaſi ea verba, *ſi eam viuo teſtatore alienauerit,* ſint teſtatoris: ita enim non eſſet exceptio ab regula, quam conſtat ad conditionalia relicta non pertinere: & eſt procul dubio hæc interpretatio contra ſententiam ICti. Nec poteſt reſtringi § 10. *h. t.* ad caſum quo viuo teſtatore res fuit alienata, cum ſimpliciter loquatur: & multo minus *l. 41. §. 2. de leg. 1.* quæ proponit fundum poſt teſtamentum alienatum. Ratio autem, vt hoc obiter addamus, regulæ Catonianæ hæc eſſe videtur: quod certa intelligitur & conſtans teſtatoris voluntas, qui omnia ad teſtamenti tempus voluerit referre, nec ab incerto & futuro euentu pendere. Neque huic regulæ obſtat *l. ſi cognatis 19. de reb. dub.* nec enim ibi vitioſum fuit legatum. Sed alii poſt teſtamentum inter cognatos adſciti; ſicut & per natiuitatem alii accedere poſſunt, & teſtator hos intelligere creditur, qui cognati ſunt tempore quo legatũ preſtari debet. Multo minus obſtat *l. non intellig. 3. §. 2. de iure fiſci.* vel quia ad fideicommiſſa, quæ magis æquitate nitebantur,

iſta regula non pertinebat: vel quia nec ibi ſunt ſimpliciter incapaces, ſed ex Legibus cad ıcariis & ſimilibus, quę odioſæ erant; vt merito ſufficere debeat ad excludendum fiſcum, quod fideicommiſſarius tempore mortis capax eſt: cum id non recta tranſeat, ſed per manus heredis præſtetur; & in tempus etiam quo quis capax eſt futurus, nominatim relinqui poſſit, *l. in tempus 62. de hered. inſtit.*

6 Supereſt Res quæ † in ſpecie dicitur aliena: vbi diſtinctione noua opus, q̃ fortaſſis rectius ſub membro ſuperiori de re propria teſtatoris fuiſſet propoſita. Res enim ſiue ꝓpria ſiue aliena, aut eſt in ſolidum, aut pro parte, quæ eſt communis teſtatori cum alio. Et quid igitur iuris, ſi teſtator rem, quam communem cum Titio habet, legauerit Sempronio? Et ſi ſub appellatione SVI legauerit tantum portio quam ipſe in re habet, debetur *l. ſerui 5. §. vltim. de legat.* 1. Ex quo gl. ibid. infert deberi totum, ſi ſimpliciter v.c. Cornelianum fundum, ſibi cum alio communem legauiſſet: quoniam ſcilicet res aliena quam quis talem eſſe ſcit, recte legatur. Quæ tamen mihi ratio non ſatis in hanc rem ſolida videtur. Vbi enim res tota aliena, & quam quis ſcit alienam, alicui legatur, non poteſt alia ſumi interpretatio, niſi vt tota debeatur; at vbi res communis legatur, licet ſimpliciter, poteſt eſſe quæſtio voluntatis; an partem alteram qua alienam legare voluerit: quod præſertim dici ſoleat, etiam meum non abſurde dici, quod mihi cum alio commune eſt; vt proinde, etiam qui legat ſimpliciter rem communem, poſſit videri de ſua tantum parte ſenſiſſe: cum alias quoq; in dubio eam ſoleamus interpretationem ſumere, qua minus grauatur heres. Et ob hoc magis probo ſententiam Angeli h. c. non deberi totum fundum, niſi teſtator nominatim dixerit, ſe legare totum vel omnem fundum, *arg. l. Iuliano 68. in pr. de lega. 3.* Ad eundem modum ſi quis leget fundum ſuum emphyteuticum, eum legare intelligitur, non qua alienum, vt proprietas debeatur, ſed tantum ius quod in eo ipſe habet *l. ſi domus 71. §. vltim. de legat. 1.*

Tandem de re quæ tota aliena eſt, agitur hoc textu noſtro, & dicitur recte eam legari, licet difficilis eius paratio ſit *l. cum ſeruus 39. §. conſtat 7. de leg. 1.* Effectus eſt, vt heres præſtare teneatur eius æſtimationem, ſiquidem dominus vendere eam nolit. *§. 4. in pr. h. t. l. non dubiũ 14. in f. l. qui quatuor 30. §. vlt. de leg. 3.* Limitatur in *verſ. quod autem*, ſi teſtator eam eſſe ſciuerit alienam: ceteroquin non præſumitur neceſſitate luendi grauare voluiſſe heredem *h. textu & l. cum alienam 10. C. h. t. l. vnum 67. §. ſi rem 8. de legat. 2.* Sublimitatur, niſi coniunctæ perſonæ legauerit; tunc enim indiſtincte res debetur *d. l. 10. in f.* etenim his præſumitur quis facile legaturus: eoque ceſſat ratio, quod non credatur teſtator facile donaturus res alienas & grauaturus heredem. Et quia præſumptio eſt pro herede, quod eum teſtator neceſſitate alienæ rei luendæ grauare non voluerit, ideo legatario, qui præſertim actor eſt, probatio incumbit, quod teſtator ſciuerit, rem eſſe alienam, hoc textu *verſ. & verius l. verius 21. de probat.* vbi tamen ſcrupulum mouet, quod imo præſumptio videatur eſſe pro legatario: quoniam quiſque præſumitur ſcire quæ ad ſe & dominium ſuum pertineant: Porro quod meum non eſt, id neceſſario eſt alienum. Ergo teſtator potius intelligetur ſciuiſſe conditionem rei legatæ & quod ſit aliena. Ioh. Fab. diſtinguit: quod aut poſſidet teſtator rem, aut non poſſidet. Illo caſu aut poſſidet vt ſuam, & tenetur heres præſtare eam qualis eſt, ꝗ ſi euincatur heredi antequam præſtetur, non tenebitur, niſi legatarius probet teſtatorē ſciuiſſe rem eſſe alienam: aut nō vt ſuam, veluti commodatam aut depoſitam, & poteſt hic etiam in magno patrimonio, aut ſi penes patrem fuerit depoſita, teſtator exiſtimaſſe eſſe ſuam: Ergo poteſt & hic legatario incumbere probatio. Quod ſi alius poſſideat, & teſtator nec ius aliquod in re habeat, quod alias tantum legare cenſetur: vix eſt vt hic non præſumi debeat, quod ſcierit eſſe alienam. Quid autem iure Canonico? Mouet hic dubium *cap. filius 5. de teſtam.* ex quo quidam crediderunt, non valere legatum rei alienæ eo iure; quamuis varii

ſint

ſint intellectus ad iſtud cap. quos refert *Iaſon ad d.l* 10.*C.h.t.* & aliquos etiam *Fachi.5.controu.* 38. Plane diſtinguit ibi expreſſe Pontifex inter legem Dei & legem ſeculi, quam improbat: & ne poſſit videri erraſſe & exiſtimaſſe, iure ciuili domino cum iniuria eius auferri poſſe rē, illud facit, quod legibus hoc tantum ſeculi cōſtitutum ait, heredem teneri ſoluere quod legatum eſt. Rurſus nimis abſurdum ſit exiſtimare, quod improbauerit Pontifex, vt teſtator poſſit grauare pro voluntate ſua heredem, vt rem redimat & præſtet: ideo magis opinionem eorum probo, qui d. cap. de ſpeciali caſu explicant: de quo videndi ſunt Iaſon & Fachin. dd. locis.

Quę ratio eſt rei alienæ, rationem eandem eſſe rei obligatæ pignori, docemur ex fine textus noſtri, qui eſt §. *ſed etſi* 5. *h. t.* vt nimirum valeat legatum rei, quam teſtator pignori obligauit: ita vt niſi teſtator diſerte hoc onus legatarii voluerit eſſe, heres ſoluta pecunia teneatur luere & legatario præſtare, vbi ſcilicet adhuc pignora nexa ſunt: ceteroquin ſi iam tum diſtracta ſint per creditorem, incidunt in ſpeciem priorem legatæ rei alienæ, itaq; tum heres æſtimationem præſtare tenetur, niſi aliam probet defuncti fuiſſe voluntatem *l prædia* 6. *C. de fidei.com.* Et amplius idem eſt hactenus, vt non aliter valeat legatum, quam ſi ſciebat teſtator eam nexam pignori, & vt legatarius probare cogatur, quod obligatam eā ſciuerit teſtator *h. textu & l. ſi res* 57. *de legat.* 1. *iunct. l. licet* 15. *de dot. prælег.*

TEXTVS.

5. Si res aliena legata fuerit, & eius rei viuo teſtatore legatarius dominus factus fuerit: ſiquidem ex cauſa emtionis, ex teſtamento actione pretium conſequi poteſt: ſi vero ex cauſa lucratiua, veluti ex donatione, vel alia ſimili cauſa, agere non poteſt. Nam traditum eſt, duas lucratiuas cauſas in eundem hominem & eādem rem concurrere non poſſe. Hac ratione ſi ex duobus teſtamentis eadem res eidem debeatur; intereſt, vtrum rem an æſtimationem ex teſtamento ſit conſecutus: nam ſi rem habet, non poteſt agere: quoniam habet eam ex cauſa lucratiua: ſin æſtimationem, agere poteſt.

COMMENTARIVS.

Reiecimus ad §. præced. in hunc locum, tractationem, vbi rei legatæ dominium poſt teſtamentum legatario ſuperuenit: præmittimus autem, quod regula huius §. habet, quod non concurrant circa eandem rem .i. ſpeciem & ſcilicet indiuiduum. Itaq; ſecus eſt in legato quantitatis, *l. plane* 34. §. 3. *de leg.* 1. imo etiam ſi ab vno res, ab alio æſtimatio eius relicta fuerit *arg. l. Titia* 87. *in pr. de legat.* 2. Inſuper procedit ſi concurrant eodem tempore, ſecus ſi ſub conditione interim pendeat obligatio *arg. l. exiſtimo* 98. *de V.O.* Item ſi res ſit acquiſita irreuocabiliter: alias ſecus, licet iure ſpeciali & v.c. per reſtitutionem in integrum auocari poſſit: qui caſus eſt *l. non qua* 82 §. 1. *de legat.* 1. Porro ſecundum hoc diſtinguit hoc §. Iuſtin. an dominium ſuperuenerit ex cauſa oneroſa, an lucratiua. Hoc caſu intercedit legatum & extinguitur: vt nec æſtimatio peti poſſit: ex regula dicta, quod duæ cauſæ lucratiuæ non poſſint in vnam rem & perſonam concurrere: *ex l. omnes* 17. *l. ex prom.* 19. *de obl. & act. l. inter* 83. §. *ſi rem* 6. *de V. obl.* eadem enim hic eſt ratio, ſiue ex legati cauſa vel qua alia res debeatur. *l. nutu* 21. §. 1. *de leg.* 3. *l. ſi ſeruus* 108. §. *Stichum.* 4. *de leg.* 1. vbi & redditur ratio, quod bis eadem res præſtari non poſſit. Eſt autem titulus legati lucratiuus. Atq; ita omnino obtinet, ſi res ipſa titulo lucratiuo legatario obuenerit *l. Mæuius* 66. §. 1. *de leg* 2. ſecus in *f. huius* §. eſſe docetur, quādo tantum æſtimationem rei debitæ conſecutus eſt legatarius; tunc enim ſupereſſe actionē ad petendam rem. Hoc oſtendit exemplo duorum teſtamentorū, quib. eadē res legata eſt: & eadē ratione idem ſtatuemus, ſi cum alicui res promiſſa

miſſa donationis cauſa fuerit, donatarius æſtimationem rei promiſſæ fuerit adeptus : vt & tum ex teſtamento quo res legata eſt, actio ipſi integra ſuperſit. Et ita explicandum eſt quod ſcribit ICtus in *l. plane* 34. §. 2. *de legat.* 2. ſi duorum teſtamentis res eadem legata ſit, bis peti poſſe, vt ex altero rem conſequatur legatarius, ex altero æſtimationem. Quod ſi enim prius res ſoluta ſit, æſtimatio haud poterit ex altero peti, poterit autem peti, ſi prius ſoluta fuerit æſtimatio. Cui non obſtat, quod in *l. huiusmodi* 84. §. 2. *de legat.* 1. dicitur repelli per exceptionem, qui æſtimationem conſecutus eſt : Diuerſus enim ibi proponitur caſus, vbi ille à quo fundus legatus erat poſt biennium Titio, huic legauit fundum, non vt ei nouam cauſam petendi daret, ſed vt ſe obligatione ex alio teſtamento, liberaret. Ex quibus apparet, non ſimpliciter nec per omnia verum eſſe, quod iactari ſolet vulgo eum qui æſtimationem habet, videri ipſam rem habere : & recte notat Hottom. fieri hinc manifeſtum, quod omnimodo re ipſa contineatur æſtimatio, ſed non etiam æſtimatione rem eodẽ modo contineri : & facit, quod poteſt eſſe affectio ad rem, vltra æſtimationem. Iaſon tamen in addit. ad Porc. vocat hoc maximum dubium, cur æſtimationem ſi prius adeptus ſit legatarius, poſſit adhuc petere rem, non vice verſa. Et ſane quod ex accidenti ſit, non videtur mutare ius debere. Ait Iaſon omnes Dd. hic obmutuiſſe : & rationem à ſe propoſitam ipſe poſt improbat. Forte aliquid facit, quod cum duorum teſtamentis res legatur, non poteſt eſſe vtriuſque propria ; at in caſu rei legatæ alienæ, quodammodo rei æſtimatio magis in obligatione eſſe videtur. Et regula de concurſu cauſæ lucratiuæ duplicis, ſtricte accepta fuit : cur enim proſit mihi ad liberationem, quod alius rem creditori meo dedit & donauit? Itaque ſubtilis illa ratio iuris, quod eadem res peti bis nõ poſſit, ſtrictiſſime fuit accepta, vbi res ipſa ad aliquẽ peruenit : non vbi prius æſtimatio ſoluta fuit. Ait autem Iuſtin. in *pr.* §. ita eſſe, ſi legatario dominium viuo teſtatore ſuperuenerit: Et tamen gl. & poſt eã Interpp. omnes communiſſime hic, notant idem eſſe, ſi poſt mortem teſtatoris idem contingat: in quam rem tamen nullum textum adducunt. Et vero mihi iſtud facit dubium, quod ſtatim dies legati cedit à morte teſtatoris, qui poſtquam ſemel vtiliter ceſſit, non videtur ex poſt facto legatũ extingui poſſe. Quod aliis cogitandum relinquo. Quid porro, ſi cum rei legatæ ſuperueniſſet dominium, legatarius rem iterum viuo teſtore alienauerit? an res reſtituetur in priſtinum ſtatum, & legatum iterum conualeſcet? Et ex *l.* 17. *de obligat. & act.* apparet obligationem perimi : & in *d. l.* 83. §. 6. *de V. ob.* euaneſcere ſtipulationem dicitur. Ad quæ tamen reſponderi poſſit, diuerſam eſſe rationẽ, quod ex cauſa legati viuo teſtatore nulla necdum ſit nata obligatio, quippe quæ demum adita hereditate contra heredem naſcatur. Alia autem hic regula contra legatarium adduci poſſit, quod vbi res incidit in eum caſum à quo incipere non poteſt, ſoleat ad irritum redigi : res autem legatarii propria legari ei non poteſt, ſed & hæc regula non vnam habet exceptionem. Et, ſi eam huc velis adcommodare, effeceris, quod etiamſi ex oneroſa cauſa legatario ſuperuenerit dominium, legatum pereat, quod falſum eſt. Neque ſatis ad huius rei deciſionem facit *l. Meuium* 66. §. 1. *de legat.* 2. vbi negatur vocari actionem ſemel extinctã, hic enim non poteſt dici extincta actio, quæ necdum nata eſt : & proponitur ibi, ab vno herede ſolutam rem fuiſſe legatario : & igitur poſt teſtatoris mortem, vt merito legati petitio ex teſtamento altero reuiuiſcere hic nequeat : atqui ponimus, alienationem adhuc viuo teſtatore factam fuiſſe. Et hoc quoque ego interim in medium relinquo. Dubiam plane amplius facit opinionem illam Interpp. quod in *l. non* 82. *in pr.* in his terminis, vbi ſuperuenit dominium ex cauſa lucratiua, dicitur extingui obligatio legati DIE CEDENTE, ſcilicet vt cum effectu extinguatur obligatio, ſi eo tempore quo dies cedit legati, reperiatur adhuc dominium eius exſiſtere apud legatariũ: & facit quæ traditur in *d. l.* 82. limitatio, ita demum extingui obligationẽ, ſi res ita vt auelli

non

Digitized by Google

non poſſit, ad legatarium peruenerit. Illud vix dignum eſt admonitione, quod Mynſ. notat, intelligi in fin. duo teſtamenta diuerſorum teſtatorum; conſtat enim vnum cum duobus teſtamentis decedere non poſſe, & pluſquam certum eſt, ſpeciem bis legatam ab vno tantum ſemel deberi.

Ad hunc autem tractatum de duabus cauſis lucratiuis pertinet ſpecies *§. ſi cui fundus 9. h. t.* quam ob connexionem materiæ hic explicabimus. Titio fundus legatus eſt, quod genus legati continet plenam proprietatem *leg. ſi Titio 10. & l. ſi alij 19. de vſufruct. leg.* Hic Titius fundi huius ſibi legati nudam proprietatem ex titulo oneroſo emptionis cum adquiſiuiſſet, mox vſusfructus acceſſit, & ſcilicet ſine onere, forte morte, aut capitis diminutione vſufructuarii finitus, vt proponitur in *dict. leg. non quoc. 82. §. fundus 2. de legat. 1.* quæritur an Titius æſtimationem ſolidam totius fundi ex teſtamento petere poſſit. Summa quæſtionis in eo poſita eſt, an partem fundi videatur adquiſiuiſſe titulo lucratiuo Titius, & adeo an hac in re ratio haberi debeat vſusfructus, ad minuendum ius legatarij & actionem, quoniam vſusfructum titulo lucratiuo legatarius habet. Dubitandi ratio pro Titio eſt, quia non eſt vſusfructus fundi pars, ſed ſeruitus, *d. §. 9. h. t.* & fundus totus noſter eſt, cuius vſusfructus alienus eſt *l. recte 25. de V. S.* Sed contra Titium ex aduerſo facit, quod in vſufructu eſt totum emolumentum rei *leg. Mæuius 66. §. fundo 6. de legat. 2.* cuius reſpectu etiam partis inſtar habet *dict. leg. 66. l. qui vſumfruct. 58. de V. obli.* & conſtat longe minoris emi proprietatem nudam quam plenam; vt proinde æquum non ſit, totius fundi æſtimationem Titium ex teſtamento conſequi, cui ſine onere acceſſit vſusfructus. Deciſio quæſtionis eſt, vt quoniam vſusfructus pars fundi non eſt, competat quidem ſummo iure petitio æſtimationis fundi totius; nec adeo Titius dicatur plus petere (idque eſt quod Iuſtinian. ait, recte fundum nimirum, æſtimationem eius peti, quia vſusfructus in petitione ſeruitutis locum obtineat) ſed officio iudicis tanto minoris condemnetur hæres, quanti minoris emit proprietatem nudam Titius, quàm pro plena proprietate dandum ei fuiſſet, & omnino vt ſicut detracto vſufructu fundum emit, ita & æſtimatio fundi deducto vſufructu præſtetur, & in ſumma vt tantum conſequatur legatarius, quantum venditori pretij loco pro proprietate nuda dedit, *d. §. 9. & d. l. 82. §. 2. de leg. 1.*

TEXTVS.

6. Ea quoque res quæ in rerum natura non eſt, ſi modo futura eſt, recte legatur: veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt: aut quod ex illa ancilla natum erit.

COMMENTARIVS.

AD *§. non ſolum 3. ſup. h. t. in princ.* propoſuimus hanc primam diuiſionem rerum, de quibus legandis quæritur; quod vel ſint in rerum natura, vel non ſint; de quibus hoc loco dicere promiſimus. Earum diſtinctionem ſuppeditat hic §. quod, aut ita non ſunt, vt nec futura ſint, velut hippocentaurus, aut homo mortuus, & procul dubio legatum eſt nullum, vt & ſtipulatio *§. 1. infr. de inutil. ſtipul.* aut ita non ſunt, vt ſint futura, licet etiam poſſit accidere vt non fiant; (velut ancillæ partus ſi abortum faciat, quo caſu nihil debebitur,) aut non in omnino certa quantitate fiant, veluti fructus fundi naſcituri, *h. §. & l. quod in 24. in princip. de legat. 1. iunct. l. etiam ea 17. de legat. 3.* Plane non quærimus hic de illo caſu, quo quis ſimpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini aut olei, quæ omnino præſtanda eſt: neque ita dicuntur legari fructus fundi; ſed duo caſus huc pertinent. 1. cum quis ſimpliciter legat ſine aliqua determinatione fructus, qui naſcituri ſunt ex fundo Tuſculano, 2. quando eos legat ſub cer-

Aaaa ta quan-

ta quantitate; veluti, modios centum naſcituros ex fundo Tuſculano. Hic autem, aut omnino voluit præſtationem legati reſtringi ad fructus ex fundo naſcituros, aut demonſtrationis tantum gratia adiecit fundum, ex quo ſcilicet commode fructus ſumi poſſent. Hoc caſu quantitas tota omnino debetur, etiamſi fructuum ea quantitas ex fundo Tuſculano percipi non poſſit; qui caſus eſt *leg. Lucius 12. de alim. legat. l. Paulo 27. §. vltim. in fin. de legat. 3.* Ceteroquin in dubio, vbi teſtator legauit, vel ſimpliciter fructus fundi Tuſculani, vel, Centum amphoras vini ex fundo Tuſculano, fundus adiectus cenſetur taxationis gratia, vt debeantur hæ amphoræ, ſi tantum inde percipiatur; itaque ſi vel nihil, vel tantum decem verbi cauſa amphoræ natæ ſint, nihil etiam vel decem tantum amphoræ debebuntur *l. 1. ſi quis 8. §. 2. de legat. 2. l. cum certus 5. de tritico legat.* idque eſt, quod legato huiuſmodi dicitur ineſſe conditio, ſi ſcilicet naſcantur fructus, *l. 1. in fin. de condit. & demonſtrat.* Sed in *l. interdum 73. in princ. de Verb. Ob.* talis promiſſio dicitur habere dilationem ex re ipſa; & quod non ſit vera conditio docet *l. conditiones 99. de V. O.* quoniam non extrinſecus iſta conditio venit, ſed tacite ineſt; itaque legatum non facit conditionale *dict. leg. 99. l. 6. §. 1. quand. dies leg. ced.* Ex quo fit, vt quod etiam communiſſime omnes probant, præmortuo legatario, non pereat legatum, ſed tranſmittatur ad hæredes, conditionalia autem legata non tranſmittuntur *l. 4. in princip. l. 5. §. 2. l. cum illud 25. in fin. quand. dies legat. ced.* Nec obſt. quod in *dict. leg. 73. in princip. de V. O.* tunc dicitur incipere actionem vbi fructus nati ſunt, (vbi autem obligatio in diem tantum concepta eſt, ſtatim etiam ante diem actio nata eſt, vt dicemus *infr. de Verb. Oblig.*) etenim hoc cum effectu accipiendum eſt; quoniam actio licet ante diem nata, necdum tamen moueri poteſt cum effectu, vt d. loco dicemus. Dd. tamen magis putant eſſe legatum conditionale quo ad natiuitatem, ſed non quo ad tranſmiſſionem, vt quo ad hanc perinde habeatur, ac ſi dies tantum legato ineſſet, ſed plane ſi actio dicatur nullo modo nata, non video, quomodo tranſmitti in hæredes poſſit. Dicemus alias non inepte: cum & nulli fructus naſci poſſint, & non tantum naſci, conditionem ſimul & diem ineſſe legato, vt videatur ita legaſſe teſtator, ſi fructus naſcentur, & cum naſcentur: Et quo ad illud cenſetur legatum quidem conditionale, & ſi nihil natum ponamus, omnino nihil debetur, nec tranſmittitur: ſed ſi ponamus fructus aliquos natos eſſe, manet nuda tantum conditionis forma, & hactenus conditionale legatum non cenſetur, ſed quod tantum habuerit diem: & hactenus actionem iam ante natam fuiſſe omnino defendam: & cum ſimpliciter dicatur in *leg. 99. de condition. & demonſtrat.* non facere hanc adiectionem, vt legatum ſit conditionale; conſequenter dicam, quod etiam quoad natiuitatem obligationis, legatum conditionale non ſit: Ceteroquin, vt dixi, tranſmitti non poſſet, & ita rectiſſime *gl. in dict. leg. 73. de Verb. Oblig.* ad verbum *incipit* notat, incipere cum effectu, innuens ſcilicet actionem etiam ante natam eſſe. Neque obſtat *lex cum ita 16. in princip. quand. dies leg. ced.* quoniam ſpeciale eſt in legato alternatiuo: cum enim & dubium ſit, quid naſciturum ſit, & quid electurus ſit legatarius; nec electioni locus ſit necdum nato partu, qui etiam naſci non poſſet, interim cedere dies non poteſt; quod & Br. ad illum locum annotauit.

TEXTVS.

7. Si eadem res duobus legata ſit, ſiue coniunctim, ſiue disiunctim, ſi ambo perueniant ad legatum, ſcinditur inter eos legatum: ſi alter deficiat, quia aut ſpreuerit legatum, aut viuo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum pertinet ad collegatarium. Coniunctim autem legatur, veluti ſi quis dicat, *Titio &*

gitized by Google

tio & Seio hominem Stichum do lego. Diſiunctim ita: *Titio hominem Stichum do, lego: Seio hominem Stichum do, lego.* Sed & ſi expreſſerit, eundem hominem Stichum, atque diſiunctim legatum intelligitur.

COMMENTARIVS.

1 *Coniuncti qui ſint.*
2 *An habeant initio partes an concurſu.*
3 *An ius adcreſcendi ſit inter coniunctos verbis tantum.*

PErtinet hoc ad modum legandi, & ad materiam iuris adcreſcendi difficillimam & intricatam, vt præſtet de ea tacere, quam pauca dicere, neq; enim patitur inſtituti noſtri ratio, vt plene hanc rem exſequamur, dicemus generalia, quæ tyronibus ad intelligendam hanc tractationem viam ſternere poſſint.

1 Legatur, vel coniunctim pluribus, vel† ſeparatim. Et cum coniunctim dicatur multis modis, in primis intelligitur legatum eodem & eiuſdem teſtamento; nam quibus legatum eſt aliquid duorum teſtamentis, hi quo ad hanc materiam coniuncti non habentur. Tum coniunctio intelligitur in eandem rem adeo quibus eodem quoque teſtamento eadem quoque oratione plures res legatæ ſunt, hi pro coniunctis non habentur, *l. huiuſmodi 84. §. penult. de leg.* 1. oportet igitur duobus, vel plurib. eandem rem vno teſtamento eſſe relictam.

Coniunctionem hanc triplicem faciunt Iuriſconſulti in *leg. re coniuncti 89. de legat 3. leg. triplici 142. de Verb. ſignificat.* Re & verbis ſimul: *Seio & Caio fundum Tuſculanum do, lego.* Re tantum, vbi deficit copula, *Seio fundum Tuſculanum do lego. Caio eundem lego.* Verbis tantum *Caio & Seio fundum Tuſculanum æquis partibus.* Adeo coniunctio eſt vel mixta, re & verbis ſimul; vel ſimplex, re tantum, vel verbis tantum. Ita nimirum in dd. textibus & alibi vſurpatur verbum coniunctionis & coniunctorum. Ceterum non ſemel, qui re tantum coniuncti ſunt diuerſis orationibus, diſiuncti appellantur, vt hoc noſtro §. & in *l. vn. §. vbi autem 11. Codic. de caduc. toll. & apud Vlpianum & Caium de legat.* Et hoc primo obſeruandum eſt.

Conſequenter quæritur de iure duorum legatariorum † qui vno vel altero horum modorum coniuncti ſunt. Et ait Iuſtinian. ſcindi inter eos legatum, ſi ambo ad illud perueniāt: idque eſt quod alibi dicitur eos concurſu partes facere *l. 3. de vſufr. adcr. l. coniunctim 80. de leg.* 3. quoniam ſi initio ſinguli partes haberent, non concurſu partes facere, nec legatum ſcindi, ob hoc quod ambo concurrunt, diceretur. 2

Valde tamen concordant Dd. an æqualiter hoc obtineat in mixtim coniunctis & re tantum coniunctis, quod concurſu partes faciāt; Volunt enim aliqui, mixtim coniunctos ab initio habere partes: eos autem, qui re coniuncti ſunt, demū concurſu partes facere, quibus quippe teſtator ſingulis videtur ſolidum dediſſe; non autem pariter illis, quos vna oratione coniungendo ſingulis videtur dediſſe partes.

Intelligere licet ex *Vlpian. & Caio titt. de legat.* olim ius diuerſum fuiſſe inter legatum vindicationis & damnationis; itemque interfuiſſe an coniunctim (id eſt, mixtim) an diſiunctim (id eſt, re tantum) fuerit res eadem legata. Sed & hoc, aliud obſeruatum iure veteri ciuili, aliud poſt legem Iuliam Papiam, quæ in fauorem fiſci, quod ante, per ius adcreſcendi ad collegatarium pertinebat, caducum faciebat. Ex quo mirum non eſt, ſi forte textus iuris noſtri diuerſimode loquentes deprehendantur; quos non ſatis accurate & ad ius poſterius deſcripſerunt compilatores.

Verum ad rationem iuris Iuſtinianei, ita ſtatuendum eſt. Et 1. notandum, ambigue dici, duos legatarios habere ſolidum ſingulos, & itidem, habere partes. Nam vno modo ſolidum ita duo legatarij habere dicuntur, vt

vt ſinguli conſequantur ſolidum ; quod olim Vlp. docet, itemque Caius, obtinuiſſe in legato damnationis diſiunctim relicto : & hodieque obtinere vult Iuſtinian. (ſunt enim ea verba non Pauli, ſed Triboniani) in *leg. ſi pluribus 33. de legat.* 1. vt ita alter rem habeat, alter æſtimationem. Alio modo dicuntur ſolidum habere duo legatarij, quatenus altero non concurrente; alter ſolidum petit & capit, quod non poſſe, ſi ſimpliciter partem vnuſquiſque haberet. Atque ita loquuntur Iuriſconſulti in *d. l. 3. de vſufr. adcr. & d. l. 80. de leg.* 3. inter eos, qui ſinguli ſolidum habent, partes fieri concurſu. Et hi qui ita ſolidam habent, & partes concurſu faciunt, recte quoque vno modo partes habere dicuntur, quatenus vt concurrentes conſiderantur, quo reſpectu fieri non poteſt, vt ſinguli ſolidum habeant, cum impoſſibile ſit, vnam eandemque rem ad plures in ſolidum peruenire. Alio modo autem habere partes dicuntur, qui ab initio & omnimodo partes habent, non vero eas demum concurſu faciunt ; veluti ſi teſtator æquas partes pluribus, maxime diſiunctis orationibus adſcripſerit: quo caſu licet non concurrant legatarij, tamen quiſque tantum partem habet. Et cum igitur Iuſtinianus de vtraque ſpecie coniunctionis, mixta re & verbis, & re tantum (quomodo coniunctos ipſe ex ratione ſupra reddita diſiunctos appellat) hic affirmet, quod totum ad collegatarium pertineat, ſi defecerit alter, & quod ſi vterque concurrat, tum demum legatum ſcindatur, ſequitur ſane inuitabili conſequentia ; quod iuxta modum ſecundum paulo ante propoſitum habeant ſolidum ſinguli, ſiue mixtim, ſiue ſolummodo re coniuncti ſint. Et nimirum teſtator, qui duos in eandem rem coniungit, non euentum hunc tantum conſideraſſe videtur, quo vterque concurrit ; in quem ſane (niſi vbi alteri rem, alteri æſtimationem dari voluit) neceſſario ſingulas partes habere voluit ; ſed etiam caſum deficientis alterius ; in quem videtur ſingulis dediſſe ſolidum, & eos coniunxiſſe hac de cauſa, vt pars deficientis, ad coniunctum perueniret, quæ manſiſſet alias in hæreditate. Illo reſpectu ſinguli partes, hoc ſinguli ſolidum habere videntur.

In ſumma penitus eſt & omnino neceſſarium, vt qui modo partem, modo ſolidum capit, hic quoque diuerſo reſpectu, & partem & ſolidum habere intelligatur. Atque hæc ad iſtam controuerſiam explicandam † pro inſtituti noſtri ratione ſufficiant. 3
Ex quibus ſimul apparet recte dici & ius non decreſcendi, & ius adcreſcendi. Illud quatenus conſiderantur ſinguli, vt ſolidum habentes, hoc quatenus vt habentes partes; quas dũ nõ aufert collegatarius, quod concurrẽdo feciſſet, recte hoc reſpectu alteri accreſcere dicitur; & ita loquuntur ICti; qui magis partite locuti ſunt; quam Iuſtin. qui vocatius non decreſcendi in *d. l. vn. §. vbi* 11. *C. de cad. toll.* quamuis non ita diſertis verbis loquatur, ſed ita loquendi cauſam Interpp. præbuerit. Hoc addendum ſupereſt, quid iuris ſit in his coniunctis, quos verbis tantum coniunctos appellari diximus, quibus partes rei in quam vna oratione coniuncti ſunt, teſtator adſcripſit. Tota controuerſia eſt in hoc, an partes habeant ab initio & omnimodo, an vero etiã aliqua conſideratione ſolidum habeant. Illo enim poſito licet alter deficiat, collegatarius tamen partem tãtum petere poterit, nec pars deficiens ipſi adcreſcet; idq; ſuadet *l. recon. 89. de leg.* 3. vbi hi ſemper partes habere dicuntur : & facit, quod Iuſtinian. hoc §. nullam eorum fecit mentionem; vt proinde nec ſcindi inter eos legatum, & adeo ceſſare ius adcreſcendi dicendum ſit. Neque vero ius adcreſcendi inter alios eſſe poteſt, quam qui in eandem rem coniuncti ſunt; cuius pars deficere & accreſcere dicitur Quod ſi illi vere verbis tantum coniuncti ſunt, non etiam re, fieri prorſus non poteſt, vt ius adcreſcendi inter eos habeat locum. Itaque fatendum erit & hoc, eos vere cõiunctos non eſſe, nec niſi quo ad formam externam, & docendi cauſa ita appellari. Diſputant quidem alij contra, (& communiter Dd. iuri adcre-

Digitized by Google

adcreſcendi inter hos quoque locum eſſe arbitrantur) dici hos tantum verbis coniunctos, propter orationis formam, eſſe autem vere coniunctos re quoque: neq; teſtatorem partes adieciſſe, quod nullo caſu ad alterum peruenire ſolidum vellet: ſed quia conſiderauerit euentum vtriuſque concurrentis, quam quiuis teſtator qui duobus legat, præſupponere videtur. Verum cum ICti faciant diuerſas ſpecies mixtim coniunctorum, & eorum quos verbis tantum coniunctos dicunt, difficile eſt, vt confundamus has ſpecies, maxime ob textum allegatum ex *l. re 89. de legatis 3.* vbi nominatim verbis coniuncti hactenus opponuntur ceteris coniunctis: quod illi ſemper habeant partes: & igitur nullo caſu habent ſolidum, quo poſito ſimul neceſſario negatur ius adcreſcendi. Sed iſta pluribus exequi hoc loco nec libet nec licet. Ait Iuſtinianus h. §.

Aut viuo teſtatore deceſſerit.] Et an igitur ſi poſt mortem eius deceſſerit, non dicetur defeciſſe, nec locus erit iuri adcreſcendi? Vt plenius agamus & cum Iuſtiniano *in l. vn. C. de cad. toll.* aut coniunctus non deficit, aut deficit. Non deficit, quando non tam re ipſa quam verbis coniunctus eſt, & titulo tenus, v. c. ſi ſit incapax aut iam tempore teſtamenti facti mortuus, quod teſtator ignorabat. Deficit, cum aut non vult legatum, repudiando, quod non fit niſi demum poſt mortem teſtatoris, & diem legati cedentem: aut non poteſt legatum capere, præmortuus, vel poſt incapax factus, & hoc vel viuo teſtatore, vel poſt mortem teſtatoris.

De caſu quo aliquis coniunctus fuit, qui iam tum non in rerum natura erat, agit Iuſtin. *in d. l. vn §. in primo 3. C. de cad. toll.* & docet olim quoque totum ad coniunctum & ſuperſtitem pertinuiſſe, quoniam teſtator hoc animo cõiunctionem fecit, vt vel ſinguli partem haberent, vel vnus ſolidum, quod vtique magis coniunctum dilexiſſe intelligitur quam heredem, & dicitur pars illa pro non ſcripta haberi, & ſcilicet perinde, ac ſi totum alteri legatum fuiſſet, neque poteſt dici deficere, qui facti tempore teſtamenti amplius non fuit. Videri poſſit obſtare, *l. plane 34. §. ſi coniunctim 9. de legat. 1.* vbi dicitur, facere cum partem, in cuius perſona legatum non conſtitit. Partem autem facere hic dicitur certiſſimo iure, qui perinde habetur, ac ſi partem ſuam accepiſſet: & igitur vbicunque coniunctus partim dicitur facere, ibi ceſſat ius accreſcendi, nec alter ſolidum habere poteſt. Sed enim ibi non loquitur ICtus de eo, qui tempore facti teſtamenti in rerum natura non fuit, ſed de eo qui exiſtit, ſed legati incapax eſt, velut in illa ſpecie eſt ſeruus proprius teſtatoris qui libertatem non accepit. Et eo exemplo amplius hic diſtinguendum fuerit, an quis omnino ſit incapax, velut deportatus, hunc enim in hac tractatione eodem loco habẽdum puto, ac eum qui in rerum natura non eſt, vt quod ei legatum eſt ſit pro non ſcripto *arg. l. 1. C. de hered. inſtit.* an non ſimpliciter & omnino incapax ſit, cui quidem adſcriptum ex L. Iul. Papia crediderim in fauorem fiſci caducum factum, & ita incapacem eiuſmodi feciſſe partem. Hęc de primo membro, vbi coniunctus non deficit.

De alterius membri, priore parte, vbi nimirum legatarius repudiat, dubium nullum eſt, quin pars ita deficiens, ad coniunctum pertineat, quamuis forte ex L. Iul. Pap. eam caducam factam fuiſſe, colligi poſſit *ex Vlp. tit. de legat. §. ſi duobus 11.* Vbi autem non repudiat, ſed non poteſt capere legatum, diſtinguuntur duo caſus *in d. l. vn.* Prior eſt, cum adhuc viuo teſtatore, legatarius deficit, procul dubio ex L. Iulia Papia pars deficientis caduca facta fuit, quod probatur *d. §. 11. Vlpiani,* ſed iure nouo Iuſtiniani *in d. l. vn. §. pro ſecundo 4. & h. §.* accreſcit coniuncto.

De tertio caſu quo mortuo teſtatore deceſſit collegatarius, aut forte fuit deportatus, obſcurius loquitur Iuſtinian. *in d. l. vn. §. in nouiſſimo 5. C. de caducis toll.* Et illud conſtat, quod ius fiſci auctum fuerit per L. Iul. Pap. & vt plura caduca fierent conſtitutum fuiſſe, vt dies legatorum non cederet ſtatim à morte teſtatoris, ſed demum, ex quo tabulæ apertæ fuiſſent, quia poſtquam ceſſiſſet legati dies, non

poterant caduca amplius fieri legata, ſiquidem iam erat ius quæſitum legatario. Ergo ſi fuiſſet defunctus legatarius, tempore intermedio inter mortem teſtatoris & tabulas apertas, fiebat caducum legatum, adeoque conſequenter & pars coniuncti, ceſſante proinde iure adcreſcendi, quod ſuſtulit dicto loco Iuſtin. hoc ipſo, quod vult diem legati cedere à morte teſtatoris: Effectus autem iuris huius eſt, vt tranſmittatur legatum ad heredem: Et cum quod iuris eſt in toto quo ad totum, idem ſit in parte quo ad partem, probabile mihi videtur, ſi coniunctus deceſſerit iam mortuo teſtatore, poſt legati diem cedentem, eum quoque portionem ſuam ad heredem tranſmiſiſſe, & ob id iuri accreſcendi non eſſe amplius locum. Et recte adeo, imo neceſſario Iuſtin. h. §. expreſſit caſum, quo collegatarius deceſſit teſtatore etiamnum viuo. De quo tamen fortaſſis amplius cogitandum.

TEXTVS.

8. Si cui fundus alienus legatus ſit, & emerit proprietatem, deducto vſufructu, & vſusfructus ad eum peruenerit, & poſtea agat ex teſtamento: recte eum agere, & fundum petere, Iulianus ait: quia vſusfructus in petitione, ſeruitutis locum obtinet: ſed officio iudicis continetur, vt deducto vſufructu iubeat æſtimationem præſtari.

Hunc §. explicauimus *ad §. ſi res 6. ſup. h. t. in fin.*

TEXTVS.

9. Sed ſi rem legatarii quis ei legauerit, inutile eſt legatum, quia quod proprium ipſius eſt, amplius fieri eius non poteſt: & licet eam alienauerit, non debetur, nec ipſa res, nec æſtimatio eius.

COMMENTARIVS.

HVnc quoque locum explicauimus ad §. *non ſolum 4 h. t.* nec addo quidquam. Inanis enim eſt coniectura Hottom. eſſe iſtam quaſi appendicem *ad §. præced.* quod ſit inutile legatum rei propriæ, licet vſusfructus alienus ſit, quod tamen alias facile admitto: vt tamen eodem modo putem legatarium ex æquitate ad æſtimationem vſusfructus agere poſſe. Illud obiter addo, ſi in re alteri⁹ aliquod ius habeat teſtator, quod morte non finiatur, tum legatũ propter ius iſtud quod remiſſum cenſetur, valere *l. quod in 24. l. ſi tibi 86. in pr. de legat.* 1. v. quæ de hac re noto *ſup. ad* §. 4.

TEXTVS.

10. Si quis rem ſuam, quaſi alienam legauerit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate eſt, quam quod in opinione. Sed & ſi legatarii eſſe putauit, valere conſtat, quia exitum voluntas defuncti habere poteſt.

COMMENTARIVS.

DIximus itidem ſup. ad §. non ſolum, & hinc notauimus duas ampliationes ad propoſitionem, Quod quiſque rem ſuam legare poſſit. Diximus etiam, rationem hanc, *quod plus valeat veritas &c.* imaginis loco poſitam, & ſecundo huius §. caſui ſubiiciẽdam eſſe. Illud tantum ſupereſt, vt videamus, an & quatenus verum ſit, *plus valere quod in veritate eſt, quam quod in opinione*, quod & legimus *in l. 4. §. 1. de manum. vind. l. regula 9. § 4. de iur. & fact. ign.* Etenim videmus alibi contra reſponſum, plus valere quod eſt in opinione, *in l. is, qui 15. de adq. hered. l. 2. §. ſi à pupillo 15. pro empt.* apparet enim ex ipſa ſpecie facti: plus ibi valere opinionem quam rem ipſam, cum vſucapio dicatur ſequi, ſiquis à pupillo emit (hæc veritas eſt) quem puberem putabat; (hæc eſt opinio) non ſequeretur autem vſucapio, ſi à pupillo emptam rem poneremus. Gloſſa hic tribus verbis rem explicat, vt nimirum pro

regula

Digitized by Google

regula habeat, plus eſſe in veritate quam in opinione: Rationem autem exceptionis *in d. l. 15. de adq. hered.* hanc aſſignat, quod aditio hereditatis pendeat ab animo, & proinde cum rei veritate animum & opinionem conſentire oporteat: ceteroquin vbi ab ipſa re effectus dependet, plus tribuemus veritati quam opinioni. Sed nimis nude id ita proponitur. Nec enim ad adquirendam hereditatem ſufficit animus & opinio ſine veritate: nec quiſquam adquirere poteſt hereditatem, vt maxime ſe heredem eſſe putet, niſi & reuera heres ſcript⁹ ſit, neq; ſi quis ſe putet ſuum, cum eſſet voluntarius, & extraneus heres, propterea ipſo iure erit heres citra aditioné: ſed hoc operatur aliquando opinio, vt non poſſit operari veritas ſola, cui opinio aduerſatur, in iis quæ ab animo dependent, vt in ſpecie *d. l. 15. de hered. adq.* qui reuera cum eſſet voluntarius, cum eſſe neceſſarium ſe putaret, fruſtra repudiat hereditatem. Ita & facit opinio iuſta, vt quis adquirat aliquod ius, vt in ſpecie *d. l. 2. §. 15. pro empt.* vbi qui à pupillo emit, cum putaret eum eſſe puberem, vſucapit, quoniam ad vſucapionem ſufficit bona fides & titulus putatiuus vbi probabilis eſt error, *l. quod vulgo 11. pro empt.* quæ vtraque conſtituit opinio, licet reuera non pubes, ſed pupillus venditor fuerit. Et regula itaque certa dari non poteſt hoc loco: ſed pro diuerſitate caſuum aliter conſtituendum atque aliter eſt.

TEXTVS.

11. Si rem ſuam legauerit Teſtator, poſteaque eam alienauerit, Celſus putat, ſi non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, eum qui poſt teſtamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademiſſe non videri legatum, & ideo legatarium cum herede eius agere poſſe, vt prædia à creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienauerit, pars quæ non eſt alienata, omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, ſi non adimendi animo alienata ſit.

COMMENTARIVS.

REctius hoc ſub *tit. ſeq. de adimendis legatis* fuiſſet relatum. Legatum aut adimitur verbis & expreſſe: aut tacite & factis: quorum hoc vnum eſt, ſi rem legatam teſtator alienauerit: diſceſſiſſe enim ita à voluntate priori videtur, qui rem tranſtulit in alium. Poteſt tamen, vt ex hoc §. patet, eſſe voluntatis quæſtio, an animo adimendi hoc factum ſit, quandoquidem & rei alienæ legatum conſiſtit. Voluntatem ex coniecturis colligimus: quarum vna eſt, an coactus aliqua neceſſitate, alienauerit teſtator, an libera plane voluntate, quo caſu animo adimendi factum credemus *l. rem legatam 18. l. legatum 24. §. 1. de adim. legat.* de cuiuſmodi alienatione accipienda eſt *l. ſi ex toto in pr. 8. de legat. 1. & l. cum ſeruus 15. de adim. leg.* quæ amplius probat, ſi teſtator rurſus rem redemerit, non conualeſcere legatum. De neceſſaria alienatione eſt textus *in l. fideicommiſſa 11. §. ſi rem 12. de leg. 3.* vbi in terminis neceſſariæ alienationis ait ICtus legatum peti poſſe, niſi factam alienationem adimendi animo heredes probauerint. Itaque ſi legatum alienauerit voluntarie teſtator, credemus factam alienationem adimendi animo, & legatarius proinde tenebitur probare, non hoc animo factam alienationem. Neque diſtinguendum eſt an legatum fuerit conditionale necne, quaſi hoc omnimodo quauis alienatione extinguatur, vt male poſt *Bart. Mynſ. hic.* Quod ita iuris eſt in toto, idé iuris eſt in parte, vt ſi partem alienauerit teſtator rei legatæ, pars altera omnino debeatur *l. ſi ex toto in pr. 8. de legat. 1.* ita, ſi non fuerit adimendi animus, vt eſt *in fin. §.*

Alia eſt pignorationis ratio, de qua reſpõdetur *hoc §. verſ. idem, l. 3. C. h. t.* ea non obſtante legatum deberi: neque enim pignoratio alienatio eſt, & ea ex neceſſitate fieri ſolet, & alienatio fit in perpetuum, non ita pignoratio

ratio, ſed vt ſoluto debito ad debitorem res reuertatur. Admittatur ad probationem tamen haud dubie heres, rem eſſe pignoratam animo adimendi: Interpp. vulgo ſi res ſit pignorata pro maiori ſumma, vt difficilior ſit futura reluitio, habent pro alienatione, itaque & hic putant hoc caſu aliud fore, vt poſt *Bart. Mynſ. hic.* Sed eſt ille communis error: neque enim ideo deſinit eſſe vna oppignoratio. Porro quod diximus alienatione finiri legatum, ei valde obſtat *l. prædia 27. §. liberto de inſtruct. leg.*

Aut dicendum eſt alienationem factam ante teſtamentum, aut alienationem fuiſſe ex neceſſitate rei familiaris: aut alienationem hic intelligi cum effectu, & vbi traditio ſecuta eſt. Illud autem difficile eſt, vt etiam debeatur pars cuius iam pretium accepit teſtator, proponitur illud tantum in facto: & quo ad illam partem forte repellitur exceptione legatarius. Illud dici non poſſe puto, quod ſpeciale ſit in legato præceptionis: Et vix etiam ſapere poteſt quod gl. & Br. reſpondent, hoc ipſo probatam intelligi voluntatem contrariam, quod alienatio voluntaria fuit, Bald. ſane *in l. 3. C. de legat. n. 3. per d. l. 27.* expreſſe tenet, quod traditam rem eſſe oporteat, vt adimatur legatum.

A creditore luantur.] Id eſt, vt heres pecuniam numeret creditori, & ita efficiat, vt ea obligatione prædia liberentur, quod accipiendum eſt ſecundum *§. ſed etſi rem 5. ſup. h. t.*

TEXTVS.

12. Si quis debitori ſuo deliberationem legauerit, legatum vtile eſt, & neque ab ipſo debitore, neque ab herede eius poteſt heres petere, neque ab alio qui heredis loco ſit: ſed & poteſt conueniri à debitore vt liberet eum. Poteſt etiam quis vel ad tempus iubere ne heres petat. Ex contrario ſi debitor creditori ſuo, quod debet legauerit, inutile eſt legatum, ſi nihil plus eſt in legato quam in debito: quia nihil amplius habet per legatum. Quod ſi in diem vel ſub conditione debitum, ei pure legauerit, eſt vtile legatum, propter repræſentationem. Quod ſi viuo teſtatore dies venerit, vel conditio extiterit, legatum nihilominus vtile eſſe Papinianus ſcripſit, quia ſemel conſtitit: quod & verum eſt: non enim placuit ſententia exiſtimãtium, extinctum eſſe legatum, quia in eam cauſam peruenerit, à qua incipere non poteſt.

COMMENTARIVS.

1 *Legatum liberationis.*
2 *An recte legetur creditori.*
3 *De duabus regulis huius §.*

LEgat quis aut quod ſibi debetur, aut quod ipſe debet. Quod ad prius: Titius ex mutuo mihi debet centum. Poſſum hæc legare dupliciter, vel ipſi Titio debitori, vel tertio alicui, veluti Sempronio. Illud dicitur legatum liberationis, hoc, nominis legatum, *de quo in §. tam autem 21. infr. h. t.* Et quidem de liberationis legato agitur in princ. huius textus, & proponitur duplex eius effectus, & modus quo eiuſmodi legati fructum conſequatur legatarius, nimirum excipiendo & agendo. Exceptione opus eſſe docet Iuriſcon. *in l. liberat. 3. §. nunc de effectu 3. de liber. leg.* quomodo accipiendum eſt, quod in noſtro textu dicitur, heredem petere non poſſe, ſcil. cum effectu, quoniam repellitur per exceptionem, neque enim hoc legatum ipſo iure tollit obligationem. Habet præterea actionem ex teſtamento vt heres eum liberet, *h. text. & d. l. 3. §. 3. de liber. legat.* & vt ibi dicitur, vt liberet per acceptilationem. Et ergo non ſufficiet, vt heres ſaltem paciſcatur de non petendo, quia cum quam pleniſſime debeat legato ſatisfieri, acceptilatio obligationem totam perimit, non itidem pactum.

Hæc

Hæc de legato liberationis, & quidem eo quod abſolutum eſt, aliud enim ſi tantum ad tempus vetuerit peti à debitore teſtator. Hic enim aut tantum exceptionem intra illud tempus habebit legatarius, aut tantum agere poterit, vt paciſcatur heres de non petendo intra illud tempus, minime autem aget, vt per acceptilationem liberetur, quoniam hæc in perpetuum tollit obligationem. Quiuis cum exceptionem ex legato habeat legatarius, nihil neceſſum videtur, vt pro quærenda alia actione conueniat heredem. Ita quidem in liberationis legato. Poſterius erat de legato nominis, cum lego Sempronio, quod mihi verbi cauſ. ex mutuo Titius debet, de quo dicemus cum Iuſtiniano *in §. cum autem 21. infra h. t.*

Atque hoc erat primum principale membrum, cum quis legat quod ſibi debetur, & ita cum creditor legat. Alterum eſt, cum legat debitor, quod ipſe alteri debet. De quo non in tertii alicuius perſona tractari poteſt, ſed tantum in perſona creditoris, an huic recte legetur, an v. c. centum quæ debeo ex mutuo Titio, vel alia quacunque cauſa, ipſi Titio recte legem. Et diſtinguitur *h. §. ex contrario:* quod aut eſt nihil amplius in legato, & affirmat Iuſtinianus d. §. inutile eſſe legatum: Idem *in l. ſi debitor* 11. *l. legaui 25. in fin. de liber. leg. l. Meuius 66. in fin. pr. de legat. 2.* aut amplius aliquid eſt in legato, & vtile eſt, plus autem & amplius multis modis dicitur. Et primo haud dubium eſt, quin valeat legatum, ſi in ſumma vel quantitate plus ſit. 2. Si plus ſit, tempore, & nimirum, ſi pure legetur, quod debebatur ex die vel ſub conditione *d. §. ex contrario h. t.* Quæ ratio facit, vt maritus recte leget teſtamento dotem vxori quam accepit: quia plenius eſt legatum quam de dote actio. §. *ſed ſi vxori 15. h. t.* legatum enim ſtatim peti poteſt, ſed actio de dote habebat dilationem & dos annua, bima, trima die præſtabatur *l. 1. §. 2. & l. 4. de dot. præleg.* Quoniam tamen id hodie mutauit Iuſtin. *in l. vn. §. cum autem 7. C. de rei vxoriæ act.* ex qua dos etiam pecuniaria eſt ſtatim præſtanda; hæc ratio quæ ponitur *in d. §. 10.* amplius non poteſt facere vtile legatum: quod præſertim de dote actio eadem conſtitutione bonæ fidei ſit omnimodo effecta, licet ex ſtipulatu agatur. Aliam notat vtilitatem Myns. ſi dotis conditio ſit facta deterior per pacta, ſed hoc & accidentale eſt, & iure noſtro talia pacta ſunt inutilia *l. 2. 6. l. de die 14. cum ſeqq. de pactis dotalib.* Alii notant ſupereſſe hanc vtilitatem, quod actio pro legato in ſolidum datur, at actio pro dote tantum competit in id quod reus facere poteſt. Verum cum de concurſu harum actionum non niſi poſt mortē mariti, & contra heredem quæri poſſit, & conſtet, beneficium illud competentiæ, quod vocant, non competere heredi *l. ſciendum 25. de re iud.* nulla hæc eſt vtilitas: niſi ponas heredem communem filium, cui ſpeciali fauore idem beneficium datur contra matrem *l. etiam 18. ſolut. mat.* qui caſus eſt plane ſingularis. Olim quoque hæc erat vtilitas, quod actioni pro dote variæ obiiciantur retentiones *l. rei 15. §. 1. ſol. mat.* ſed & iſtud hodie ſublatum eſt *l. vn. §. taceat 5. C. de rei vx. act.* Attamen *in d. l. vn. §. 7.* annus datur heredi ad ſoluendam dotem: *at legatam dotem ſtatim cogitur præſtare.* Tertio locus poteſt facere vtile legatum, ſi alibi potius legatario expediat ſolui, vt docet *l. ſin autē 29. de legat.* 1. Quarto vtile efficitur ad qualitatem debiti, ſi poterat forte elidi per exceptionem *l. ſi creditori 28. de leg. 1.* Et denique facit vtile qualitas actionis, etiamſi debitum ſit purum, veluti ſi pro ſtricti iuris aut perſonali actione, legatarius conſequatur actionem bonæ fidei aut in rem, vel etiam ex teſtamento actionem ciuilem, vt ſcriptum eſt *in d. l. 28. in pr. de leg. 1. & in §. 1.* textus eiusdem valere legatum, ſi legetur, quod ex ſtipulatione (contractu ſcil. ſtricti iuris) debebatur, & proinde perſpicue falſum eſt, quod Weſemb. hic ſcribit, non ob id plus videri eſſe in legato, ꝙ actio pinguior ſit. Sed poſteriori huic mēbro valde obſtat, quod ita legatum ſemper fere ſit vtile futurum, vt maxime purum & ipſum & debitum ſit, & etiam ex iuris veteris ratione: ſiquidem per vindicationem legatum ponamus: competit enim hoc caſu, & in rem, & ex teſtamento actio,

to actio, quæ in multis naturam bonæ fidei actionum imitatur, quod plane non videtur ad mentem *Iuſtiniani in §. ex contrario h. t.* & contradicit aperte *Paulus in l. debitor 82. de leg. 2.* vbi ſcribit, quod ſi cum eſſet debitum conditionale vel in diem, dies conditiove ſuperuenerit, legatum reddi inutile, cum tamen maneat hic ea quam diximus, commoditas, quæ eſt poſita in qualitate actionis. Poteſt forte reſponderi, quod interſit, an legati tempore ſola ſit qualitas actionis, quæ legatum vtile faciat: an vero quid aliud magis principale. Ad illum caſum referam *d. l. 28. de legat. 1.* Sed ad hãc d. l. 82. cum quod ex die vel ſub conditione debebatur, legatum eſt: cum enim intelligatur teſtator legando iſtud debitum pure reſpexiſſe vtilitatem repræſentationis, hoc ſublato, non poteſt legatum vtile facere commodum ſolum, quod eſt in ſola actionis qualitate, quam non reſpexit teſtator. Aliam rationem iſta componendi non video: neque enim tollet nodum, quod, vt mox dicemus, Iuſtin. cum aliis ſententiam *Pauli in d. l. 82. de legat. 2.* non videtur approbaſſe: quoniam non hanc rationem Iuſtinianus reddit pro ſententia Papiniani, quod ſuperſit commodum in actionis qualitate, quæ fuiſſet expeditiſſima: ſed quod initio conſtiterit legatum.

Videtur autem omnino addendum, quod ab aliis miror non moneri: totam hanc diſputationem hodie videri ſuperuacuam aut inutilem, nec dubitari poſſe, quin hodie fere ſemper & omnimodo vtile ſit legatum debiti: poſtquam legatarius ſemper, terminis poſitis habilibus, non tantum actionem in rem, ſed etiam hypothecariam habet *ex l. 1. C. Com. de legat.* quis enim dubitet, ius pignoris, in omnibus bonis defuncti, facere, vt vtile ſit legatum rei vel pecuniæ, quæ ſine pignore aut hypotheca debebatur. Videamus iam quæ ſuperſunt.

Neque ab herede eius.] Producit enim hoc legatum exceptionem in rem, quæ hæredi etiam accommodatur: niſi tamen teſtator ſolam perſonam debitoris deſignauerit *l. non ſolum 8. §. tale 3. de lib. legata.* nam & pactum de non petendo in perſonam ſolius debitoris concipi poteſt.

Qui heredis loco.] Hæres prætorius, bonorum poſſeſſor, vel reſtituta hæreditate fideicommiſſarius.

Ad tempus iubere.] Vel etiam tantum partem debiti legare *l. non ſolum 7. in pr. de liber. legat.*

Quod ſi in diem &c.] Hoc ſaltem exempli cauſa propoſitum eſt accipiendum, oſtendunt enim quæ diximus, longe plura eſſe, quę legatum vtile faciunt.

Quia ſemel conſtitit.] Potuit enim dies vel conditio ſuperuenire poſt mortem teſtatoris: & quod ex accidenti aliter contingit, legatum inutile facere non debet. Et forte id ideo receptum fuit, quoniam adhuc ſupereſt vtilitas in actionis qualitate iuxta prædicta. Vbi tamen non diſſimulo ſcrupulum, quem nectit hic textus in fine. Nimirum Iuſtin. ibi rationem diuerſæ ſententiæ, quæ effici inutile legatum dicebat, ſuperueniente die vel conditione, hanc reddit, quod in eam cauſam deducatur res, à qua non poteſt incipere. Et igitur ſi initio purum fuiſſet debitum (hoc enim, vt purum legatum vel debitum potius ſit, facit conditio aut dies ſuperueniens) legatum non valuiſſet. Atquin hoc diſertiſſime repugnat his quæ ſupra diximus *ex l. ſi cred. tori 28. de legat. 1.* quod ſola qualitas & commoditas, quæ in actione eſt faciat, vt legatum ſit vtile: Nec alia eſt iſtorum inter ſe cõponendorum ratio, quam vt ponantur termini, quibus nulla vtilitas eſt in actione pro legato, pręactione, q̃ habebat pro debito creditor, veluti ſi legaſſet quis per damnationem (ex quo genere legati tantum ex teſtamento perſonalis actio erat) quod ipſe ex contractu bonæ fidei debebat. Idque & hodie obtinebit, ſi v. c. pecunia debeatur: ceteroquin ſi corpus ſit certum, cum ex *l. 1. C. comm. de legat.* actio in rem locum habeat, erit vtiq; in actione hæc vtilitas, quæ facit vt ſubſiſtat legatum. Ex quo apparet, quam anguſtis finibus, hodie illa quæſtio ſit circumſcripta, & pauciſſimos & plane raros eſſe caſus, quib. recte poſſit quęri & dubi-

& dubitari an legatum vtile ſit : ſed omnino pene ſemper legatum vtile futurum.

5 Sed vt ponamus caſum habilē, quo † nihil in legato futurum ſit amplius, inter ſe opponuntur hic, & quaſi collidunt, rationes duæ oppoſitæ, quando dies vel conditio ſuperuenit. Altera eſt, valere legatum, quia initio conſtitit, altera negat valere, quia in eam cauſam peruenit à qua incipere non poteſt. Illa vſus eſt Papinianus. Actum nimirum qui initio conſtitit, propter ſuperueniens aliquid extrinſecus, inualidum reddi non debere, quod nec nouum eſſe ait ICtus *in l. in ambig. 85. de reg. iur.* Hac Paulus *in d. l. 82. de leg. 2.* vſus videtur: Actum redigi in irritum, vbi in eum ſtatum deductus eſt, à quo principium capere haud poſſet. Sunt iſtæ videlicet regulæ & propoſitiones probabiles ſaltem, & quæ exceptiones ſuas habent : vt proinde mirum non ſit, non omnibus ICtis in huiuſmodi quæſtionibus, ſemper idem placuiſſe. Eſt autem difficile, certā normam reperire & certos limites præſcribere, quibus alterutra harum propoſitionum habenda ſit vera vel falſa. Placet, inquit idem Paulus, extingui obligationem, ſi inciderit in eum caſum à quo incipere non poteſt *l. pluribus* 140. §. 2. *de verb. oblig.* exempla ſunt *in §. 2. verſ. Item contra infra de inutil ſtip. & in §. ſi ſeruus 6. infra de noxal. act. l. ſi à me* 11. *de iudic. l. 3. in fin. de his quæ pro non ſcr. l. quia* 26. *ad L. Aquil. l. pro parte* 11. *de ſeruitut.* nec tamen iſtud omnibus placuiſſe, indicium præbet *l. exiſtimo* 98. *eod. tit.* ibi, *maxime ſecundum illorum opinionem*, & fallit iſta regula quoque in ſpecie *l. 9. §. 1. de duobus reis*, & generale id non eſſe docet *d. l. in ambig. 85. de reg. iur.* forte id admiſſum fuit facilius ab aliis in contractibus, quam in teſtamentis. Limitationem certam vtique hæc regula habet, vt non ſit ei locus in actionibus, qui perfectionem ſuam adepti ſunt, veluti furor, qui impedit quidquam agi, quod tamen rite actum eſt, non tollit, ſi ſuperueniat. Et proinde fortaſſis non abſurde Paulus, in ſpecie legati de quo tractamus, putauit, ſuperueniente die vel conditione viuo adhuc teſtatore, inutile id fieri, quoniam legatum demum morte teſtatoris habet exitum & affectum. Et male olim illi quorum meminit Faber hic, verba huius loci, *quis initio conſtitit.* ita acceperunt, quaſi ſignificarent, actum omnimodo eſſe perfectum : ceteroquin numquam aliud viſum fuiſſet Paulo, & poſſit etiam quis eodem modo dicere, ex contractu naſci obligationem perfectam, eoque non extingui, licet in eum ſtatum res perducatur à quo non poteſt incipere, quia vtique initio obligationem conſtitiſſe verum eſt, & id tamen repugnat diſerte textibus *in d. l. 98. & 140. de verb. oblig.* itaque vt actus maneat firmus, oportet eum omnino completum & abſolutum eſſe. Poteſt tamen ſuo modo legatum quoq; pro perfecto haberi, & forte propter regulam Catonianam, quæ noluit ad teſtamenti tempus omnia referri, & ſtatui ex eo de validitate relictorum, quod mouiſſe potuit Papinianum. Et ſunt hæc & talia eius generis, vt in vtramque partem poſſit probabiliter diſputari. Iſtud apparet, oportere perſonam diſponentis, itidemque legatarii in eodem ſtatu manere, ſi enim quo ad hos res deducatur in eum ſtatum à quo incipere non poteſt, mutato eorum ſtatu, dubio procul irritum fit legatum, velut ſi legatarius deportetur, eodemque refero caſum *l. 2. in fin. de his quæ pro non ſcr.* Et ita omnino limitādum eſt, quod dicimus, non extingui actum perfectum, licet in eum ſtatum perueniat à quo incipere non poteſt : niſi quod ſuperuenit poſt, omnino repugnet naturæ actus, & cum illo, vt loquuntur, non ſit compatibile, veluti, ſi poſt teſtamentum perfectum, teſtator capitis diminutionem patiatur, conſtat irritari teſtamentum, ſicut & pro ſoluto habetur matrimonium, ſi alter cōiugum fiat ſeruus aut deportetur. Et hinc fit etiam, vt ſi cui ſeruus furtum fecit, eius dominium conſequatur, actio noxalis extinguatur *l. falſus 43. §. vlt. de furtis*, & in hanc fere ſententiam etiam concludit Ioh. Fab. hic.

TEXTVS.

13. Sed ſi vxori maritus dotem legauerit, valet legatum: quia plenius legatum eſt, quam de dote actio. Sed ſi quam non accepit, dotem legauerit, Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt, ſiquidem ſimpliciter legauerit, inutile eſſe legatum: ſi vero certa pecunia, vel certum corpus, aut inſtrumenta dotis in prælegando demonſtrata ſunt, valere legatum.

COMMENTARIVS.

AD primam partem huius §. diximus ad §. præc. cur valeat legatum dotis, & an hodieque plenius ſit. Supereſt pars altera huius §. ſi maritus dotem, quam non accepit, prælegauerit. Et diſtinguitur quod aut ſimpliciter legauit maritus dotem, & inutile eſt legatum, aut legauit cum demonſtratione corporis alicuius vel pecuniæ, & vtile eſt legatum, veluti Lego vxori centum, quæ accepi in dotem. Et ratio expedita eſt, quoniam ſiue illa verba, *quæ accepi in dotem*, accipiantur pro demonſtratione falſa, ſiue pro falſa cauſa, neutrum legato nocet, de quo *infra h.t.§. huic proxima 30. cum §. ſeq.* quod etiam in genere de debito falſo reſponſum eſt *in l. legaui 25. in f. de liber. legat.* & confirmatur reſponſo Pii in terminis legatæ dotis, & probat *l.3. in fi. C. de falſ. cauſa. l. ſi ſic 75. §.1. in fin. de legat. 1.* Videtur tamen contra reſponſum *in l.1. §. adeo 5. de dot. præleg.* ſi quis legauerit centum quæ in arca habet, aut corpus, quod penes ſe depoſitum ſit, ſi nihil in arca, nec quidquam depoſitum fuerit, nihil deberi; idque etiam ad caſum non acceptæ & legatæ dotis accommodari: Vt paucis agam, placet diſtinctio Ioh. [illegible] quod aut legatur quantitas vt quantitas, & falſa demonſtratio non nocet, aut legatur corpus certum, vel quantitas vt corpus, veluti centum, quæ in arca habeo *l. ſed ſi 51. de legat. 1.* & hic aut corpus [illegible] legata quantitas extat, & vtile eſt legatum, aut non extat, & legatum eſt inutile.

Diui Seuerus & Antoninus.] Atquin *in l. legaui 25. in fin. de liber. leg.* hoc tribuitur D. Pio. Forte idem repetierunt Impp. hic nominati. Sed & quod duobus tribuitur hoc loco, ſine vitio poteſt alterutri tribui, & conſtat Antoninum quoque Caracallam Seueri filium licet indigniſſimum, Pii nomine vſum, eundemque poſt mortem Diuum appellatum.

In prælegando.] Dos dicitur prælegari & relegari, *t. t. de dot. præleg.* quia non de nouo legatur, ſed quod acceptum eſt, relegatur.

TEXTVS.

14. Si res legata perierit ſine facto heredis, legatario decedit. Et ſi ſeruus alienus legatus ſine facto heredis manumiſſus ſit, non tenetur heres. Si vero heredis ſeruus legatus ſit, & ipſe eum manumiſerit, teneri eum Iulianus ſcripſit: nec intereſt, ſcierit an ignorauerit à ſe legatum eſſe. Sed & ſi alii donauerit ſeruum, & is cui donatus eſt, manumiſerit eum, tenetur heres, quamuis ignorauerit, à ſe eum legatum eſſe.

COMMENTARIVS.

1 *Quid iuris, ſi res legata facto hominis perierit.*
2 *De ceſſione actionis.*
3 *Ad l.18. §. vlt. de dolo malo.*
4 *Quid ſi res legata fuerit euicta.*

HOc magis pertinet ad locum communem de modis tollẽdę obligationis: Nec enim proprium hoc eſt obligationi qua heres legatario tenetur, ſed cõmune, vt ſicut quiuis debitor interitu naturali rei debitæ liberatur.

[illegible] 26 § [illegible] *l. Tria* 26 §. [illegible] *de legat.* 1. [illegible], inquam, nam ſi perierit fa-
1 cto hominis [illegible] non idem ſtatuitur. Et nimirū aut perijt facto debitoris, vt ad hunc §. facto hæredis, & teneri debitorem vt æſtimationem præſtet, certi iuris eſt *l. ſi ex* 23. *de Verb. obl.* aut facto alterius citra vllam culpam hæredis & hic, aut poſt aditam hæreditatem, & dari actionem L. Aquil. ipſi legatario ſcriptum eſt in *l. liber* 13. §. *vltim. Ad L. Aquil.* quoniam recta tranſit legati dominium, aut ante aditam hæreditatem; & cum hæres dominus retro fuiſſe intelligatur, quæritur de ceſſione actionis, & an pro ea cedenda ex teſtamento agere legatarius poſſit. Nimirum hoc caſu
2 hæreditati, & conſequenter hæredi † poſt adeunti actio quæritur *d. l.* 13. § *penultim. Ad L. Aquil.* Et in *l. huic* 15. *eod. tit.* ait Vlpian. quod actio remaneat in hæreditate; Et non eſſe eam cedendam, ex altero caſu, quo ante aditam hæreditatem ſeruus vulneratus fuit, (& ſcilicet poſt hæreditatem aditam mortuus) apparet, quo, legatario actionem cedendam eſſe reſpondet ICtus. Cuius diſtinctionis hæc ratio eſſe videtur, quod vbi ſeruus ante aditam hæreditatem mortuus eſt, ſuſpenſis adhuc viribus teſtamenti, non poteſt agnoſcere legatarius legatum; hoc enim demum facto intelligitur legatum recta à defuncto tranſiſſe in legatarium. At vbi adhuc vixit ſeruus hæreditate adita, agnitioni locus eſt. Et cum ſeruus eſſet vulneratus ante aditam hæreditatem, quo puncto illati vulneris actio naſcitur, ea non potuit adquiri recta legatario, ſed hæreditati, & per eam hæredi quæſita cedenda eſt. Ex quo fit perſpicuum, quod dicitur vulgo, hæreditatis aditionem retrotrahi ad tempus mortis, non ſimpliciter verum eſſe, ſed tantum quo ad ius hæredis, & quo ad hoc, vt ne vnquam ſine hærede teſtator intelligatur fuiſſe. Sed obiicitur *l. arbitrio* 18. §. *vl-*
3 *tim. de dolo.* vbi ſeruo † promiſſo per alium occiſo, debitori denegatur actio L. Aquiliæ, quoniam obligatione ſua per factum tertij ſit liberatus, & ob id actio doli creditori proponitur, quæ vltimum ſubſidium eſt, & [illegible] deficiente datur, cui non [illegible], hæc actio cedi poſſet. Cum igitur & [illegible] vulnerationem ſerui & mortem eius ſubſequutam liberatus ſit hæres, & pariter ei deneganda ſit actio L. Aquiliæ, quam adeo nec cedere poterit: & legatarius ad actionem doli erit remittendus. At contra cum debitor ſit vtique adhuc dominus ſerui, non poteſt negari, quin ipſo iure actio L. Aquiliæ ipſi quæſita ſit, quam cum adeo cedere poſſit, non videtur ad actionem famoſam doli recurrendum. Mihi hæc primum ratio differentiæ occurrit, inter caſum quo ſeruus vulneratus ante hæreditatem aditam, poſt eam aditam obiit, & quo adita hæreditate occiſus eſt; Hoc nimirum caſu ſtatuemus idem quod in *l. arbitrio* 18. §. *vlt. de dolo.* vt liberato hæredi, contra occidentem ſit danda actio de dolo: vbi videlicet ſeruus per damnationem eſt legatus, quo caſu tantum actio perſonalis ex teſtamento contra hæredem dabatur. Ceteroquin contra ipſum occiſorem competit actio L. Aquiliæ legatario, vbi per vindicationem legatus eſt ſeruus, ad quem caſum *d. l. lib.* 13. *v. t. ad L. Aquil.* referenda eſt. Atqui vbi ſeruus legatus vulneratus eſt ante aditam hæreditatem, actio illo ipſo puncto eſt ipſi hæreditati quæſita plene & perfecte, cum nec dum certum eſſet, an forte legatarius agniturus an repudiaturus eſſet legatum; nec adeo dici potuerit certo, per factum tertij hæredem eſſe liberatum; itaq; agnoſcente poſt legatario recte agitur ex teſtamento, vt actio L. Aquiliæ cedatur. Hoc eſt primum, quod reſponderi poſſe puto. Deinde videtur hæc res in quadā ſubtili ratione iuris, vt alia multa poſita; & diuerſa ingenia ICtorum, diuerſas rationes videntur ſecuta: vbi ſeruus debitus per alium ſine culpa debitoris occiditur, liberatur debitor ab obligatione; & actio L. Aquiliæ competit ei cuius intereſt: debitoris autem, qui liberatus eſt, ſeruum occiſum eſſe non intereſt itaq; nec videbitur ipſi danda actio L. Aquil. quam rationem eſt ſecutus ICtus in *d. l.* 18. §. *vlt. de dolo.* Vbi ait denegari liberato debitori actionem L. Aquiliæ; quæ res neceſſariam

actionem de dolo facit; cum actionem quæ ipſi negatur, non poſſit cedere debitor. Sed alij, vt putarent poſſe cedi actionem, hac ratione moti videntur, quod vtique, vt dixi adhuc ipſo iure debitor fuit dominus, cui adquiſita fuit actio L. Aquiliæ, & licet debitori agenti obſtatura fuiſſet exceptio, quod ipſius non intereſſet; non ob id ea exceptio poſſet obſtare agenti creditori; & ipſa verba *dict. leg.* 18. §. *vltim. de dolo. denegari debitori actionem*: efficiunt, quod ipſo iure ipſi actio competat. Hic enim ſenſus eſt propoſitionis huius, *denegari actionem*, quod actio ipſo iure competens, non admittatur à prætore, quemadmodum in *l. ſi ſe* 4. *in pr. de re iudic.* Hæc ad iſtius controuerſiæ explicationem; quam vides à nullo Interpp. extricari. Inſubtilis enim plane & diuinatoria eſt Bartoli & aliorum diſtinctio, ſiue inter cauſam lucratiuam & oneroſam; ſiue an ſeruus debitus ſit occiſus odio & contemplatione debitoris an creditoris; Vt illo caſu quæſita ſit actio debitori, quam cedere teneatur; hic autem creditori detur actio doli, cum ipſi vtpote non domino actio L. Aquiliæ haud potuerit quæri. Iam ad materiam & §. noſtrum regrediamur. Liberari diximus hæredem, ſi alterius facto res debita pereat, & ſcilicet ſi ſeruus occidatur ab alio; ſiue occidatur, qui ſeruus proprius fuit teſtatoris, aut hæredis; ſiue ſeruus alienus quem teſtator legauit. Idem eſt, ſi facto domini ſeruus alienus legatus manumittatur ſine culpa hæredis, *l. ſi hæres* 35. *de legat.* 1. quæ manumiſſio hactenus morti comparatur *l. ſi mihi* 92. *de ſolutionibus*, ideoque nec ad æſtimationem tenebitur, quia ad hanc tenetur ſi res extat, quam dominus vendere non vult §. *non ſolum* 4. *ſup. h. t.* Liberatur itidem naturali interitu rei; ſi videlicet ante moram res perierit. Certa enim eſt iuris noſtri regula, quod mora perpetuet obligationem, & quod ſi poſt pereat res, perinde teneatur reus, ac ſi adhuc ſupereſſet, *leg. ſi ex* 23. *& leg. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur* 3. *de Verb. Oblig.* Hæc nimirum regula eſt. Quod ſi enim debitor oſtendere poſſit rem debitam fuiſſe æque naturaliter perituram apud creditorem, & nihil ad eum ex re etiam ſoluta peruenturum commodi, exceptione defendi & abſolui poterit, de quo infra in materia obligat. commodius dicemus.

Quid autem ſi res legata nō † perierit, ſed à tertio euicta fuerit & ablata legatario? Hic prima diſtinctio eſt, quod, aut legatus fuit, verbi cauſa, homo in genere, aut in ſpecie, ſeu, potius in indiuiduo. Euictionis cauſæ duæ ſunt, vel quia res aliena fuit, quam euincit dominus; vel quia obligata pignori) quam creditor euincit. Et ſiquidem per creditorem vt pignori obligata euicta fuerit, ſimpliciter tenetur hæres, non tantum ſi homo in genere legatus fuerit, ſed etiam ſi in ſpecie: quoniam ſi teſtator leget rem quæ nexa eſt pignori, hæres luere eam & liberam præſtare tenetur, vt tractatur *ſup. h. t. in* §. *ſed & ſi* 5. Sin euincatur vt aliena, à domino, ſiquidem in ſpecie Stichus, aut Pamphilus legatus fuit, nihil præſtat hæres, qui præſtatione corporis legati liberatus eſt, dum tale præſtat, quale fuit apud teſtatorem *leg. cum pater* 77. §. *euictis* 8. *de legat.* 2. Vbi videlicet legauit tamquam ſuam. Quod ſi enim legauerit tamquam alienam, vtique eam præſtare tenetur legatario hæres; ſed ſi legauerit teſtator rem, quæ putabatur eſſe Titij, & hæres eam redemptam à Titio præſtiterit legatario, & poſtea alius eam euincat legatario; pariter negabo teneri hæredē, quippe qui precium bona fide pro re dedit, ſed cōtra Titium regreſſum habebit legatarius, vel potius, aget contra hæredem, qui rem emit à Titio, vt ſibi actionem de euictione cedat. Quod ſi homine in genere legato, Stichus ſolutus ſit euict° omnino hæres tenetur *l. ſi à ſubſt.* 45. §. 1. *de leg.* 1. *l. qui concub.* 29. §. *ſi hæres de leg.* 3. qui textus cum loquantur de ſeruo generaliter legato, hoc ipſo arguunt, ſecus eſſe ſi ſeruus in ſpecie fuiſſet legatus. Atque hæc hactenus. 4

Diximus ob factum ſuum hæredem teneri: Factum duplex eſt, ſi occidat ſeruum, ſi manumittat ſeruum, hactenus enim manumiſſio morti comparatur *l. ſi mihi* 92. *de ſolut.* neque

neque enim libertas data poteſt reuocari: Vtrumque, ſiue occidat, aut manumittat ſeruum, qui fuit teſtatoris, ſiue qui fuit ipſius: quoniam adita hæreditate confunduntur patrimonia, & teſtator cum honoret hæredem ius habet pene de bonis eius (quo ad legandum & fideicommittendum) ac de proprijs ſtatuendi. Nec rurſum intereſt vtrobique, an hæres ſciens, an ignorans ſeruum legatum, eum occiderit, aut manumiſerit; neque enim facto ſuo, obligatione, quæ per aditionem hæreditatis contracta eſt, liberare ſe poteſt.

Nec multum obſtat *lex in ſumma 65. §. penultim. de condict. indeb.* vbi, qui ſeruum ſibi indebite ſolutum bona fide manumittit, non tenetur; Quoniam condictio indebiti, datur ex æquitate ad auferendum iniuſtum lucrum vel ſaltem iniquum. Itaque non æquum eſt eum teneri hac actione, qui bona fide manumiſit ſeruum, qui facto præſertim ipſius putatiui debitoris domini in alium translatus fuit. Atquin quod hæres ignorans ſi quid faciat contra legatum non teneatur diſerte probatur ex *l. cum hæres 24. de liber. leg.* An diſtinguimus inter legatum & fideicommiſſum? Sed vix apparet ratio, & ea hodie nulla fuerit. An inter rem legatam, & quod in facto conſiſtit? Nec hic rationem video. An potius an quid faciat hæres ante aditam hæreditatem, an poſt; vt hoc caſu omnimodo teneatur, poſtquam adeundo obſtrictus eſt legatarijs, non autem illo, ſi bona fide quid fecerit, & ignorans legatum à ſe eſſe; ſi enim ſciens fecerit, ob dolum tenebitur *d. l. 24.* Et ita Accurs. ad *d. l. 24.* quæ ſane eſt ad hunc §. inſignis & notanda limitatio. Idem eſt porro, vt in fin. huius §. traditur, ſiue manumiſerit hæres ſeruum, ſiue eum quocunque modo alienauerit, & nouus dominus ſeruum manumiſerit; quod vtrumque traditum quoque eſt in *l. ſi quis 112. §. 1. de leg. 1.* Hæc ſatis, quinimmo forte plus ſatis ad hunc §.

TEXTVS.

15. Si quis ancillas cum ſuis natis legauerit, etiamſi ancillæ mortuę fuerint, legato partus cedunt. Idem eſt, & ſi ordinarij ſerui cum vicarijs legati fuerint: quia, licet mortui ſint ordinarij, tamen vicarij legato cedunt. Sed ſi ſeruus fuerit cũ peculio legatus, mortuo vel manumiſſo ſeruo, vel alienato, peculij legatum extinguitur. Idem eſt, ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento legatus fuerit, nam fundo alienato & inſtrumenti legatum extinguitur, ſi grex legatus fuerit, & poſtea ad vnam ouem peruenerit, poteſt vindicari quod ſuperfuerit. Grege autem legato, etiam eas oues, quæ poſt teſtamentum factum, gregi adiiciuntur, legato cedere Iulianus ait. Eſt autem gregis vnum corpus ex capitibus diſtantibus: ſimul ædium vnum corpus eſt, ex lapidibus cohærentibus. Ædibus deniq; legatis columnas & marmora, quę adiecta ſunt poſt factum teſtamentum, legato dicimus cedere.

COMMENTARIVS.

2 *Si quid deceſſit legato.*
2 *Si quid legato acceſſit.*
3 *De forma legati mutata.*

LEgatum, vel res legata, aut manet in eodem ſtatu quo tempore teſtamenti fuit, aut non manet. Circa quod triplex eſt inſpectio, aut enim aliquid ei decedit, aut aliquid accedit, aut forma rei aliquo modo mutatur; de quo poſteriori caſu hic non agit Iuſtinian. Et ponimꝰ hæc accidiſſe viuo teſtatore; quod ſi enim eo mortuo poſt diem legati cedẽtem tale

tale quid accidat, non magnum ea res habet dubitationem, videamus de ſingulis. Circa
1 ca primum ſi aliquid † deceſſerit, ita ius eſt, vt nec extinguatur, nec ab hærede ſuppleatur legatum, ſed quod ſupereſt, præſtetur; cuius rei quatuor hoc tit. ſunt exempla, 1. ſi ancillæ ſint legatæ cum natis: Illis enim licet mortuis, hi debentur, *h. text. in pr. & l. ſi ancilla 62. cum l. ſeq de legat.* 1. Deinde, ſi ſerui ordinarij legati ſunt cum vicarijs: illis enim mortuis hi nihilominus debentur *h. text. verſ idem eſt & l. 4. de pecul. legat.* Rationem addunt Dd. quia perſonæ non accedant perſonis. Ex quo fere concludit Angel. hic ſecus fore ſi quis legauerit vaccam cum fructu, quod ego falſum eſſe puto; licet idem probet Ioh. Fab. Tertium exemplum eſt, ſi grex legatus ſit, & aliquot capita deceſſerint; quæ enim ſuperſunt debētur, etiamſi vel vnicum caput ſuperſit *h. text. verſ. ſi grex & l. ſi grege 22. de legat. 1.* in quia ipſa lege eſt ratio dubitandi, quod ita deſierit eſſe grex; atquin gregem legauit teſtator. Sed ratio decidendi eſt, à præſumpta voluntate teſtatoris, qui appellationem retulit ad facti teſtamenti tempus, & ad quem gregem integrum voluit pertinere, ad hunc quod ſuperfuit, & vnum vel alterum caput peruenire etiam voluiſſe intelligitur; vt perinde ſit, ac ſi ſingula capita diſtinctim legaſſet; & eo pertinere videtur, quod Iuſtinian. ſubiicit eſſe gregem vnum quidem corpus, ſed ex diſtantibus capitibus; quo ipſo differt ab ædibus, quas mox addit eſſe vnum corpus, ſed ex cohærētibus; quæ diſtinctio corporum etiam proponitur in *l. in rem 23. §. Item quæcunque 5. verſ. at in his. de rei vindicat. l. rerum 30. in princ. de vſucap.* Itaque ædibus legatis dirutis viuo teſtatore, cementa & lapides non debebuntur. Quod autem hic de grege dicitur, id nimirum locum habet in legato proprietatis, ſecus ſi vſusfructus gregis relict⁹ fuerit *l. fin. quib. mod. vſusfr. am.* rationem differentiæ dedimus ad *§. fruitur 3 in fi. ſup. de vſufr.* Quartum exemplum eſt, ſi peculio legato aliquid deceſſerit: de quo quia pleniorem tractatum habet, dicemus ad §. ſeq. Hæc autem propoſitio: Quod ſ[illegible] ſtud quod deceſ[illegible] to nec debetur [illegible] *2. de pecul. leg.* Id [illegible] hoc textu, primum eſt, ſi ſeruus, qui fuit legatus cum peculio, manumiſſus [illegible], aut alienatus fuerit; tum enim nec peculium debetur *h. text. verſ. ſed ſi ſeruus. & l. 1. de pecul. legat.* Eſt enim peculium purum acceſſorium, 2. ſi fundus legatus cum inſtrumento alienatus fuerit, (videlicet voluntarie citra neceſſitatem, iuxta notata ſup. *ad §. ſi rem ſuam 12.*) hic enim nec inſtrumentum, vt puta fundi acceſſorium debetur, *h. text. verſ. idem eſt & l. 1. §. 1. de inſtruct. leg.* qua tamen in re ſibi contradicere videtur ipſe Paulus (cuius eſt *d. l. 1.*) *in l. ſi cui 5. eod. tit.* Nam cum Iuſtinian. hic idem iuris ſtatuat, ſi inſtructus fundus & fundus cum inſtrumento fuerit legatus, eademq; cōiungat Paulus in *d. l. 1.* iſtum tamen in *dict. leg. 5.* ea ſeparat, & fundo inſtructo legato, licet fundus ſit alienatus, tamen inſtrumentum peti poſſe ait, Hottomann. id refert ad æmulationem Pauli cum Labeone. Sed enim præſtat cum *gl. Bart. & aliis* diſtinguere, an legatus ſit fundus cum inſtrumento, an fundus & inſtrumentum, vt quidem ipſe Paulus diſtinguit in *dict. leg. 5.* atquin in *dict. leg. 1. & in h. §.* agitur de fundo legato cum inſtrumento. Aut erit dicendum, inſtrumentum, homonyme ſumi; modo pro inſtrumento ruſtico, quod fundo alienato nullo modo poterit peti; modo pro rebus quæ ibi ſunt pro vſu patrisfamilias, & faciunt, vt fundus ſit inſtructus; quod genus inſtrumenti etiam fundo alienato debeatur. Hæc ſunt duo exempla quæ docent acceſſorium legatum extingui, ſi ſublatum fuerit principale quod vere tale eſt, non ſaltem aliquo modo; quod cuiuſdā quaſi ſublimitationis loco notādum eſt; propter ſuperiora exempla, quibus diximus deberi ex legato, quod ſupereſt. Nam & nati poſſint videri acceſſiones matris, & magis vicarij, ſeruorum ordinariorum. Sed reuera ita res ſe non habet; liberi enim vt editi ſunt primum, ſeparatam penitus habent exiſtentiam. Ita quo-

quoq; vicarii ſerui, qui quaſi ſunt ſubiecti ordinariis, ex ſe acceſſiones non ſunt ordinariorum, ſed reuera ſunt conſerui, vt Horatius quoq; 2. Serm. 7.

Seu vicarius eſt, qui ſeruo paret, vti mos
Veſter ait, ſeu conſeruus.

Eſtque ea qualitas vicariorum ex ſola & eadẽ mutabili domini deſtinatione. Attamen procedit ſententia huius §. ſi diſerte ſint legati vicarij cum ordinariis; nam quatenus conſiderantur vicarij, vt ſunt in peculio ordinariorum *l.17.in fin.de pecul.* ſi ordinarius legatus ſit cum peculio, & alienatus fuerit, prorſus vicarij, qui in peculio ſunt, non debebuntur. Illud denique annotandum, illa quæ diximus acceſſoria, vt non debeantur, ſublato principali, non ſimpliciter eſſe acceſſoria, nec ita vt etiam principale neceſſario aſſequantur; ſiquidem ſeruo ſimpliciter legato peculium non debetur, *l. ſi legatur 24. de pecul.legat.*

Hæc de priori membro, vbi legato ali-
2 quid deceſſit. Si quid acceſſerit, † quod poſterius membrum erat, hæc regula eſt, quod vna cum ipſa re legata debeatur quod acceſſit, aut adiectum eſt. Eius rei tria exempla proferuntur h.t. 1. ſi gregi legato poſt teſtamentum adiiciantur plura capita, & ipſa debentur *h. t. & verſ. grege l. grege 21. de legat.* 1. Deinde ſi ædibus legatis aliquid fuerit poſt adiectum *h. t. verſ. ædibus*, 3. ſi peculio legato aliquid acceſſerit, de quo agemus in textu ſeq.

Supereſt vt de mutatione rei aliquid dicamus; quæ tamen aliquando in ſpeciem, vel
3 caſum deceſſionis, † aut acceſſionis incidit, veluti ſi areæ imponatur ædificium, aut deſtruatur ædificium, acceſſio &, deceſſio eſt, & tamen ſimul mutatio formæ; ſiquidem cum ædificium imponitur deſinit eſſe area. Quod ſane in exemplis ſuperioribus non eodem modo ſe habet. Et hęc tamen eſt ſimilitudo, quod ſicut, quod ſupereſt, & quod acceſſit ſimul debetur; ita & in hac mutationis ſpecie, vt nimirum domo legata deſtructa debeatur adhuc area *l. ſi grege 22. de legat.* 1. (quod in vſufructu ſecus eſt *l. repeti 5. §. 2 quibus mod. vſuſ. fam. am.*) & areæ legatæ ædificium impoſitum ſimul cum ipſa area debeatur *l. ſeruum 44. §. ſi area 4. de legat.* 1. *l. ſi areæ 39 de legat.* 2. Cui tamen contradicit ſatis expreſſe *l. ſi chorus 79. §. penultim. de legat. 3. & l. ſi ita 65. de legat.* 1. vbi ait ICtus, ſi ædibus legatis & deſtructis ædificauerit teſtator nouas, has non deberi, quæ tamen poterant videri ſubrogatæ in locum priorum: & multo minus ergo debebuntur, quæ cum area tantum legata eſſet, de nouo impoſitæ fuerunt. Nihil habet Acc. quod reſpondet, niſi in his caſibus mutatam fuiſſe voluntatem. At enim hoc quærimus, An voluntatis mutatio ex hoc preſumatur, quod areæ ædificium impoſuit teſtator; quod ſane ſatis perſpicue affirmatur his duobus textibus, quibus legatum peti poſſe negatur; contra *d.l. 44. de leg.* 1. Ego priorem ſententiam quod legatum non ſit extinctũ magis probauerim; non enim reuera hæc eſt mutatio, quam nullam in ſe patitur area, ſed eſt acceſſio. Ex quo etiam eſt, vt ſi quis in alieno ſolo ponat ædificium, non habeatur pro ſpecificante, & quaſi qui effecerit ſpeciẽ nouam, & formam nouam introduxerit; ſed ædificium domino ſoli cedit §. *ex diuerſ. 31. ſup. de rer. diuiſ.* Itaque hæredem oportebit probare, mutatam eſſe voluntatem iuxta *d.l. 44. §. 4. de legat.* 1.

In altero caſu principali; quando poſt factum teſtamentum, res legata nouam ſuſcipit formam; videatur eadem diſtinctione vtendum, cum quæritur an legatum extinguatur, an res debeatur, quam propoſuit Iuſtin. in §. *cum ex aliena 25 ſup. de rer. diuiſ.* an nimirum ſpecies poſſit facile redire ad priorem materiam an non poſſit: vt hoc caſu extinctum cenſeatur legatum, illo autem ſpecies debeatur adhuc, cum forma tam facile mutabilis non videatur dare verum eſſe: quæ etiam non obſcura eſt ſententia Pauli in *l. quæſitum 78. §. illud 4, de legat.* 3. vbi ait, argenti appellatione etiam argentum factum contineri; ex hac ratione, quod quæ talis naturæ ſunt, vt in ini-

tia ſua ſæpius redigi poſſint, ea materiæ potentia victa, vnquam eius vires effugiant. Quæ ratio ſi eſt bona, omnino concludit, pocula, quæ facta ſunt ex maſſa argenti legata, adhuc deberi; quod in aliis ſecus erit, velut, ſi ex marmore ſtatua facta ſit; de quo in *dict. leg.* 78 reſpondet Paulus ex contraria ratione, marmore legato, non etiam ex eo factas ſtatuas ſed tantum rude marmor legatum videri quamuis pluſculum in hac materia, videatur formę tribuere Africanus (in iiſdem terminis quos Paulus ponit in *d. l.* 78) in *l. qui vſumfructum 36. in pr. de vſufr.* Et conuenienter ſuæ illi ſententiæ Paulus in *l. lana* 88. *de leg.* 3. reſpondet, maſſa legata deberi ſcyphos ex ea factos: ſecus ſi ex tabulis legatis nauis vel armarium, aut ex lana legata veſtis facta fuerint: quoniam in his potior eſt ratio formæ; neque hæc ita commode ad ſua principia & materiā priſtinam redigi poſſunt; imo vix poſſunt; licet de lana legata & veſte ex ea facta contrarium reſponſum ſit, in *l. ſeruum* 44. § 2. *de legat.* 1. vbi refertur & probatur Iuliani ſententia. Diuinatorium enim & commentitiū eſt, quod Acc. reſpondet, in *dict. leg. lana* 88. demū poſtquam dies legati ceſſerat, ex lana veſtimentum factum fuiſſe. Quidam forte in dubio maluerunt reſpondere pro conſeruatione volūtatis defuncti, vt ea ſalua maneret, niſi voluntatis mutationem probaret hæres, ſed & quam ſupra notauimus in §. *cum ex aliena de rer. diu.* ſentētiarum varietas, eadem in hac affini quæſtione ICtos agitaſſe videtur; neque facere potuerunt compilatores, vt non huiuſmodi diſſenſionum aliquam multa nobis veſtigia reliquerint.

TEXTVS.

16. Si peculium legatum fuerit, ſine dubio, quidquid peculio accedit vel decedit, viuo teſtatore, legatarij lucro eſt vel damno. Quod ſi poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem, ſeruus aliquid adquiſiuerit, Iulianus ait, ſiquidem ipſi manumiſſo peculium legatū fuerit, omne quod ante aditam hereditatē adquiſitum eſt, legatario cedere, quia huiuſmodi legati dies cedit ab adita hæreditate. Sed ſi extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, niſi ex rebus peculiaribus auctum peculium fuerit. Peculium autem niſi legatum fuerit, manumiſſo non debetur, quāuis ſi viuus manumiſerit, ſufficit, ſi non adimatur: & ita Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, peculio legato non videri id relictum, vt petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem reſcripſerunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber eſſe iuſſus eſt, & ex eo reliqua inferre.

COMMENTARIVS.

DIximus nos ſeparatim acturos de hoc §. qui alias pertinet ad materiam textus præced. de eo quod accedit & decedit legato. Vtrumque enim in legato peculij vel ideo facile accidit, quod peculium, eſt inſtar cuiuſdam vniuerſitatis, & in eo inſunt res, nomina, iura actiue & paſſiue *l. ſi ex duobus* 32. *in fin. princip. & paſſim t. t. de pecul.* ideoque dicitur, creſcere decreſcere, mori *l. peculium* 40. *in prin. de pecul. l. peculium* 65 *de legat.* 2. Et de peculij legato, vbi quid peculio decedit vel accedit, aliquot caſus hic proponuntur, quorum omnium & ſingulorum decidendi ratio ſumenda eſt ex eo, quod ipſe Iuſtin. in vno caſu tradit, nimirum ex tempore quo cedit dies. Cedere enim diem, in iure noſtro ſignificat, incipere deberi *l. cedere* 213. *de V. S.* inde enim fit, vt quod iſto tempore in peculio eſt, id debeatur legatario. Diuerſimode autem pro diuerſitate caſuum in hoc legato cedere diem hic textus oſtendit. Et nimirum (quæritur enim

Digitized by

rim & eo quod acceſſit peculio) acceſſit aliquid peculio, aut ex rebus peculiaribus, & omnino tanquam purum putum acceſſoriū, cuicunq; ſit legatum peculium, debetur, aut acceſſit aliunde; & hic, aut acceſſit ante mortem teſtatoris, & itidem debetur omnimodo aut poſt mortem teſtatoris; & hic iterum, aut fuit peculium ipſi ſeruo manumiſſo legatum, aut alij; & hoc caſu non debetur, quod acceſſit, ſed illo caſu debetur, quidquid etiam ante aditam hæreditatem acceſſit. Ratio eſt, quam iam diximus, quoniam iſto caſu, vbi legatum eſt peculium ipſi ſeruo manumiſſo, ſicut libertatis, ita & legati peculij dies cedit demum ab adita hæreditate, hoc textu, *& l. hæredis 7. §. vltim. cum leg. ſeq. quand. dies leg. ced.* atquin vbi legatum eſt peculium alteri; dies ſicut & in alijs legatis cedit à morte teſtatoris *leg. à Titio 64. de furtis l. vn. §. in fin. Codic. de caduc. toll.*

Et hoc generale eſt in omnibus legatis, quibus aliquid acceſſit; neque enim poteſt ad legatarium pertinere, niſi id quod in legato eſt, cum incipit dies cedere, id eſt, cum incipit res deberi, & in obligatione eſſe *dict. leg. 213. de V.S.* & tempus illud neceſſario inſpici debet, vbi quæritur quantum ſit in legato. Et hæc eſt ſumma huius §. vſque ad *verſ. peculium:* quæ etiam proponitur in *leg. denique 8. §. vltim. de pecul. leg.* hoc addito, quod ex voluntate teſtatoris, ſi ea probetur, (quod generale eſt) etiam extraneo debeantur, quæ poſt mortem acceſſerunt. Et tamen illud ibi inſubtile videtur; quod in princ. ſcribit ICtus, ſi ipſi ſeruo ſit legatum peculium, ſpectari tempus quo dies cedit; ſin alij, mortis tempus, neq; enim hoc caſu mortis tempus, eſt illud quo dies cedit. Neque hoc aliter defendi, aut excuſari poteſt, quam quod tempore Iuriſconſultorum ex Lege Iulia Papia, dies legati non à die mortis, ſed à die apertarum tabularum cedebat. Itaque ſtante hac conſtitutione L. Iuliæ Papiæ quærenda fuit alia ratio, cur vbi peculium extraneo legatum erat, illud tantum eſſet & veniret in legato, quod fuit tempore mortis. Idque veſtigium iuris veteris notandum eſt.

Peculium autem.] Sequuntur hic tres caſus deciſi conſtitutione Impp. Seueri & Antonini. Primus; peculium niſi nominatim legatum fuerit, manumiſſo ſeruo per teſtamentum, non deberi *l. vn. Codic. de pecul. eius qui lib.* Sed ratio diuerſitatis quæritur, cur aliud ſit, ſi ſeruus inter viuos manumiſſus fuerit, cui hoc ipſo, quod non adimitur, peculium conceſſum intelligitur, *h. text. & d. l. vn. l. ſi Sticho 53. de pecul.* cum tamen voluntates vltimas latius interpretari ſoleamus. An forte quod hic etiam agitur de præiudicio hæredis, quem teſtator vltra id quod expreſſit, non intelligitur velle grauare. Iohan. Faber hanc reddit rationem, quod libertas inter viuos propter merita dari ſoleat, non ita in vltimis voluntatibus, in quibus ſolent homines alias eſſe liberaliores. Gloſſ. & pleriq; hanc rationem dederunt, quod manumiſſus debeat operas patrono, pro quibus credatur peculium relictum ipſi eſſe; Cui male obiicit Faber, quod etiam teſtamento manumiſſus operas filio debeat; quod ego puto eſſe falſum; Orcinus enim libertus qui vocatur, directo manumiſſus, nulli tenetur præſtare operas. Neq; obſtat *l. ſi operarum 29. de oper. lib.* Ibi enim viuus libertatem dedit; ſed quæritur ibi de iudicio operarum cœpto; in hæredem transferendo poſt mortem patroni v. tamen quæ noto ad *ſi. §. 2. inf. de ſing. reb. per fideic.*

Peculio legato.] Alter hic caſus eſt. Quod ſi peculium relictum ſit ſeruo, non propterea petere poſſit, quam in rationes domini impendit pecuniam. Rationem dubitandi puto hanc fuiſſe, quod hoc modo, dominus peculiaris debitor ſerui conſtituitur *l. quam 7. §. ſed & 6. de pecul.* Sed eſt illud nō verum debitū, & ꝙ hactenus eſſe in peculio intelligitur, vt veniat in actionem de peculio; cum etiam ſeruo nulla ex hac cauſa competere poſſit actio, & vt Theoph. ait, tantum quæ in promptu ſunt & in parato legaſſe dominus appellatione peculij ſeruo cenſetur. Ex quo etiam fit, vt licet ſeruo manumiſſo inter viuos non ſit adem-

Digitized by Google

ptum, & ita permiſſum peculium, nihil tamen exigere a debitoribus peculiaribus ſeruus poſſit *l. ſi Sticho 53. de pecul.*

Peculium videri legatum.] Tertius caſus, cum liber eſſe ſeruus iuſſus eſt rationibus redditis, & ex eo reliqua inferre videri peculium legatum; nimirum ex poſterioribus verbis, quibus reliqua & ſcil. quæ debet, inferre iuſſus eſt, *l. denique 8. §. Interdum 7. de pecul. legat.* priora enim non inferunt legatum peculij; nec quidem, ſi vetuerit teſtator rationes exigi à ſeruo *l. dominus 23. §. ſeruis 2. de pecul. legato.*

TEXTVS.

17. Tam autē corporales res legari poſſunt, quā incorporales: & ideo quod defuncto debetur, poteſt alicui legari, vt hæres actiones ſuas præſtet legatario: niſi exegerit viuus teſtator pecuniam: nam hoc caſu legatum extinguitur: Sed & tale legatum valet: Damnas eſto heres meus domum illius reficere, vel, illum ære alieno liberare.

COMMENTARIVS.

TAm autem corporales.] Eſt quaſi concluſio ad tractatum de rebus, quod ſcil. omnes res etiam iura & res ſcil. quæuis incorporales legari poſſint *l. cetera 41. in pr. de leg. 1. §. vlt ſup. de ſeruit. præd.* Eſt autem in his verbis traiectio: & dicendum potius erat; legari poſſe res tam incorporales, quam corporales, quoniam de his dubitatio minor eſt.

Et ideo quod defuncto.] Diximus *ad §. ſi quis debitori 13. ſupr. h. t.* poſſe legari & quod quis debet, & quod ſibi debetur; & hoc rurſus tum debitori ipſi, quod dicitur legatum liberationis, de quo ibidem egimus: tum alij, quod eſt legatum nominis; de quo hic agendum eſt. Et illud initio conſtituendum eſt, valere huiuſmodi legatum: Centum quæ mihi Titius debet ex mutuo, lego Sempronio. Quæſtio eſt, quis ſit effectus huius legati. Quid enim ſi Titius forte non ſit ſoluendo, quæritur an legatarius nihilominus centum ab hærede exigere poſſit. Quod hic ſatis negat, dum docet Iuſtinianus, legato hoc contineri, vt actiones ſuas hæres legatario præſtet: *l. ſi ſic legatum 75. §. quod ſi 2. in fin. & l. legatum 105. de legat. 1. iunct. l. nominis 18. Codic. eod.* Sed quid ſi hæres non ceſſerit actiones, an nullo alio remedio legatario poterit eſſe conſultum? olim fuit nullum plane, nec enim aliquid legatarius contraxit cum debitore, nec ex legato creditoris actio contra debitorem legatario parari poteſt. Quæ in caſibus alijs ratio quoque eſt, ſi nomen fuerit venditum, aut donatum. Sed cum fieret aliquando, vt actionum ceſſio differretur, aut etiam non poſſet fieri, vt in ſpecie *l. 1. C. de oblig. & act.* ſuccurrit Imp. Pius & conſtituit, vt etiam citra ceſſionem (qua facta nomine cedentis directa exercetur actio & ceſſionarius fit procurator in rem ſuam) competeret vtilis actio emptori nominis & alijs ſimilibus *l. ſi cum 16 in princip. de pact. l. nominis 18. Cod. h. t.* qua de re accurate egi in *Tract. de actionib. diſp 4.*

Niſi exegerit viuus.] Si teſtator ſibi debitum, quod legauit, ipſe exegerit à debitore legatum extinguitur *h. §. & leg. ſi ſic 75. §. 2. de legat. 1. argum. l. non ſolum 7. §. liberatio 4. de lib. leg.* perinde vt ſi quis quod legauit, alienauerit iuxta *§. ſi rem 15. inf. h. t.* Et tamen hoc noſtro caſu maior eſt ratio; nam legatum etiam alienæ rei debetur; atqui cum hic ſolū teneatur hæres vt actiones præſtet; exacto debito, & ſublatis ita actionibus, nihil deberi amplius legatario poteſt, qui agere vt ſibi cedantur actiones, vtique non poteſt; quam rationem differentiæ ipſe reddit ICtus in *l. fideicommiſſa §. ergo etſi 13. de legat. 3.* vbi tamen addit, aliquando ſecus fore, & non extingui fideicommiſſum, ſi exactam pecuniam depoſito teſtator habuerit, ex quo voluntatē non mutatam colligatur. Itaque hoc caſu non vt actiones cedantur, quæ nullæ ampli' ſunt, lega-

gata-

Digitized by Google

gatarius experietur aut fideicōmiſſarius. Sed recta legatum patet. Alterum autem in d. §. 13. huc proprie non pertinet, ſi ſcil. debitor ipſe pecuniam obtulit, quam cum creditor accipere teneatur, non poteſt mutata intelligi voluntas: hoc autem §. noſtro fuiſſe pecuniam exactam proponitur: & potuit eius exactionis iuſta fuiſſe cauſa, quod forte debitor incipiebat labi bonis, & hic itaque ſi præſertim pecuniam exactam in depoſito apud ſe teſtator habuit, dicemus eam deberi: videtur autem vtrumque coniunctim requiri, vt & vltro oblata ſit, & in depoſito habita: etenim per ſolutionem factam extingui legatum nominis ſimpliciter reſponſum eſt *in l. ſi id 21. in pr. de liber. leg.* vix enim eſt, vt id reſtringi poſſit ad caſum, quo teſtator petiit. Plane in dubio, animo adimendi exactam pecuniam præſumimus: itaque onus probandi incumbet legatario, *l. pen. §. vlt. de adim. legat.* Sed quid ſi teſtator inſtituta actione contra debitorem, antequam ſententia ſequeretur & ſolutio, deceſſerit? an debebitur legatum? videtur quod non: tum quod ex inſtituta actione præſumitur mutatio voluntatis, tum quod actio in iudicium deducta cōſumitur, (quamuis noua iudicati naſcatur) & plane quod improbus debitor morā nexuit non debet prodeſſe legatario. Sed contra facit, quod res necdum deſiit plane eſſe integra, & ſupra ad §. 12. diximus, venditione non præſumi ſublatum legatum, niſi ſecuta ſit traditio, ſed tamen alia ratio eſt, quod traditio eſt voluntatis, at condemnatum facere debitorem non eſt penes creditorem. Neque obſtat *l. nepoti 6. de inſtr. leg.* quia ibi legatum ita fuit: *Quod meum eſt.* quamuis Bart. ibidem aliter ſentiat, & poſt eum Angel. hic per illum textum: qui tamen plane nihil facit cum apertum ſit, inde ſumi rationem dub. cur non videretur deberi, quia nondum exactum ſit, vt appareat, nec dubitare ICtum, quin contineatur legato ſi fuerit exactum, quia vt dixi, ita legauit teſtator, *Quod meum eſt.*

TEXTVS.

18. Si generaliter ſeruus vel res alia legetur, electio legatarii eſt, niſi aliud teſtator dixerit. Optionis legatum id eſt, vbi teſtator ex ſeruis ſuis vel rebus aliis, optare legatarium iuſſerat, in ſe olim habebat conditionem, & ideo niſi legatarius optaſſet, legatum ad heredem non tranſmittebat. Sed ex conſtitutione noſtra & hoc in meliorem ſtatum reformatum eſt: & data eſt licentia heredi legatarii, optare ſeruum, licet viuus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in noſtra conſtitutione additum eſt, ſiue legatarii extiterint plures, quibus optio relicta eſt, & diſſentiant in corpore eligendo: ſiue vnius legatarii plures heredes ſint, & circa optandum inter ſe diſſentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra beneuolentiam introducebant) fortunam eſſe optionis huius iudicem, & forte hoc eſſe dirimendum: vt ad quem ſors peruenerit, illius ſententia in optione præcellat.

COMMENTARIVS.

1 *De legato generis.*
2 *Cuius ſit aut fuerit electio.*
3 *Optionis legatum.*

HOc ad modum quoque legandi pertinet: quod legatur ſpecialiter, aut generaliter. Intelligitur autem per genus hoc loco, vt & alibi † paſſim ſpecies infima, vt Logici loquūtur. Procul enim dubio legatū fuerit nullum, ſi quis ſubſtantiam corpus aut etiam animal legauerit. Et tamen circa hoc ipſum genus legati diſtinguendum eſt, vbi an valeat, 1

quæritur: hoc enim ante omnia conſtitui oportet. Et nimirum ſi ſpecies habeat certam à natura determinationem, veluti, homo, equus, bos, non dubitatur, quin valeat legatum, licet nullum indiuiduum expreſſum fuerit, idque omnimodo, ſiue tales ſpecies aut indiuidua potius, fuerint in dominio teſtatoris, ſiue nulla fuerint. De fundo & ædibus in genere legatis quæritur. Et quamuis Raph. referente Angel. hic putauerit, fundi quoque ſimpliciter relicti vtile legatum eſſe, ſi modo fundos habuerit teſtator regionibus diſtinctos, quod & poſt *Ia.* & *Pet.* probat *Ioh. Fab.* tamen vt poſt gl. habet communior opinio, legatum eſt inutile ſimpliciter: idque tum arg. ſtipulationis *l. ita* 115. *de v.ob.* tum per textum indiſtincte loquentem *in l. cum poſt* 69. §. *gener.* 4. *de iur. dot.* vbi nominatim quoque hac ipſa in re ſtipulatio & legatum conferuntur: Porro ædium legatum ita valet, ſi teſtator ædes habuerit *l. ſi domus* 71. *in pr. de legat.* 1. Et proinde comparatio ædium & fundi *in l. quod in* 24. §. *vlt. de legat.* 1. accipienda eſt ſecundum quid: Hactenus nimirum, vt & verba habent, quod fundi & ædes noſtra deſtinatione conſtituantur. Sed enim cum ædes ab ipſo iure gentium ſint habitationi hominum deſtinatæ, efficitur omnino, determinationem ædium, longe certiorem eſſe quam fundi. Neque vero deſtinatio hominis poteſt facere ædes, quæ non poſſint vtiles eſſe ad habitandum & illæ reuera non poſſint dici ædes. Quod ad res fungibiles attinet conſtat illarum legatum inutile eſſe, niſi, quantitas, pondus, numerus aut menſura adiiciantur. De qua re vide plenius tractantes *Bart. & Dd. in d. l.* 115. *de v.ob. & d. l* 71. *de legat.* 1.

Electio legatarii eſt.] Certum & exploratum
2 eſt, † olim hac in re aliud in legato vindicationis, & damnationis ius fuiſſe, & in illo electionem habuiſſe legatarium, in hoc, heredem: quoniam hic tantum actio perſonalis legatario competebat: & regulariter electionem debitoris eſſe conſtat, probatur hoc ex *l. plane* 34. §. *pen. de legat.* 1. *l. ſi à ſubſt.* 45. §. 1. *l. ſi heres* 110. *et d. l. ſi is* 19. *l. ſi ita* 43. §. *vlt. de legat.* 2. ſed cum hodie exæquarit legata, & differentiam formularum ſuſtulerit Iuſtinianus, ambigi poſſit, an non ſimpliciter electio legatario ſit tribuenda: neque enim dubitari hodie poteſt, quin licet formula damnationis in legando vſus ſit teſtator, vindicatio legatario competat: cui autem concedimus ius vindicandi, ei ius eligendi negari nō poſſe videtur, pro quo etiam hic noſter textus facit, qui legatario electionem indefinite tribuit, niſi aliud expreſſerit teſtator. Rationi tamen hoc conuenire non videtur, vt contra voluntatem teſtatoris electionem tribuamus legatario: parum enim intereſt, an expreſſe iuſſerit heredem eligere teſtator, an ipſum damnauerit vt hominē præſtaret, vel quod in alternatiuo legato apertius eſt, vt hominem aut decem daret legatario: Eadem autem legati generalis & alternatiui ratio eſt. Et hæc quoque eſt ſententia Dd. communiter recepta *in l. legato* 37. *de legat.* 1. *Angeli* (qui multos refert) *VVeſemb. & aliorum hic.* Et ſupra monuimus, ita accipiendam eſſe illam exæquationem, vt ne quid fiat contra ipſius teſtatoris voluntatem. Secundum quod legatarius ſi quid per damnationē in genere vel alternatiue relictum ſit, & verba executiua, vt interpretes loquuntur, directa ad heredem, dari non poterit vindicatio, ante factam declarationem ab herede, quid præſtare velit. Obiicitur *l. ſi domus* 71. *in pr. de legat.* 1. vbi ſane domus videtur per vindicationem legata, & tamen electio eſt heredis, ſecundum veriorem lectionem. Doctores notant ſpeciale eſſe, vbi legatur certum de incertis: dubio enim procul ſenſit teſtator de ædibus certis, ideo electionem damus heredi, ne & nimis grauetur, & quia melius creditur ſcire voluntatem defuncti: Inter ædes & ædem, nimis magna diſtantia eſt, cum iſta ex hominum deſtinatione & arbitrio pendeant, non autem tanta intercedit inter hominem & hominem: quo caſu non creditur teſtator ſenſiſſe de certo homine: & tamen ita conceditur hic electio legatario, vt optimum eligere non poſſit *l. legato* 37. *de legat.* 1.

Optionis † *legatum.*] Magnam adfinitatē habet 3

bet hoc legatum cum legato alternatiuo, & generali, nec quidquam fere aliud intereſſe videtur, quam quod in legato optionis, expreſſe legatario electio datur. Fere, inquam, nam à legato generali, ſi quis legauerit, hominem quem volet legatarius optionis legatum diuerſum fuiſſe probabile omnino eſt: cum & optio, nominatim inter actus legitimos referatur *l. actus 77. de reg. iur.* & Iuſtin. hic ſcribit, optioins legatum olim fuiſſe conditionale quod iuris non fuit in legato generali, licet facultas eligendi expreſſa fuerit.

Habebat olim in ſe conditionem.] Scilicet, ſi ipſe legatarius optaſſet, & itaque optandi ius erat mere perſonale: ita vt ante defunctus legatarius legatum ad hæredes non transmitteret: & ſic veræ conditionis & eius quæ veniret ex teſtamento, & voluntate quadam tacita teſtatoris, haberet poteſtatem & effectum, cum alias conditiones quæ tacite inſunt, & nec ex teſtamento veniunt, nõ impediant transmiſſionem *l. conditiones 99. de cond. & dem.* & dixim⁹ ad *§. ea. 7. ſup. h. t.* Nec obſtat *l. ſi ſic 75. §. pen. de leg. 1.* vel quoniã intereſt, vt diximus, inter legatum ſimplex cũ iure eligendi, & inter legatum hoc quod in ſpecie dicitur optionis legatum: vel quoniam ibi agitur, de eligendi facultate per cõtractum quæſita, cui etiãſi conditio ineſſet, tamen in heredẽ tranſiret, vt conſtat hactenus inter cõtractus & legata eſſe differentiam *§. ſub condit. 4. de v. ob. §. pen. de inutil. ſtipul.* vt proinde manifeſto erret Donel. *in l. ſi ſtipul. 76. de v. obl.* vbi putat electionis ius ex cõtractu adquiſitũ omnino ita perſonale eſſe, vt nõ tranſeat in heredes, cum tñ ipſa *d. l. 76.* probet contrarium, quem locũ inepte ipſe accipit, quaſi tranſeat obligatio citra eligẽdi ius, contra mẽtem ICti, qui patrem & dominũ (vbi nimirum ſeruus aut filiusfa. ſtipulati ſunt,) qui non habent eligendi ius, opponit heredi, & cõtra *d. l. 75. de leg. 1.* vbi hæres eius qui ita ſtipulatus erat & ius ſibi quæſitum legauerat, præſtat legatario obligationem cui ineſt ius eligendi, quod præſtare hæres non poſſet, niſi prius transmiſſum in ſe fuiſſet. Magis obſtat huius loci aſſertioni, quod hoc legatũ conditionem olim habuerit, textus *in l. illud 19. de opt. legat.* vbi dicitur tranſmitti legatum: Aut intelligemus, ſimplex legatum tranſmitti, citra ius electionis: aut vero negationem à Triboniano detractam dicimus: aut cum locum de legato electionis ſimplici, non legato optionis in ſpecie dicto accipiemus. Sed adhuc magis obſtat & ſibi ipſi Iuſtin. *in l. vlt. in pr. C. comm. de legat.* quo loco in terminis optionis legatæ, & legatarii defuncti antequam eligeret, dubitatum ait inter veteres fuiſſe, quid ſtatuendum eſſet, ſi non poſſet conuenire inter plures heredes. Dubitatio enim fuiſſet ſtulta, ſi ius eligendi in heredes non tranſiiſſet. An forte inter ipſos ICtos olim hac de re non conuenit? an Tribonianus per incogitantiam confudit caſum plurium legatariorum de iure eligendi concertantium: cum caſu plurium heredum vnius legatarii. Quid aliud dici poſſit, mihi non occurrit, & à nemine hoc attingi miror. Amplius *in d. l. vlt. C. comm. de legat.* tantum hoc ſancitur, vt controuerſia per ſortem dirimatur, at vt liceat optare etiam heredibus, verbo nullo ibi ſancitur, ſed controuerſia veterum refertur. Et tamen hic textus arguit, vna conſtitutione vtrumque fuiſſe diſpoſitum, & vt facultas eligendi tranſiret in heredes & vt cõtrouerſia ſorte decideretur, iuxta hunc *§. verſ. Et diligentiore.* Tractare autem, quando & quibus caſibus res ſorti permittatur, non eſt huius loci.

TEXTVS.

19. Legari autem illis ſolum poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt. Incertis vero perſonis, neque legata olim, neque fideicommiſſa relinqui conceſſum erat: nam ne miles quidẽ incertæ perſonæ relinquere poterat, vt reſcripſit Diuus Hadrianus. Incerta autem perſona videbatur, quam incerta opinione animo ſuo obiiciebat teſtator: veluti ſi quis ita dicat: Quicunque filio meo filiam ſuam in matrimonium dederit, ei hæres meus

illum

illum fundum dato. Illud quoque quod iis relinquebatur, qui poſt teſtamentum ſcriptum, primi conſules deſignati eſſent, æque incertæ perſonæ legari videbatur, & deniqueaiiæ multæ huiuſmodi ſpecies ſunt. Libertas quoque incertæ perſonæ non videbatur poſſe dari: quia placebat, nominatim ſeruos liberari. Sub certa vero demonſtratione, id eſt, ex certis perſonis incertæ perſonæ recte legabatur: veluti: Ex cognatis meis, qui nunc ſunt, ſi quis filiam meam vxorem duxerit, heres meus ei illam rem dato. Incertis autem perſonis legata vel fideicommiſſa relicta & per errorem ſoluta, repeti non poſſe ſacris conſtitutionibus cautum erat.

COMMENTARIVS.

SEquitur iam aliud principale caput, de his quibus legari poteſt, quod tamen liquidum eſt, ex tit. & materia de heredib. inſtituendis, ſiquidem vt *in pr. huius textus* habetur, illis tantum poteſt dari legatum, cum quibus teſtamenti factio eſt, id eſt, qui heredes inſtitui poſſunt, ſi enim accipias generaliter pro hic quicunque quocunque titulo capere poſſunt, petitio fuerit principii, aut fuerit reſtrictio in verbis, *teſtamenti factio.* ex quibus intelligamus, legata tantum poſſe relinqui teſtamento, non etiam codicillis ab inteſtato. Id adeo ſecundum hanc explicationem de legatis in ſpecie dictis fuerit accipiendum: quod præſertim ex titulis Caii & Vlp. & aliunde conſtat, & præcipue *infr. de fideic. hered. in pr.* olim quibus directo nihil relinqui poterat, per fideicommiſſum aliquid datum fuiſſe, & nominatim ſcribit Vlp. Latinis Iunianis; quibus legari non poterat, per fideicommiſſum relinqui potuiſſe. Speciali etiam fauore incapacibus alimenta legari poſſe admiſſum fuit *l. is, cui 11. de alim. legat.* Hodie autem ſublatis iſtis differentiis, & caducis & variis ex L. Iulia Papia & aliis LL. ſpeciebus incapacium, inter legata & fideicommiſſa diſtinguendum non erit, & Iuſtin. de legatis & fideicommiſſis mox confuſim exponit.

Incertis perſonis.] Hinc olim videtur ciuitatibus legari non potuiſſe, quibus per fideicommiſſum relinqui poterat, de quo ſunt textus apud *Vlpian. titul. de legat. 2. §. ciuitatibus 26. l. ſi quod 117. l. ciuitatibus 122.* (id enim poſtea permiſſum, vt legare liceret) *de legat. 1. l. cum Senatus 20. de reb. dub. l. omnibus 26. Ad Senat. Trebell. Plin. 5. Epiſt. 7.* poſtea admiſſum, vt & heredes inſtituerentur *l. hereditatis 12. C. de inſtit. hered.* & ex conſtitutione Iuſtin. quæ non exſtat, etiam heredes incertas perſonas inſtitui poſſe creditur *arg. §. ſed nec 27. infra h. t.* Ratio autem huius iuris, ob quam incertæ perſonæ nihil poterat relinqui, (adeo vt nec miles, qui plurima priuilegia habet, exciperetur *h. §. in pr.* nec libertas (cuius tamen maximus fauor) *h. §. verſ. libertas*, quia placebat, inquit Iuſtin. vt libertas nominatim daretur, quod videtur fuiſſe ex L. Fuſia Canin. *Vlp. §. vlt. tit. 1.*) videtur hæc fuiſſe, quod certum debet eſſe conſilium teſtatoris, vt ſcribit *Vlp. §. 9. de hered. inſt.* & legatum vt donatio quædam in benemerentes confertur. Hæc incertitudo feciſſe videtur, vt olim pauperibus relinqui non poſſet, quod mutatum poſtea *l. id quod 24. C. de Epiſc. & cler.* Obiicit tamen Ioh. Fab. *l. ſi quis 14. de reb. dub.* & per eam putat intelligi ius vetus, quod ante Digeſta & cõpilationem eorum obtinuit. Ridicule, quaſi per ſolam, autoritate Iuſtiniani factam compoſitionem, ius nouum fuerit effectum, cum etiam cõſtet anteriorem fuiſſe primum Codicẽ Digeſtis. Et facilis eſt reſponſio ad *d. l. 14. de reb. dub.* quæ agit de ſignatoribus teſtamenti, qui certi fiunt, adhibitione ipſa per factum teſtatoris & tempore teſtamenti, tunc enim proprie dicitur fieri teſtamentum, non cum priuatim ſcribitur à teſtatore, ſed cum ſuprema conteſtatio peragitur, & teſtibus ſubſignandum teſtamentum exhibetur.

Non

Digitized by Google

Non obſtat etiam *l. in temp*[illegible] *§. 1. de hered.inſt.* quoniam ibi teſtator perſo[illegible]m deſignauit: ſed incertitudo accedit ex eo, quod plures ſunt eiuſdem nominis amici teſtatoris: itaque admittitur probatio voluntatis defuncti: facit *l. falſa 33. §. 1. de cond. & dem.* quamuis dubio procul Triboniani ſint poſtrema eius §. verba. Magis videtur obſtare *l. quidam 5. de reb. dub.* ibi *ſiue quis alius*. An hoc ſit quia datur aliquid pro beneficio quod ſperat, an aliud hic in fideicommiſſis; prius verius eſt: nam cum nec libertates incertæ perſonæ dari poſſint, nec poterunt fideicommiſſa; & nihil in his ſpeciale eſſe docet *Vlp. tit. 26. de fideicomm. §. pœnæ.* 11.

Sub certa vero.] Non eſt omnino certa demonſtratio: nam & illa demonſtratio habet aliquam ex poſt facto certitudinem, de qua in præmiſſis agit. Sed intelligit demonſtrationem certam ordinis & qui in ſe certus eſt, veluti cognatorum, vt ipſe mox explicat. Ita enim limitatur incertitudo & reſtringitur; & incertitudo nõ eſt ita vaga ſed limitata: idemque tradit *Vlp. tit. de legat. 24. §. Incerta 17.* & notandum quod demonſtrationi additur, *Qui nunc ſunt*, & proinde certi.

Incertis autem perſonis.] Subtilitatem quandam habet, quod incertæ perſonæ nihil relinqui poteſt. Cur enim non admittatur, vt ei qui filiam meam ducturus eſt vxorem, aliquid legari poſſit. Et hinc videtur ex huiuſmodi voluntate teſtatoris heres naturali quadam obligatione obſtringi: quæ cauſa fuit, ob quam Impp. ius retinendi ex hoc legato dederint, hic enim eſt effectus naturalis obligationis, vt quamuis actionem non pariat, producat tamen exceptionem & ſoluti retentionem, *l. naturalis 10. de obl. & act. l. naturaliter 13. de condict. indeb.* Et ineptit hic Pacius in notis *poſt Mynſ.* dum hunc locum ad ea quæ piis cauſis ſunt relicta, reſtringit.

TEXTVS.

20. Poſtumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Eſt autem alienus poſthumus, qui natus inter ſuos herede[illegible] non eſt futurus teſtatori. Ideoque ex emancipato filio conceptu[illegible] nepos extraneus erat poſtumus auo. Sed nec huiuſmodi ſpecies eſt penitus ſine iuſta emendatione relicta: cum in noſtro Codice cõſtitutio poſita ſit, per quam & huic parti medemur, non ſolum in hereditatibus, ſed & in legatis & fideicommiſſis: quod euidenter ex ipſius conſtitutionis lectione clareſcit. Tutor autem incertus nec per conſtitutionem noſtram dari debet, quia certo debet iudicio quis pro tutela ſuæ poſteritati cauere. Poſthumus autem alienus heres inſtitui & ante poterat, & nunc poteſt, niſi in vtero ſit eius, quæ vxor iure noſtro eſſe non poteſt.

COMMENTARIVS.

1 *Poſtumus alienus quis.*
2 *Et an ei quid relinqui poſſit.*
3 *Ad* l. penult. de legat. 1.

COnnexio oſtendit, hanc quoque rationem fuiſſe, cur poſthumus non potuerit olim inſtitui, quod pro incerta perſona habebatur: qua ratione etiam Theoph. hic vtitur, Weſemb. hic addit rationem quod v. c. legare poſthumo alieno non careat turpi ſuſpicione: Verum ea ſuſpicio ceſſat vtique in cognatis; & ita nec infantes poſſent inſtitui aut iis legari. Propoſuimus ſupra varias ſpecies poſthumorum ad §. poſtumorum *de exhered. lib.* ſed eæ fere ſunt ſpecies poſtumi, qui dicitur ſuus. Ceteroquin diſtinctio prima poſthumi † eſt 1
in ſuum & alienum. Suus dicitur, qui ſi naſceretur tempore quo factum eſt teſtamentum, ſuus heres teſtatori eſſet: veluti qui in vxoris, vel propriæ, vel filii aut prædefuncti, aut poſt conceptionem emancipati, vxoris vtero eſt. Itaque alienus eſt, qui naſcitur ex nuru filio adhuc ſuperſtite exiſtente in poteſtate: &

porro magis alienus, (ſunt enim huius rei gradus) qui naſcitur ex vxore filii emancipati, conceptus ſcilicet poſt emancipationem: & porro ſi fœmina faciat teſtamentum, magis illi alienus poſtumus erit, qui naſciturus eſt ex filia vel vxore filii; magis adhuc alienus, qui ex collaterali linea naſciturus eſt *l. pen. de lega.* 1. & denique adhuc magis, qui ex vxore omnino extranei. Video quidem Baronem & *Hottom. hic & ſupra de exhered. lib.* tantum pro poſthumo alieno habere eum qui ex nuru naſciturus eſt, quando filius adhuc ſuperſtes & in poteſtate eſt. Sed nullam video eius rei rationem; & ex definitione poſthumi ſui, apparet, omnes reliquos eſſe alienos; & ſiquidem ex filii emancipati vxore naſciturus, (eſt autem hic filius iure ciuili omnino extraneus) dicitur alienus poſthumus, quid ni & reliqui alieni dicantur? quia & in *d. l. pen. de legat.* 1. dicitur fratris poſtumus, à quo poſſim relinquere fidei commiſſum; qui autem fratri meo ſuus eſt, ille mihi recte dicitur alienus; quomodo & diſerte eo loco appellatur. Ait autem Iuſtin. poſt-
2 humo alieno † inutiliter antea legatum fuiſſe: & in *pr. inf. de bon. poſſ.* iure ciuili eum adire hereditatem non potuiſſe. Cui ſententiæ obiicitur, quod mox *hoc ipſo text. in f.* ſcriptũ eſt, poſthumum alienum ante quoq; inſtitui potuiſſe: & in *d. l. pen. de leg.* 1. poſthumum alienum poſſe nobis fieri heredem legitimum. Item in *l. quidam 6. de reb. dub. inf.* proponitur quis rogatus poſthumo ſuo vel alieno reſtituere hereditatem: & mox in *l. ſeq.* cõtinua oratione poſtumi inſtituti & qui legatum acceperit, mentio fit. Vt ab hoc poſteriori loco incipiamus, ſunt illi textus diuerſorum autorũ, nec proinde quod de poſtumo alieno dicitur quo ad reſtitutionem hereditatis, protinus in *l. ſeq.* repetẽdum eſt, quoniam illa principalis eius loci eſt quæſtio, an & quando poſthumus partem faciat; aut *d. l. 6.* ad ius prætorium erit referenda: quomodo etiam frequentius accipitur textus hic noſter in f. qui poſthumum alienum inſtitui olim potuiſſe ait. Et mihi tamen iſta explicatio non videtur ſcrupulo carere. Etenim particul. *autem*, arguit, eſſe oppoſitionem ad illud quod ante de poſthumo dictum erat: atquin ante itidem erat actum de poſthumo alieno. Video *Vigl. in §. ſeruus ſup. de hered. inſt. Duar. Hottom. Mynſ.* oppoſitioné in eo conſtituere, quod prius de legato, deinde de inſtitutione agatur. Et itaq; iure prætorio inſtitui quidem poſtuhumum alienũ, ſed nec hoc iure ei legari potuiſſe. At mihi primo parum conuenire videtur, vt credamus illic de vtroq; vel potius mixto, poſt tãtũ de prętorio iure Iuſt. egiſſe, nullo nec verbulo eius rei mentione facta: cum *inf. in pr. de bon. poſſ.* hac ipſa in re tam accurate à iure ciuili ius prætorium diſtinguat: & cum pręſertim vtrobiq; Iuſt. vtatur partic. *ante*, ãto probabilius eſt de eadẽ ſpecie iuris agi. Quin inſtitutio heredis iuris ciuilis nomen eſt, nec ſolet temere de iure prætorio vſurpari. Et amplius toto hoc titulo, quę proponuntur, ad ius ciuile pertinent; vt omnino inconcinna ſit explicatio. Sed quod præcipuum eſt, ſi prætor in tota hereditate defendit poſtumum alienum, quis credat, ei quoq; eodem iure non ſucceſſum fuiſſe in legato? Neq; ego huius differentiæ rationem vllã afferri video, & cõmentum eſt arbitrarium, quod prætor nullam habuerit curã legatorum. Quamuis, inquit Hotto. iure prætorio inſtitui poterat, tamen prætor legata non curauit: Sed αὐτὸς ἔφα non ſatis eſt dicere, probare oportet. Qui poſtumum alienum admiſit ad integram hereditatem, quid ni etiam ad legata ei actionem daret? Addit tamẽ quaſi pro ratione Hottom. ſi filius, inquit, inſtitutus eſſet heres, eidem ipſi legari videretur. Ridicule: quaſi nõ & de exheredato poſtumo quæri poſſit; & quaſi non poſſet habere coheredẽ, vt ſit locus legato præceptionis. Sed & quærimus de poſtumo alieno, qui nec exheredãdus nec inſtituendus eſt. Accedit & amplius, quod cum vix vſquam negatus ſit poſthumo alieno per fideicõmiſſum relinqui potuiſſe, quod & probat *d. l. 6. §. vlt. de reb. dub.* Iuſtinianus qui nominatim de legatis agit, & negat legari poſthumo alieno potuiſſe: procul dubio nominatim expreſſiſſet, quod prætorio iure inſtitui potuiſſet, ſiquidem in f. huius textus ita ſenſiſſet. Denique contra eam diſtinctionem

nem legari & hereditatis ſiue inſtitutionis facit regula in *pr. huius textus*, cum quibus teſtamenti factio eſt, ii legata recte accipiunt: & ridiculum ſit de diuerſis iuribus hoc accipere: Atquin iure prætorio teſtamenti eſt factio cum poſthumo alieno. Ergo & eo iure ipſi poterit legari. Quæ cum ita ſint, mihi fere placet, vt in f. huius textus addita negatione legamus, *Poſthumus autem non alienus*, quod tentat *Alciatus* 9. *Parerg.* 1. Ita enim recta futura eſt oppoſitio, *poſthumi alieni, & non alieni*: illa autem duo, *legari poſſe, & inſtitui poſſe*, mutuo ſe conſequuntur, imo conuertuntur. Et quod Hottom. hanc emendationem docto homine indignam & ridiculam eſſe ait, quod ſcilicet de poſthumis non alienis ridiculum ſit dubitare, qui etiam neceſſario ſint inſtituendi aut exheredandi: ipſe quam prauo iudicio ſit, oſtendit: ſiquidem quod *Duar. d. cap.* 38. *diſput. lib.* 2. & paſſim alii notant, olim poſthumus quicunque etiam qui in vxorio vtero eſſet, inſtitui non poterat, tamquam incerta perſona: ſed id poſt ex humanitate, imo vrgente ratione admiſſum eſt, vt inſtitui poſſet, qui præter ius natus teſtamētū eſſet rupturus, cum abſurdum & iniquum videretur non poſſe parentem efficere ne teſtamentū rumperetur. Hac conſideratione igitur aptiſſime & rectiſſime dicitur, permiſſum fuiſſe iam olim, vt poſthumus non alienus inſtitui poſſet.

3 Quod deniq; attinet ad † *l. pen. de lega.* 1. dicam aliud eſſe in legitimo herede, id eſt ab inteſtato: vt videlicet qui codicillorum (de quibus ibi tractari inſcriptio docet, & mentio fideicommiſſi) tempore quos quis ab inteſtato ſcripſit, in vtero vxoris fratris eſt grauari fideicommiſſo poſſit, qui ſcribenti codicillos ab inteſtato ſucceſſurus eſt poſtea natus: nam & vt heres poſthumo alieno reſtituat hereditatem, recte rogatur *l.* 6. *§. vlt. de reb. dub.* Et quod ibi Galli mentio fit, non protinus efficit, vt hoc neceſſario ad inſtitutionem ſit referendum: potuit enim & alia induxiſſe Gallus; aut dicam quod circa inſtitutionem introduxit, porro ad alia eſſe productum, ſed quiſque hac in re ſuo iudicio fruatur. Nullo modo defendi poteſt, quod Bart. §. priorem accipit de poſthumo ex vxore, naſcituro: ſed alterū de poſthumo alieno loquentē, de poſtumo naſcituro ex filio adhuc viuente qui inſtitui potuit ex L. Velleia & inuētione Galli. Ita enim inſtituitur nepos in euentum præmortui filii, & ita quia ſuus naſciturus: tum ridiculū eſt, Iuſt. in *pr. inſ. de bon. poſſ.* vbi negat poſtumum alienū inſtitui potuiſſe iure ciuili, accipere de antiquiſſimo iure & quod ante L. Velleiam & Gallum obtinebat: quod abſurdiſſime ſcribit Baro. Eſt enim iſtius tractationis nulla hodie vtilitas, cum ex textu noſtro *verſ. ſed nec.* non obſcure colligatur (conſtitutio enim cuius meminit non extat, quæ forte in priori codice fuit aut alias interiit, vt ex iis quæ notat hic Cui. colligitur) Iuſti. ius vetus mutaſſe, & permiſiſſe, vt etiam incertæ perſonæ heredes inſtitui & legata accipere poſſent: & cum exceptio confirmat regulam, ex hoc quod excipit tutelam, quæ nec hodie in incertam perſonam conferri poſſit, ſatis arguitur, in ceteris quorum *d. verſ.* meminit, aliud obtinere. Ratio exceptionis hæc ſolida eſt, quod in tutela non agitur de lucro aliquo quod perueniat ad tutorē, ſed de adminiſtratione bonorū & defenſione pupilli in quibus requiritur induſtria perſonæ: & poſſit alias tutela incidere in hominē ignauū & idoneū cum præiudicio & inſigni damno pupilli. Quærunt tamen, an incertæ perſonæ poſſit dari tutor teſtamento, ſed id inaniter quæri videtur, cum non niſi ſuis teſtamento tutor dari poſſit. Et omnino quod attinet ad *d. l. pen. de legat.* 1. poteſt defendi aliā fuiſſe & olim rationē inſtitutionis, quæ non niſi in certam perſonā conferri poſſet: aliam legitimæ hereditatis, quæ etiam poſthumo alieno, vt hactenus pro nato haberetur, deferri potuerit, quod nec male confirmat Faber *dec.* 27. *de err. pragmat. cap.* 4.

Ex emancipato filio conceptus.] Quoniam ſi ex eo adhuc in poteſtate exiſtente conceptus eſſet, ſuus poſthumus & heres efficeretur auo, cum ſpectetur tempus conceptionis *§. pen. ſup. quib. mod. ius pot. ſolu.*

Non ſolum in hereditatibus.] Poſſit hinc quis colligere cōtra quā diſputauimus, facilius eſſe

vt incerta perſona heres inſtituatur, quam vt ei legatum dari poſſit. Sed huiuſmodi conſecutiones ex huiuſmodi Iuſtiniani verbis abſurde nectentur: & Iuſtiniani ſcopus eſt hic principaliter tractare de legatis: itaque & in textu præc. circa incertas perſonas tantum legatorum facit mentionem, & eas tamen multo minus heredes inſtitui potuiſſe conſtat: & vel hoc ipſum argumentum eſt, eandem rationem eſſe inſtitutionis & legati, & præmiſſa non ad ſolum legatum pertinent. Quin & amplius, cum legatis hoc textu Iuſtinianus fideicommiſſa coniungit: longe autem facilius admittebatur, aliquid alicui per fideicommiſſum dare, quam omnium bonorum heredem per inſtitutionem facere. Vbi obſeruandum, quantumuis, vt diximus, poſthumus alienus cum incerta perſona comparetur, non tamen omnino eodem iure hic fuiſſe: quippe cum nec fideicommiſſum incertę perſonę dari poſſet, vt ad text. pręc. diximus, poſthumo autem huic vtiliter relinqueretur fideicommiſſum *d. l. 6. §. vlt. de reb. dub.* Et ſane qualiſcunque poſthumus non eſt talis perſona, quæ ita incerta & opinione plane vaga teſtatoris animo obiiciatur: & vtique hos quos numquam vidimus, heredes inſtituimus recte *§. vlt. ſup. de heredibus inſtit.*

Niſi in vtero eius ſit.] Non multum intereſſe videtur, ſiue intelligas eam nullo modo poſſe eſſe vxorem ciuis Romani, veluti peregrinā aut virginem Veſtalem: ſiue quæ teſtatoris vxor eſſe non poteſt, forte ob proximam coniunctionem ſanguinis. Hæc tamen exceptio probabilior & verior eſt, quam & confirmat Theoph. ſcribens poſſe me inſtituere poſthumum, niſi qui ſit vel futurus ſit in vtero eius, quam vxorem ducere non poſſum: & rationis eſt, vt hoc reſpectu eius dictum intelligamus, qui agit de inſtituendo poſthumo: facit *l. ſi quis 9. §. 1. de lib. & poſth.* vbi negatur poſthumus inſtitui poſſe, ex ea naſciturus, quæ alii nupta eſt, quia ſit inſtitutio turpis: neque enim alias, vt poſthumus tamquam ſuus inſtituatur, neceſſe eſt, vt fœmina ex qua naſciturus inſtituitur, aut tum prægnans, aut etiam tum vxor ſit, ſed ſufficit eam fœminam poſt teſtamentum vxorem, & ex diſponente prægnantem fieri poſſe, vt apparet ex *l. 4. 5. & d. l. 9. in pr. de lib. & poſth.* Atque ex hoc ipſo confirmatur Alciati, quam magis probo, opinio, quod in *d. §. verſ. poſtumus autem*, agatur de poſthumo qui non eſt alienus, quippe cum agatur de eo, qui ex eo naſciturus eſt, quæ teſtatoris vxor eſſe poſſit, ex qua non niſi ſuus poſthumus naſci poteſt.

TEXTVS.

21\. Si quidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarij teſtator errauerit, cum de perſona conſtat, legatum nihilominus valet: idemque in heredibus ſeruatur, & recte. Nomina enim ſignificandorum hominum gratia ſunt reperta, qui ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil intereſt. Huic proxima eſt illa iuris regula, demonſtratione falſa legatum non perimi: veluti ſi quis ita legauerit, Stichū ſeruum meum vernam, do lego, licet enim non verna, ſed emptus ſit, ſi tamen de ſeruo conſtat, vtile eſt legatū. Et conuenienter ſi ita demonſtrauerit, Stichum ſeruum, quē emi à Seio, ſitque ab alio emptus, ſi de ſeruo conſtat, vtile eſt legatum. Longe magis legato falſa cauſa adiecta non nocet: veluti ſi quis ita dixerit: Titio, quia me abſente negotia mea curauit, Stichum do lego, vel ita: Titio, quia patrocinio eius capitali crimine liberatus ſum, Stichum do lego. Licet enim neq; negotia teſtatoris vmquam geſſerit Titius, neque patrocinio eius liberatus ſit, legatum tamen valet. Sed ſi enunciata conditionaliter cauſa fuerit, aliud iuris eſt, veluti hoc modo: Titio, ſi negotia mea curauit, fundum meum do lego.

Com-

Digitized by Google

COMMENTARIVS.

1 *Nomina quam vim habeant.*
2 *De falſa cauſa.*
3 *Falſa demonſtratio quando noceat.*

TRia hic proponuntur, quæ licet in iis error commiſſus ſit à teſtatore, tamen legatum non vitiant. Primum eſt, falſum nomen,
1 quod † non obeſt, modo conſtet de perſona, in hereditatib. pariter & legatis, *h. tex & l.4.C. de teſtam. l.ſi ita 8. §.2. de bon.poſſ.ſec.tabb.* Ratio elegans eſt, quia nomina ſint reperta vt per ea demonſtrentur & ſignificentur homines: adeoq; ſi conſtet de homine & ipſa perſona nomen inutile & ſuperuacuum eſt, & cõſequenter nec attendi debet, ſi falſum ſit: maxime in perſonis, quibus ex mero arbitrio hominum dantur nomina, citra vllam vt plurimum conuenientiam cum natura perſonę: quod in pleriſq; aliis rebus, quarum nomina ad ſignificandum naturam earum pertinere putat, ſecus ſeſe habere, prolixe conatur oſtendere *Plato in dialogo, quem Cratylum inſcripſit*: quæ nomina rerum ſunt, ſi non à natura at certe ex iure gentium ita impoſita, vt ſint immutabilia: vt docet ICtus in *l.4.de legat.1.* & ex eo fundamento diuerſum ſtatuit in nominib. hominum mutabilibus & mortalibus: facit *l. Labeo 7. §. 2. de ſupell. legat.* vbi tamen, ſi non ſit nimia diuerſitas (*fac.l. librorum 52.§.quæ tum 4.de legat.3.*) non parum tribui voluntati defuncti docet *l.pen.de trit.vin.leg.* ſed & attendi communem vſum loquendi docet *l.3.in f.de ſupel.leg.* (porro quod in nominibus hominum, idem in nominibus fundorum obtinere probat *d.l.4.in pr.de leg.1.*) In iſta quæſt. quam de nominibus appellatiuis vocant Dd. nec ſatis veteribus ICtis conueniſſe apparet ex *d.l.Labeo § 2.de ſupel.leg.* & quod plus tribuerit Tubero voluntati teſtatoris: contra Seruius non exiſtimarit credi debere ſenſiſſe teſtatorem, quod non dixit. Et hoc nimirum, vbi nomen plane non conuenit rei: ceteroquin, ſi vt hic Ang. loquitur, nomen ſe poteſt extendere ad mentem teſtantis aliquo colore, & vel vſu loquendi valebit legatum: alias non valebit, per *d.l.25. de lega. 4. l.3. de reb. dub.* neq; probo gl. quæ in *l. qua extr.65.de V.O.* negat nocere, ſi quis corpus præſens, v.c. equum, bouem appellet.

Alterum quod nocere legato negat Iuſtin. eſt *Falſa demonſtratio*: quod exemplificat non in perſona legatarii, vt in præc. ſed in re legata. Sed ſane quæ dixit in præc. de nomine agnomine &c. ea tantum in perſona legatarii & heredis locum habere poſſunt: ſed quo ad ſimplex nomen etiam v.c. in ſeruo legato, veluti ſi quis cum vnicum ſeruum haberet, dixerit, Stichum ſeruum meum do lego, licet ſeruus ille Dauus dicatur, legatum valebit, ex ratione huius §. Nec aliud erit, ſi plures ſeruos habeat, modo conſtet de quo ſenſerit. Falſæ autẽ demonſtrationi itidem non tantum in re legata locus eſt, ſed (quod hic itidem ſupplendum) in perſona quoq; legatarii, & idem ius, vt vbi de perſona conſtat, falſo demonſtratum legatarium, aut in ea re erratum eſſe non noceat: *l.falſa 33.de condit.& dem.* & eſt hic eadem ratio quæ in præc. quia demonſtratio nominis vice fungitur *arg. l.quoties 9.§.ſi quis 8.de hered.inſtit. l. certum 6. de reb.cred. l. nominatim 34. de cond.t. & demonſtrat.*

Tertium quod non nocet eſt falſa † cauſa 2
adſcripto legato *verſ.longe magis.* Ratio redditur in *l. cum tale 72. §.falſam 6.de cond.& dem.* quod ratio legandi non cohæreat legato: & eſt ea cauſa tantum impulſiua, quæ deficiens, non vitiat diſpoſitionem: Intel. igitur enim de cauſa præterita: procul dubio enim aliud fuerit in cauſa finali, quæ adiicitur vt modus: *Lego centum vt hoc facias*: in quo ſecus eſſe conſtat. Inſignis autem additur in *d. l.72. §.6. limitatio, vt repellatur legatarius exceptione doli,* ſi probet heres non fuiſſe teſtatorẽ legaturum, ſi falſam cauſam ſciuiſſet, & adeo intuitu huius cauſæ, tamquam pro compenſatione accepti beneficii legaſſe. V.c. vt Hottom. ſi quis cum amico negotia peregre curanda cõmiſiſſet, & exiſtimans probe curata fuiſſe, hac adiecta cauſa centum legaſſet, poſtea autẽ heres oſtendat, neglecta fuiſſe negotia, repellat legatariũ ex-

Digitized by Google

ceptione doli, quæ obſtat omnibus, qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt *l.4.§.vlt. de adim. legat. l. apud 4. §. præterea 10. de doli except.* Et ait Papin. in *d. l. 72. §. 6.* plerunq; hoc fieri, vt legatarius probata falſitate cauſæ, per exceptionem doli repellatur; toties videlicet, quoties teſtator errauit, & putauit tale quid à legatario factum eſſe: vtique enim intelligitur dediſſe tamquam ob bene meritum, & remota cauſa ſi falſam eam ſciuiſſet, non daturus fuiſſe. Et proinde magis id ſummi iuris eſſe videtur, quod falſa cauſa non nocet, & vt ipſo iure competat actio, ſed quæ vt plurimum per exceptionem doli excludatur.

Illud omnino circa demonſtrationem falſam addendum eſt, quod per eam nõ vitietur legatum, Hoc cum mica ſalis accipiendum eſſe: & ita ſi nihil præter falſitatem demonſtrationis adſit, & demonſtratio tantum nominis vice fungatur: ſæpe enim aliud interuenit, quod facit, vt nullum ſit legatum, vbi tamen falſa demonſtratio eſt. Id optime oſtenditur ex textu in *l. ſi ſic 75. §. 1. & 2. de legat. 1.* Proponitur ibi legari à teſtatore, quod ipſe debet, & quod alius ipſi debet, cum tamen nec ipſe deberet, nec ipſi deberetur. Vtrumque ſi fiat ſine adiectione corporis aut quantitatis, legatum nullum eſt: quod tamen non facit falſitas demonſtrationis, ſed nimia legati incertitudo. Sed & amplius licet quantitas adiecta ſit, non tamen indiſtincte tale legatum vtile eſſe docet idem textus. Quod ſi enim teſtator dicat ſe legare quod Titio debet, expreſſa quantitate, valere dicitur legatum, nec falſa demonſtratione perimi. Quod intelligo, ſi leget ipſi Titio, cui ſe debere dicit licet reuera nõ debeat: hic enim nihil niſi falſa demonſtratio eſt, quæ non vitiat legatum. Quod ſi dicat ſe legare Sempronio quod Titio debet, iam ex alia cauſa vitium ineſt legato: quoniam quod detracta demonſtratione inutile eſſet, id adiecta falſa demonſtratio vtile facere non poteſt. At nemo quod ipſe reuera debet alii quam creditori vtiliter legare poteſt: ſiquidem actio perſonalis, quę creditori in debitorem competit, in alium transferri non poteſt: & actio pro legato ſubrogatur in locum actionis, quæ creditori competit in debitorem. Atq; hic eſt primus principalis caſus in *d. l. 75. de legat. 1.* Alter eſt, ſi teſtator leget quod ſibi debetur. Et hic caſus eſt duplex: vel enim legat ipſi debitori, vel tertio. Vtroq; caſu ſi nihil debeatur, licet certa quantitas legato fuerit adiecta, reſpondet ICtus legatum eſſe inutile. Prior caſus in *d. l. 75. §. 2.* proponitur in *pr. d. §. 2.* ſi addiderit, *decem quæ mihi Titius debet*, vbi ſcil. legat ipſi Titio. Alter in v. *proinde etſi*, (ceteroquin eſſet idẽ caſus. Illius ratio & cur non valeat legatum, ſi nihil debeatur, hæc eſt: quia legato liberationis continetur hoc, vt vel heres liberet debitorem, vel debitor contra heredem agentem, exceptione defendatur. Neutrum locum habet, vbi nihil debetur. Huius vero iſta ratio eſt, quoniã legato nominis continetur vt heres actiones tertio contra debitorem præſtet: atquin nullas præſtare poteſt, vbi nihil debetur. Hæc libuit notare ad explicationem loci obſcuri, & ideo præcipue, vt remoueatur obiectio, quæ aduerſus iſtud, quod de falſa cauſa non nocente legato in noſtro §. dicitur ex *d. §. 2.* moueri poteſt: Cum enim ICtus in *f. §. 1. d. l. 75.* dixiſſet, non vitiari legatum falſa demonſtratione vbi decem quæ non debebat reuera, legauit Titio tamquam creditori; mox in §. 2. propoſito caſu quo legatum inutile eſt, vbi quis legauit decem tamquam quæ ſibi debentur, pro ratione ſubiicit, quoniam multum inter falſam demonſtrationem, & falſam conditionem ſiue cauſam interſit: ex quibus verbis effici videtur, quod falſa cauſa vitiet legatum. Sed nimirum cauſæ verbum non vno modo vſurpatur, & eum in *d. §. 2.* cum conditione coniungatur, apparet aliter accipi quam in textu noſtro. Sed & nec vera conditio eſt, quæ confertur in tempus præſens: & *Bart. in d. §. 2.* notat vitiari legatum, ſi cauſa faciat deficere ſubſtantiam legati; ſicut & tum facit nullum aut inefficax legatum, vbi alias teſtator non fuiſſet legaturus: tunc enim cauſa legato cohærere intelligitur; & notauimus ad §. *ſed ſi vxori ſup. h. t.* ſi demonſtratio refeatur ad tale quid, quod non extat in rerum natura, & tum

Digitized by Google

tum legatum eſſe inutile; quia ante omnia de corpore conſtare oportet; quæ etiam ratio eſt decidendi ad *l. ſi ſeruum* 108. §. *qui quinque* 10. *de legat.* 1. Paulo prolixius hæc annotare viſum eſt, quoniam ad explicationem huius textus omnino ſunt neceſſaria. Jam quædam breuiter ad textus verba annotemus. Ait Iuſtinianus:

Si quidem in nomine.] Prænomen erat proprium cuiuſque nomen, vt *Caius, Paulus, Publius &c.* Nomen erat gentis; quæ abibat in varias ſtirpes & familias, quæ inter ſe diſtinguebantur cognomine. Agnomen denique ab accidenti ſuperueniebat, nec erat neceſſarium, aut omnibus commune. Exempli cauſa. In his *Publius Cornelius Scipio Africanus*, prænomen eſt *Publius*, *Cornelius* eſt nomen gentis. Gens Cornelia varias habuit familias, *Coſſorum, Scipionum, Lentulorum*; *Scipio* itaque eſt cognomen familiæ; à ſubacta prouincia acceſſit agnomen *Africani*: & hoc agnomine rurſus rami familiarum diſtinguebantur; fuerunt enim Scipiones, *Africani, Naſica, Aſina &c.* vt pluribus docet *A. Auguſt. de fam. Pop. Rom.* Recte tamen Hottom. monet, cognomen aliquando vſurpari generalius, vt etiam agnomen comprehendat. Atque hæc quatuor etiam ponuntur in *l. 4. C. de teſtam.*

Stichum ſeruum meum vernam.] Duo exempla proponuntur falſæ demõſtrationis. 1. dum appellat ſeruum vernam, domi natum ſcilicet qui tamen emptus ſit. 2. dum ait à Seio emptũ qui tamen ab alio emptus eſt. Idem autem eſt in aliis: v[illegible]ri ſi ſit falſi officii demonſtratio, veluti, *Stichum ſutorem aut cocum*, licet nec ſutor nec cocus ſit, modo de perſona conſtet *l. demonſtratio* 17. §. 1. *de condit. & demonſt. iunct. l. pen. de reb. dub.* Ita in re legata: idem vt ante monuimus, ſi erratum ſit in perſona legatarii, modo de perſona conſtet *d.* §. 1.

Longe magis.] Cur ait, *longe magis*, & cur minus falſa cauſa nocet? Puto, quia nomen & demonſtratio pertinet ad deſignandam rem aut perſonam: ſed cauſa à legato & à perſona eſt ſeparata *l. cum tale* 72. § *falſam* 6. *de condit. & dem.* Ita quoque ICtus in *l. demonſt.* 17. §. 2, *de conditione & demonſtrat. hoc vel magis eſt in falſa cauſa &c.*

Ceterum circa nominis errorem docet Iuſtin. idem eſſe in herede & legatario, vt nec inſtitutionem vitiet: Idem de falſa demõſtratione affirmat ICtus in *l. falſa* 33. *in pr. d. t.* niſi conſtaret, teſtatorem ſi falſam demonſtrationem ſciuiſſet, non inſtituturum, vt ſi demonſtratio dirigatur ad deſignandum conſanguinitatem, quæ mouerit ſola ad agendum, vt ſi inſtituerit ſub nomine patris, filii aut fratris *l. 4. & 7. C. de hered. inſt.* An idem quoque in falſa cauſa? Ratio facit, vt idem ſit, cum non poſſit dari ratio differentiæ: & hic militet ratio, ex qua non vitiatur legatum, quod ſcilicet cauſa non cohæreat legato: *d. l. 72. §. 6.* non magis autem cohæret inſtitutioni. Neque obſtat *l. vlt. de hered. inſt.* Nam vt ibi Bart. notat & alii, eſt talis falſa cauſa, quam ſi falſam eſſe ſciuiſſet, non inſtituiſſet: & igitur idem eſt quod in legato *d. l. 72. §. 6.*

Sed ſi conditionaliter.] Ita enim ſatis oſtendit teſtator, nolle ſe aliter præſtari, quam ſi ita res ſe habeat, quod ipſum docet & ICtus in *d. l. demonſt. 16. §. pen. de condit. & dem.*

TEXTVS.

An ſeruo heredis recte legetur, quæritur: & conſtat pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, ſi de heredis poteſtate viuo teſtatore exierit: quia quod inutile foret legatum, ſi ſtatim poſt factum teſtamentum deceſſiſſet teſtator, hoc non debet ideo valere, quia diutius teſtator vixerit. Sub cõditione vero recte ſeruo legatur, vt requiramus, an quo tempore cedit legati dies, in poteſtate heredis nõ ſit. Ex diuerſo ſeruo herede inſtituto, quin domino recte & ſine cõditione legetur, nõ dubitatur. Nam etſi

poſt

poſt factum teſtamentum ſtatim deceſſerit teſtator, non tamen apud eum qui heres ſit, dies legati cedere intelligitur: cum hereditas à legato ſeparata ſit, & poſſit per eum ſeruum alius heres effici, ſi priuſquam iuſſu domini adeat, in alterius poteſtatem translatus ſit; vel manumiſſus ipſe heres efficitur: quibus caſibus vtile eſt legatum. Quod ſi in eadem cauſa permanſerit, & iuſſu legatarii adierit, euaneſcit legatum.

Commentarivs.

Sublato apud nos fere vſu ſeruorum, huius tractationis exigua eſt vtilitas. Proponuntur duo caſus oppoſiti. Primus, ſi domino herede inſtituto legatum fuit ſeruo eius. Et hoc nimirum fit aut pure aut conditionaliter. Pure legatur inutiliter, propter regulam Catonianam, quæ omnia pure relicta refert ad tempus teſtamenti, & ex eo an valeant, æſtimat, & ex poſt facto confirmari non permittit: & quod nulliter legatum eſſet, ſi teſtator protinus facto teſtamento deceſſiſſet, id ex aliquo quod poſt accidit, conualeſcere non patitur *h. §. l.* 1. *in princ. de reg. Caton.* de qua etiam egimus ad §. *non ſolum* 4. *ſup. h. t.* Eſt enim eadem hic ratio quæ facit hoc nullum, quæ & nullum facit legatum rei, quæ propria eſt legatarii. Itaque ſicut vbi res hæc viuo teſtatore alienata eſt, non conualeſcit legatum: ita nec alienatione ſerui viuo teſtatore facta, legatum vires ſumit: quoniam cum in ſerui perſona nihil conſiſtere poſſit, ſed per ſeruum adquiratur domino, perinde eſt ac ſi ipſe ſeruus domino ſuo legatus fuiſſet. Quod ſi vero ſtatim deceſſerit teſtator, legatum recta defertur per ſeruum domino: qui cum heres inſtitutus ſit nec heredi ipſi legari poſſit à ſe, *leg. & quidem* 18. *lex legatum* 116. §. 1. *de legat.* 1. fieri non poteſt vt legatum valeat, cum ratio iuris eundem & legatarium & heredem eſſe non ferat, nec ipſo tempore mortis teſtatoris fingi poſſit, quod heres ſcriptus repudiarit hereditatem. Conditionaliter autem ſi legetur ſeruo, vtique legatum valet, quoniam ad legata conditionalia non pertinet regula Catoniana, nec ad ea, quorum dies tempore mortis non cedit *leg.* 3. *&* 4. *de reg. Caton.* cum propter incertum euentum conditionis fieri poſſit, vt ea legata omnino non debeantur. Plane ſi conditionis exiſtentis tempore ſeruus adhuc ſit in poteſtate heredis, procul dubio legatum annullatur. Idque eſt quod ait Iuſtinianus in *verſ. ſub conditione*, ſpectari, an quo tempore dies legati cedit, ſeruus adhuc ſit in poteſtate. In conditionalibus autem obligationibus ante exiſtentem conditionem, cum nihil debeatur, nec ante etiam ceſſit dies.

Itaque hic tempus quo cedit dies, eſt ipſum tempus quo exiſtit cõditio, vbi tamen ſcrupulum mouet, quod ſi, an legatum hic valeat, ſpectamus tempus quo cedit dies legati, videtur etiam valere legatum purum: quoniam legati dies cedit à morte teſtatoris, ante quam poterit ſeruus alienari vel manumitti à domino herede ſcripto. Reſpondeo quo ad tranſmiſſionis ius & alia quædã ſpectari tempus mortis teſtatoris: quin & ſpectari quo ad æſtimandam validitatem legati: ſed ita, vt quo ad hoc, poteſtate & autoritate regulæ Catonianæ tempus vtrumq; coniungatur, & teſtator ipſo puncto facti teſtamenti deceſſiſſe fingatur: quod docet *l. Cat* 3 *de reg. Cat.* vbi ICtus ait, Catonianam regulam ad ea tantum pertinere, quorum dies cedit tempore mortis. Atque hæc de primo caſu. Alter proponitur in *verſ. ſiue* §. *ex diuerſo*, vbi ſeruo herede inſtituto, legatum eſt domino: quod etiam pure vtiliter fieri ſcribit Iuſtin. quippe quod etiamſi ſtatim deceſſiſſet teſtator, tamen dies legati non ceſſiſſet apud heredem. Nimirum hereditas non adita non tranſmittitur: nec adeo hereditatis relictæ dies poteſt dici cedere à morte teſtatoris: nec dominus recta per ſeruum inſtitutum ſit heres, ſed ita demum, ſi iuſſu eius adierit: & ſupra monuimus, quod

quod dicitur, tempus aditæ hæreditaris coniungi cum tempore mortis, ſecundum quid, non ſimpliciter, nec quo ad omnia eſſe verũ. Itaque ſi ſeruus interim adlienetur aut manumittatur, & ita vel nouus dominus, vel ipſe hęres fiat, manet integra petitio legati, domino. Itemque reſponſum eſt in filio, quod eo hęrede inſtituto, pure quoque patri legari poſſet, *l. à filio 25. d. legat. 1. & l. quæſitum 91. in pr. D. eod. fac. l. Iulianus. 86. verſ. cum vero. de cond. & dem.* Itemque quod ſerui quoque perſona, propter ſpem libertatis, inſpicienda eſt. vt diſputatur *in l. debitor 82. §. 2 de legat. 2.* Et hoc procedit, ſi eo tempore quo aditur hæreditas, diuerſæ ſint perſonæ hæredis & legatarii, ſeruo vid. aut alienato aut manumiſſo: ceteroquin ſi maneat ſeruus in poteſtate eiuſdem, & iuſſu eius adeat hæreditatem, iam ex rationibus quas diximus ad §. præced. cum idem hæres & legatarius eſſe non poſſit, legatum euaneſcit, vt in f. huius text. ſcribit Iuſtinianus.

Et hæ rationes vtriuſque caſus ſunt in textu. Dd. alias conquirunt, vt *Angel.* hic poſt alios, quod priori caſu legatum pendeat à voluntate domini, ſiue velit adire hæreditatem ſiue repudiare: ſed non poſteriori, cum ſeruus poſſit mori aut non adire: & inſuper manumiſſio vel alienatio non eſt directa ad adquiſitionem hæreditatis per ſe aut omiſſionem.

TEXTVS.

Ante hæredis inſtitutionem inutiliter ante legabatur: ſcilicet quia teſtamenta vim ex inſtitutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius teſtamenti, hæredis inſtitutio. Pari ratione nec libertas ante inſtitutionem hæredis dari poterat. Sed quia inciuile eſſe putauimus, ſcripturæ ordinem ſequi quidem, (quod & ipſi antiquitati vituperandum fuerat viſum) ſperni autem teſtatoris voluntatem: per noſtram conſtitutionem & hoc vitium emendauimus, vt liceat & ante hæredis inſtitutionem, & inter medias hæredis inſtitutiones relinquere legatum, & multo magis libertatem, cuius vſus fauorabilior eſt.

COMMENTARIVS.

SVb fin. huius tit. triplex iuris veteris mutatio proponitur. prima h. §. vt liceat & ante & inter medias hæredum inſtitutiones, legata dare: *l. ambiguitates 24. C. de teſtam.* quæ tamen (cum tantum hoc obiter attingat) non videtur eſſe conſtitutio cuius hic meminit. Olim inſtitutionem tamquam caput & fundamentum teſtamenti præcedere neceſſum erat, *Vlp. tit. 24 de legat. §. ante 14. Paul. 3. ſent. 6. de legat. §. 1.* & cum omnia ab hærede relinquerentur, prius hæres ipſe ſcribendus erat: ita vt ante ſcripta tamquam extra teſtamentũ ſcripta haberentur, vt ait Theoph. hic. Hoc merito diſplicuit Iuſtiniano, vt potior eſſet ordo ſcripturæ voluntate teſtatoris: Nec magni momenti ratio veterum eſt, ex eo quod inſtitutio eſſet fundamentum, tum quia ita nec fideicommiſſa potuiſſent valere, contra quam olim obtinuiſſe ſcribit *Vlp. tit. 25. de fideicommiſſ. §. 6.* tum quod omnia teſtamento ſcripta conſiderantur tanquam vnum totum: & vtcunq; ſint legata ſcripta poſt inſtitutionem, hæc nihilominus fundamentum & caput teſtamenti manet, cum etiam ſit vnus continuus teſtandi actus. Addit Iuſtin. aliam rationem ex ipſo iure veteri, quod ipſum in pleriſque potiorem voluntatis quam ordinis ſcripturæ rationem ducebat: cuius rei ſunt exempla *in l. cum pater 77. §. fidei 12 de legat. 2. l. nec enim C. de ſolution l. ſi mihi 12. in fin. de legat. 1. l ſi idem 14. in pr. de legat. 2.* tanto iniquius erat, etiam libertatis dationem ob hoc vitiari, vt hic refert Iuſtin. & ſcribit *Vlp. tit. 1. §. poſt mortem 15.* vbi

Digitized by Google

tamen addit, exceptum fuiſſe teſtamentum militis. Ait Iuſtinianus:

Vt liceat,] Ergo permittitur hoc libertati teſtatoris. Et adeo licet mirari an ridere ſapientiam an fatuitatem Notariorum, qui hoc perpetuo obſeruant tamquam neceſſarium, vt præcedant legata, vltimo loco ſequatur heredis inſtitutio: adeo vt quidam, referente Mynſing. hic, publicis de arte Notariatus, ſcriptis hoc obſeruandum moneant: cum tamen ipſi Notarii in inſtrumentis, inſtitutioni hæredis hoc elogium præmittere ſoleant, Weil die Benennung vnd Einſatzung eines Erben/ deß Teſtaments weſentlich Stück vnd Fundament iſt. &c. quæ ratio faciebat, vt inſtitutio eſſet præmittenda. Sed inepti homines non intelligunt rationem Iuris.

Et inter medias] Hoc etiam olim licuiſſe ſcribit *Paulus de legat. 3. ſent. 6. §. 1.* Sed Iuſtin. hoc addidit, vt etiam liceret ante inſtitutionem hæredis: quod olim non licuiſſe ibidem Paulus tradit.

TEXTVS.

Poſt mortem quoque hæredis aut legatarii ſimili modo inutiliter legabatur: veluti ſi quis ita dicat: *Cum hæres meus mortuus fuerit, do lego:* Item: *Pridie quam hæres aut legatarius morietur.* Sed ſimili modo hoc correximus, firmitatem huiuſmodi legatis, ad fideicommiſſorum ſimilitudinem præſtantes, ne in hoc caſu deterior cauſa legatorum, quam fideicommiſſorum inueniatur.

COMMENTARIVS.

ALterum hoc eſt quod mutatur, vt etiam poſt mortem hæredis vel legatarii recte relinqueretur: quod per fideicommiſſum olim quoque fieri potuiſſe teſtatur Iuſtin. hic, & ſcribit *Vlp. de fideicommiſſ. tit. 25. §. 6. fac. l. Aliuſſam. 114. § apud 3. de legat. 1. l. ſi ſuerit 5. de legat. 3.*

Adeo iſta mutatio conſequitur ex exæquatione legatorum & fideicommiſſorum, de qua, *in §. ſed non vſque ſup. h. t.* Olim non potuiſſe, docet *Vlp. de legat. tit. 24. §. poſt mortem 15.* ne ab hæredis hærede legari videretur: quomodo fideicommitti poterat *d. l. 5. de legat. 3.* Ratio communis ad alias quoque obligationes, (neque enim poterat obligatio conferri poſt mortem debitoris aut creditoris, *§. poſt mortem 12. infra de inutil. ſtip.*) hæc erat, quod nulla obligatione tenebatur hæres, niſi qua repræſentabat defunctum: nec poterat eum repræſentare, niſi obligatio prius in perſona defuncti initium cepiſſet, & in ipſum ita tranſmiſſa fuiſſet: atquin vbi poſt mortem collata obligatio erat, non poterat incepiſſe in perſona defuncti. Et ita habebat regula iuris veteris ex eodem fundamento: Quod actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere non poſſent, quam ſuſtulit Iuſtinianus *l. vn. C. vt act. ab hæred. &c.* Et quod fideicommiſſum valebat, non ob id obligatio ab hærede in hæredem tranſibat, quæ non ceperat, ſed quod benigne receptum erat, vt etiam hæredis hæres per fideicommiſſum rogari poſſit, *d. l. 5. de legat. 3.* quod in legatis admiſſum non fuit.

Et tamen cum & olim obligatio poſſet conferri in mortem debitoris vel creditoris, *cum moriar dabo,* vel, *cum morieris. dabo. §. Ita autem 14. infra de inutilib. ſtipul.* & ita quoque legari poſſet; *Hæres cum morietur, dato. Vlp. tit. de legat.* §. 15. videtur illud in mera quadam ſubtilitate iuris ſubſtitiſſe, quod poſt mortem non incipere poſſet obligatio: quod adeo non immerito mutauit in vniuerſum Iuſtin. eſt enim omnino ſcrupuloſæ ſubtilitatis, quod punctum mortis vitæ adhuc dicitur deputari: adeoque adhuc fundari & radicari in morientis perſona obligatio: de

qua

quo agitur pluribus *in fin. d.§.poſt mortem de inutil.ſtipul.*

Item, pridie quam morietur] Rationem reddit Theoph. cur nec hoc legatum valeat: ſicut nec olim quæuis alia obligatio *d. §. poſt mortem*: quoniam incidit in eam ſpeciem & caſum, vbi quid legatum eſt poſt mortem: quia iſtud pridie non niſi poſt mortem determinari poteſt. Et videtur tamen hæc & nuda ſubtilitas iuris fuiſſe, propter illud verbum *pridie*, quoniam *pridie mortis* habet relationem ad mortem quæ relatio demum poſt mortem certa fit: ceteroquin ſi ipſam rei veritatem, & quid in natura verum eſt, conſideremus, poſſit dici obligatio, vno die ante mortem cepiſſe.

TEXTVS.

Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis cauſa relinquitur, quo magis aliquid faciat: veluti ſi quis ita ſcripſerit: *hæres meus, ſi filiam ſuam in matrimonium Titio collocauerit*: vel ex diuerſo: *ſi non collocauerit, dato decem aureos Seio*: aut ſi ita ſcripſerit: *hæres meus ſi ſeruum Stichum alienauerit*: vel ex diuerſo: *Si non alienauerit, Titio decem aureos dato.* Et in tantum hæc regula obſeruabatur: vt conſtitutionibus quam plurimis principalibus ſignificaretur, nec principem agnoſcere, quod ei pœnæ nomine ſit legatum. Nec ex militis quidem teſtamento talia legata valebant, quamuis in ordinandis teſtamentis aliæ militum voluntates valde obſeruabantur. Quin etiam nec libertates pœnæ nomine poſſe dari placebat. Eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adiici poſſe, Sabinus exiſtimabat: veluti ſi quis ita dicat. *Titius hæres eſto: & ſi Titius ſuam filiam in matrimonium Seio collocauerit, Seius quoque hæres eſto.* Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, vtrum legati datione, an adiectione cohæredis. Sed huiuſmodi ſcrupuloſitas nobis non placuit: & generaliter, ea quæ relinquatur, licet fuerint pœnæ nomine relicta, vel adempta, vel translata in alium, nihil diſtare conſtituimus à legatis ceteris; vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impoſſibilia ſunt, vel legibus interdicta, aut alias probroſa: huiuſmodi enim teſtamentorum diſpoſitiones valere ſecta meorum temporum non patitur.

COMMENTARIVS.

TErtia hæc eſt noui iuris conſtitutio, vt etiam pœnæ cauſa legata dare, adimere liceat, vel etiam transferre: quod olim fuiſſe illicitum ante Iuſtinianum, docet *Vlpian. tit. 24. §. pœnæ 16.* Et ita aperte h. §. Iuſtin. vt nulla ſuſtineri ratione poſſit, quod hic plerique Interpp. putant, etiam iure Dig. legata pœnæ cauſa valida fuiſſe, & antiquius ius hic à Iuſtiniano intelligi, quamuis vt ita exiſtimarent, aliqui textus iuris noſtri ipſis præbuerint cauſam: veluti *l. 1. in fin. de priuileg.* ibi, *hæredis indeuotione coercenda.* & præcipue *l. 1. de his quæ pœn. nomin.* Nam cum Imp. & *in l. vn. C. eod. & in hoc §. in fin.* excipiat impoſſibilia & turpia.

idem *in d.l.Dig.* expreſſum eſt, non valere. Si in pœnam illiciti vel probroſi datum eſt, vt alias honeſte data valere videantur: cum & hæc ſuadeant verba in f. adiecta, *talem pœnam.* Sed animaduertit cum aliis *Cuiacius ad d.l.1. tract. ad Afric.5.* illa verba ex conſtitutione Iuſtiniani à compilatoribus adiecta fuiſſe: Nec dubium eſt, quin verba quoque finalia *d.l.1. de penu legata,* ſint à Triboniano: nullus enim ICtus ita vnquam locutus eſt.

Et tamen *in d.l.1.* non agitur de legato pœnæ cauſa. & errat perſpicue Faber hic, dum putat *in l.cum ſine, Quando dies legat.ced.l.1.§.ſi ita ad l.Falcid.* tractari de legato pœnæ cauſa: & tale eſſe legatum, *Hæres pœnam dato.* Sicut enim contrahentes, poſſunt ſubiicere pœnalem ſtipulationem: ita & poteſt teſtator ſub comminatione grauioris præſtationis, iubere hæredem aliquid dare. Sed alio plane ſenſu hoc §. noſtro dicitur aliquid legari pœnæ cauſa, vt exempla iſtius §. ſatis perſpicue oſtendunt.

Cur autem huiuſmodi legata olim non valuerint, hæ rationes reddi ſolent. 1. quia per iſta conſtringebatur facultas & libertas faciendi, quod quiſque iure ſuo facere alias poteſt & poſſe debet. 2. quia hic erat abuſus legatorum, quæ non coercendi & terrendi hæredis, ſed beneficentiæ cauſa relinqui ſolent & debent. 3. quia hoc modo legatum confertur in arbitrium hæredis, quod improbant iura: quæ poſteriores rationes ceſſant apud Theoph. hic coniunctim circa medium §. & ſub pr. primam quoque innuit, dum ait teſtatores ita legando modum præſcripſiſſe hæredib. κατ᾽ ὃ δεῖ αὐτοὺς πολιτεύεσθαι.

Iuſtiniano autem placuit hic quoque voluntatem defuncti ſeruandam eſſe & legatum valere: excepto, vt in f.§. eſt, ſi quid impoſſibile, legibus interdictum aut alias probroſum pœnæ cauſa adiectum fuerit: cuiuſmodi diſpoſitiones valere prohibet, hic & *in d. l.vn. l.de his quæ pœn.nom.* Sed obiicitur, quod conditio impoſſibilis, vel turpis adiecta hæredis inſtitutioni aut legato, non facit, vt legatum ſit nullum, ſed ipſa impoſſibilis vel turpis adiectio detrahitur, & legatum valet *§. impoſſibilis 10 ſup. de hæred.inſt.* Non vna ad hanc obiectionem eſt reſponſio. Et prima, hoc velle Iuſtin. & hoc loco, quod ipſum hoc quod adiecit teſtator & ſcil. probroſum, non debeat valere, vt tamen legatum præſtetur: arg. eius quod adiicit, ſectam temporum ſuorum non pati, vt quid tale obſeruetur, ſed vitioſa eſt hæc reſponſio. 1. quoniam tantum pertinet ad caſum, quo aliquid eſt adiectum turpe vel LL. interdictum: non ad eum quo adiectum eſt quid impoſſibile: in quo nihil committi poteſt, contra ſectam temporum. Et ſolent quidem turpia quoque impoſſibilia iure dici à Dd. ſed nō puto ita in iure dici, & Iuſtin. vtroque textu probroſa & impoſſibilia diſtinguit. 2. quia non futura ita eſſet exceptio iſta de regula, quia Iuſtin. in genere ſancit, vt hæc quæ pœnæ cauſa relicta ſunt, iure ſint valida. 3. quia ſi verbi cauſa legaſſe hoc modo teſtatorem fingamus: *Hæres meus niſi vxorem amitam ſuam duxerit, centum Seio dato,* non ſit rationis, vt qui huic voluntati non paret, centum dare teneatur.

Altera reſponſio eſt, quod hic ob duplex vitium, & quod legatum pœnæ cauſa datum eſt, & quod aliquid turpe adiectum eſt, legatum irritum cenſeatur. Verum *pœnæ cauſa legare,* poſt ius nouum inter vitia amplius non eſt: & cum etiam veteri iure, turpia vel impoſſibilia detrahantur, non poſſent ita eſſe ſatis ad vitiandum legatum, niſi concurreret quid aliud. Itaque nec illa prior, quæ etiam apud Accurſ. extat, neque poſterior reſponſio, quam Weſenb. hic probat, nodum diſſoluit. Tertiam reſponſionem addit Accurſ. quod interſit, an aliquid impoſſibile adiiciatur ipſi honorato, velut legatario, & tunc detrahi: an adiiciatur grauato, velut hæredi, & non detrahi, ſed ipſum relictum vitiari. Idque ipſum eſt quod Viglius, ſed nomine Accurſii diſſimulato, *in §. impoſſibilis ſup. de hær. inſtitum. 3.* ſcribit, alium habere ſenſum quod vtrobique ſcribitur à Iuſtiniano: & aliud ſcil eſſe, ſimpliciter legare centum, ſi digito cœ-

lum

Digitized by Google

lum tetigeris, aliud verò, legare centum in pœnam hæredis, ſi nimirum ipſe cœlum non tetigerit. Cum enim impoſſibilis hæredi ea conditio ſit, pœnam non meretur, & ſit igitur hic legatum inutile, non quia eſt adiecta impoſſibilis aliqua conditio, ſed quoniam teſtator punire voluit eum, qui non fecit, id quod facere non potuit. Et hoc ipſum eleganter explicat Ioh. Faber hic, quod pœna non poſſit committi, niſi vbi eſt culpa aut mora, nulla autem poſſit argui culpa vel mora hæredis qui non fecit, quod vel natura vel iure impoſſibile eſt aut habetur. Itaq; rectè etiam addit, inſubtiliter diſtingui an impoſſibile ſit adiectum perſonæ honorati an grauati, quoniam pœna ſui perſona non niſi in perſona grauati apponi poſſit.

AD TITVLVM XXI.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE ADEMPTIONE LEGATOrum & translatione.

TEXTVS.

Ademptio legatorum, ſiue eodem teſtamento adimantur, ſiue codicillis, firma eſt: ſiue ademptio fiat contrariis verbis: veluti ſi quis ita legauerit: *Do lego*, ita adimatur: *Non do, non lego*: ſiue non contrariis, ſed aliis quibuſcunque verbis. Transferri quoque legatum ab alio ad alium poteſt: veluti ſi quis ita dixerit: *Hominem Stichum quem Titio legaui, Seio do lego*: ſiue in eodem teſtamento, ſiue codicillis hoc fecerit: quo caſu ſimul & Titio adimi videtur, & Seio dari.

COMMENTARIVS.

DVæ ſunt partes huius tit. De ademptione legatorum ſimplici: & de translatione, cum ita adimitur legatum, vt in alium transferatur. Ademptio fit & inducitur vel ipſo iure, vel ope exceptionis. Ipſo iure tum verbis tum factis, verbis iuxta pr. huius tit. ſiue ſint directo contraria, ſiue qualiacunque, apta ad declarandam voluntatem teſtatoris, ita vt pœnituiſſe eum prioris voluntatis colligatur, vt docet *l. Diui. 13. de adim. leg.* Eſtque hæc facultas liberrima, quoniam & legatum dare eiuſdem eſt arbitrii. Factis ademptum cenſetur legatum, veluti ſi inducat legatum *l. mihi l. 16 h. t.* ſi rem vltro & libere ſine aliqua neceſſitate alienet, de quo *in § ſi rem 12. ſup. tit.* 1. ſi cum nomen legaſſet, ipſe pecuniam exigat, de quo *in §. tam autem 21. ſup. h. t.* Per exceptionem dico adimi legatum, cum aliquid interuenerit, ex quo colligitur mutata volûntas defuncti, veluti inimicitiæ inter teſtatorem & legatarium: hic enim licet nec verbis ademerit teſtator legatum, nec rem alienauerit, petenti legatario obſtat exceptio doli *l. 4. §. vlt. de adim. leg. l. 4. §. præterea 10. de doli mal. except. l. milites 36 § veteranus 3 de milit. teſtam.* Et ſane probabilis ſit opinio Dd. quam refert *Angel. hic* quod ope exceptionis etiam repelli poſſit legatarius, ſi teſtamēto imperfecto ſit facta ademptio. Sicut autem libera voluntate ademit legatum teſtator, ita eadem libertate in alium transfert, vt *in §. 1.* & ſecunda parte huius tit. docetur. hic Iuſtin.

Siue eodem teſtamento] Teſtamentum hic rectè opponitur codicillis, non alii condito teſtamento: ſicut & *in l. ſi quis 16. de vulg. ſubſt.* quoniam iam nemo decedere poſſit cum teſtamentis duobus, vltro apparet, quod alio facto teſtamento, citra vllam aliam ademptionem legata ex priori teſtamento, vtpote irrito facto, non debeantur. Ergo quod in vna parte teſtamenti reliquit, in alia adimere poteſt, imo mox ſubiectis verbis reuocat, v. g. veluti *Stichum Sempronio lego, imo non lego.* Et quod traditur, in legatis nouiſſimam ſcripturam ſpectari *l. quod 87. cū ſeqq. de cond. & d. m.*

etiam ad hanc materiam pertinet. *l. Diui 13. h. t. l. ſi quis 16. de vulg. ſubſt.* ambulatoria enim eſt hominis voluntas *l. 4 h. t.*

Et fruſtra obiicitur : quod vbi eſt repugnantia verborum, neutrum valeat. Recte enim reſpondet Faber, id procedere, vbi eſt perplexitas & incompatibilitas: Secus vbi ex verbis contrariis intelligitur reuocatio prioris voluntatis.

Siue in codicillis] Teſtamento confirmatis facit *d. l. 16.* cum enim enim olim codicillis legata dari non poſſent ab inteſtato, nec quæſtio eſſe poteſt de legatis per huiuſmodi codicillos adimendis. Quod hodie poſt exæquationē legatorū & fideicōmiſſorū ſecus erit. Sed & olim hic differentia erat legatorum & hæreditatis, quæ codicillis adimi non poterat. *§ pen. infr. de codicill.*

Si quis ita dixerit] Verba enim ſatis oſtendunt priori teſtatorem legatum ademptum voluiſſe, quoniam vt Dd. loquuntur, dat legatum ſecundo ſub commemoratione primi, non autem Titium & Seium in eandem rem coniungere in quam rem aliæ ſunt proditæ verborum formulæ, iuxta §. *ſi eadem ſup. tit. 1.* ex quibus colligitur coniunctio: niſi euidentiſſime appareat teſtatorem adimere voluiſſe: quo pertinet *l. ſi pluribus. 33. de legat. 1.* non autem ad hoc loco propoſitam transferendi formulam. Et pertinet huc quod tractatur *in l. non ad ea 89. de cond. & dem.* vbi ſi teſtator eandem rem pure & incontinenti ſub conditione leget : diſtinguitur an id factum ſit ſub commemoratione primi, an non: vt illo caſu cenſeatur mutata voluntas, & poſterius tantum legatum valere : hoc autem vtcumque ſubſiſtat, & electio ſit legatarii, vtrum perſequi velit. Vbi tamen obiicitur *l. Iulianus 15. in pr. de hæred. inſtit.* vbi ex his verbis*: Ex qua parte Seium inſtitui, ex eadem parte Sempronius hæres eſto,* colligitur coniunctio & non ademptio. Fab. hic reſpondet, id procedere in commemoratione in continenti facta, vt non præſumatur tum ademptio, ſed in commemoratione ex interuallo facta, ſecus eſſe: veluti, ſi cum quis inſtituiſſet Seium in prima parte teſtamenti, in ſecunda parte ita ſcribat, vt eſt *in d. l. 17.* Quod tamen diuinatorium videtur. Et rectius, vt vel diſtinguamus, inter legata & inſtitutiones, quarum ademptionem non ita facile præſumimus, vel rationem differentiæ petamus, ex verbo *d. l. 17.* EADEM, quod inducit coniunctionem.

AD TITVLVM XXII.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE LEGE FALCIDIA.

TEXTVS.

Supereſt, vt de Lege Falcidia diſpiciamus, qua modus nouiſſime legatis eſt impoſitus. Cum enim olim lege XII. tabularum libera erat poteſtas legandi, vt liceret vel totum patrimonium legatis erogare : quippe cum ea L. ita cautum eſſet: *vt quiſque legaſſet ſuæ rei, ita ius eſto* : viſum eſt licētiam hanc legandi coarctare: idque ipſorum teſtatorum gratia prouiſum eſt, ob id quod plerumq; inteſtati moriebantur ſcriptis hæredibus recuſantibus, pro nullo aut minimo lucro hęreditatem adire. Et cum tam Furia Lex ſuper hoc, quam Lex Voconia latæ ſunt, quarum ad conſummationem rei nulla videbatur ſufficiens : nouiſſimè lata eſt L. Falc. qua cauetur, vt ne plus legare liceat quam dodrantem bonorum : id eſt, vt ſiue vnus hæres inſtitutus ſit, ſiue plures, apud eum eoſue pars quarta remaneat.

COM-

Digitized by Google

Commentarivs.

1 *De Lege Furia.*
2 *De Lege Voconia.*
3 *Lex Falcidia.*
4 *An ea in teſtatorum gratiam inducta.*
5 *An in legatis tantum habeat locum.*

NOtandus eſt progreſſus iuris. Initio L. XII. tabb. liberrimam dedit facultatem legandi: quo tamen verbo ea L. dubio procul etiam inſtitutionem comprehendit. Inde autem cū hæredes, nimis multis relictis legatis, exiguum, aut nullū habituri lucrum, repudiarent hæreditates, vt hoc loco ſcribit Iuſtin. conſeruandarum vltimarum voluntatum cauſa: neceſſarium viſum fuit, vt ea legandi libertas coarctaretur. *h. textu.* Hoc egerunt Leges Furia & Voconia: ſed quæ vt ait Iuſtin. inſufficientes fuerunt ad rei cōſum-
1 mationem An forte ea L. † Furia cuius meminit Cicero pro Cornel. Balb. non multo poſt pr. Tulit apud maiores noſtros, inquit, Legem C. Furius de teſtamentis. Quid enim ea cautum ſit, non exprimit: nec aliunde quam ex *Vlpiano tit.* 1. & *Theophilo* hoc diſcere licet: qui teſtantur cautum fuiſſe ea Lege, vt ne cui vltra mille aureos legare liceret, & qui plus legati nomine accepiſſet, quadruplum redderet, ſed nimirum numero legatariorum eludebatur hæc lex, ſi quinque millia aureorum habens, quinque legatariis, ſingulis mille aureos, aut decem legatariis, ſingulis 500. legaſſet. Tum hæc etiam fuit iniquitas, quod non licebat alicui optime de ſe merito vltra 1000. aureos legare.

2 Lata inde fuit Lex Voconia † cuius paulo ante citato loco meminit Cicero, latam fuiſſe de mulierum hæreditatibus: de quo capite v. quæ bene ſcripſit *Ant. Aug. de LL. popul. Romani.*

Alterum autem caput eiuſdem Legis (errat enim Mynſing. qui prout fuiſſe diuerſas LL.) fuiſſe probabile eſt, quod ad coercendam liberam facultatem legandi pertinuit: cuius rei teſtis eſt *Cicer. lib.* 1. *in Verr.* qui eſt *de pretura vrbana*: vbi cum mentionem feciſſet primi capitis, quod vetābat mulierem hæredem relinquere: mox ſubiicit, quod ad alterum caput pertinet: *Quod ſi plus legarit, quam ad heredem hæredeſue perueniat, &c.* Hoc enim eo capite cauebatur, quod Theoph. ſcribit, ne plus haberet legatarius quam hæres. Quam itidem Legem potuiſſe eludi refert: ſi quis centum in bonis habens 99. legatariis ſingulis vnum reliquiſſet. Tandem itaque ſuperuenit Lex † Falcidia, quæ diſpoſuit, ne 3
plus dodrante bonorum liceret legatis diſtribuere, vt minimum quarta pars apud hæredem maneret. Lata fuit ſub Auguſto anno V. C. 712. rogante populum Tribuno plebis (tum enim adhuc ſuffragia populus habebat) & ſunt de ea hæc Dionis verba, lib. 48. hiſtor. καὶ ὁ νόμος ὁ Φαλκίδιος ὀνομασμένος (πλείστην καὶ νῦν ἰσχὺν ἐς τὰς τῶν κλήρων διαδοχάς, ὥστε τινὰ τὸ τέταρτον τῆς καταλειφθείσης οἱ οὐσίας, αὖ γε παραβαλόντας, λαβόντας, τὸ λοιπὸν ἀφεῖναι, ἔχων) ὑπὸ τοῦ Πουπλίου Φαλκιδίου δημαρχοῦντος ἐτέθη. Ait Iuſtin.

Leges iſtas, Furiam, Voconiam & inprimis Falcidiam, ipſorum teſtatorum gratia eſſe introductas. Sed † non pauca huic aſſer- 4
tioni aduerſantur. Et 1. quod in militis teſtamento, quod vel præcipue fauorabile eſt, L. Falcidia non habet locum *l. in teſtamentis* 7. *C. h. t. l. in teſtamento* 12. *C. de milit. teſt. l. ſi certarum* 17. §. *vlt. D. eod.* Deinde quia L. Falcidia locum habuit olim inuito teſtatore, qui eam nec prohibere potuit *l. quod bonis* 15. §. 1. & *vlt. h. t.* (vbi plane vitioſe Gothof. adſcripſit ad verbum *auferri* variantem lectionem, *augeri*: quo modo in nullo exemplari legitur: & plus quam falſum eſt, Falcidiam à teſtatore augeri non poſſe) & adeo inducitur etiam contra voluntatem teſtatoris *l. Titia* 86. *in fin. h. t.* quo pertinet, quod hoc text. dicitur, per iſtas Leges, legandi & ita liberam diſponendi facultatem, quæ ante omnibus data erat, coarctatam fuiſſe. Accedit quod vtique negari non poteſt, hæredem qui ſolidum præſtat, ſatisfacere voluntati defuncti: qui etiam commendatur hoc nomine ſi hoc faciat, omiſſo L. Falcidiæ beneficio *l.* 1. & *vlt. C. h. t. l. ſi Sponſus* 5. §. *ſi quis* 15. *de donat. int. vir. & vx.*

Quibus

Digitized by Google

Quibus conſequens videtur, Legem Falcidiam non teſtatoris, ſed hæredis gratia eſſe introductam, & eius gratia latam: quod & nominatim ita ſcriptum eſt *in l. poteſt. 71 h.t.* Reſpondendum eſt, quod L. Falcidia non ſpectauerit hunc vel illum teſtatorem, ſed in vniuerſum & quaſi in abſtracto omnes, qui ſane intelliguntur potius malle, vt pars detrahatur de legatis, quam vt tota voluntas eorũ pereat: quod alias futurum hoc loco ait Iuſtin. hæredibus repudiantibus hæreditatem: cum & hæc coniectura ſumi poſſit, ideo teſtatorem plura legaſſe, quod amplius fortaſſe de bonis ſuis ſperaret *arg. § 3. ſup. quib. m. anum. non lic.* id alias non facturus. Neque vero alias publice quidquam intereſt, an aliquis decedat teſtatus aut inteſtatus: neque videri poteſt aliud fuiſſe, quod moueret Legislatores illos, quã vt validæ eſſent vltimæ morientium voluntates, cum fauor earum iure noſtro vtique ſit non exiguus. Neque adeo vllo modo pugnant, hæredis gratia, & ſimul fauore teſtantis introductam L. Falcidiam. Quod enim militis teſtamentum attinet, quandoquidem militis ſola voluntas attenditur, & hoc ipſum militum fauori datum eſt, idcirco non potuit Lex Falcidia ad diſpoſitiones illorum porrigi: & miles ſibi imputet, qui fauori ſibi conceſſo abutitur, & ita facit, vt teſtamentum ipſius deſtituatur. Neque vero admitti poteſt, quod Portius hic tentat, quia ceſſare voluerunt iura Falcidiam in teſtamento militis, hoc ipſo ſimul conſtituiſſe aut voluiſſe, vt hæres inſtitutus à milite cogeretur autoritate magiſtratus adire hæreditatem: quod nuſquam dictum nec ſcriptum eſt, male adeo probatum à Mynſ. qui adhuc magis errat, dum poſt Coraſium exſtimat, etiamſi hæres repudiet hæreditatem militis, tamen proximos ab inteſtato ad præſtationem legatorum obſtringi: quod principiis iuris repugnat: & illi eadem ratione eſſent repudiaturi hæreditatem. Plane vbi legatis exhauſta hæreditate, eam adiit hæres, ceſſante licet Falcidia, vltra vires bonorum non tenetur legatariis: de quibus procul dubio accipienda eſt *l. in teſtamento 12. in fin. C. de teſtament. milit.* minime vero de hæreditariis creditoribus. Ait Iuſtin.

Ne plus legare liceat,] Lex † Falcid. equidem locuta eſt de legatis: Sed ad alia per quæ Legi Falcidiæ poſſit fraus fieri, ex identitate rationis producta. Et initio habet locum etiam in fideicommiſſis particularibus, vt & de iis quartam detrahat grauatus hæres. Et video omnibus pene hic & aliis locis placere, Pegaſiano id SenatusConſult. factum, vt in fideicommiſſis locum haberet Falcidia, per §. *ſed quia 5. verſ. ex ſingulis. infra de fideicommiſſ. hæred.* 5

Quæ ſententia ex hoc mihi abſurda videtur: quod cum iam ſub Auguſto præſtandi neceſſitatem haberent fideicommiſſa, §. 1. *infra d. tt. & in pr. infra de codicill.* & Senatuſconſultum Pegaſianum factum fuerit ſub Veſpaſiano, & minimum centum annis poſt L. Falcidiam (hæc enim vt ex Dione, lib. 48. colligitur, lata fuit Anno Vrb. cond. D.CC.XIV. vel vt vult Ant. Aug. D. CC. XII. Trebellianum autem Senatuſconſultum quod Pegaſiano prius fuit, Anno V.C. D.CCC.XV. vt idem A. Aug. autor eſt) ita nullo negotio bonis exhauſtis per fideicommiſſa particularia fraus legi facta fuiſſet; & ita in vitium priorum LL. Falcidia quoque Lex incidiſſet, nimirum, imperfectionis: neque vlla ratio dari poterit, quæ potiorem faciat conditionem fideicommiſſorum. Et vt maxime tantum legatorum fecerit mentionem Falcidius, (de quo tamen dubitari poſſit, ſed imo ille vetuit, ne minus quarta parte bonorum hæres haberet, quæ æque per fideicommiſſa ac per legata minui poteſt) tamen vulgatum illud notum eſt, vbi eadem eſt ratio, ibi idem ius eſſe debere; quod argumentum procedit, etiam ſi antequam fideicommiſſa autoritate Auguſti confirmata, ſancitam ponas Legem Falcidiam. Et hinc ſimpliciter in hac materia legata & fideicommiſſa coniunguntur *l. 2. & 3. C. h. t.* & paſſim. Quæ a. ſit ſententia *d. §. 5. de fideicom. hæred.* ibi dicemus, ſed poſſit hic quis occurrere

occurrere, etiam per donationes mortis cauſa fraudem potuiſſe fieri legi Falcidiæ, quæ tamen ad eas demum conſtitutione & reſcripto Seueri & Antonini producta fuerit. *l. ſi mortis 5. C. h. t.* Reſpondeo: donationis mortis cauſa ante iſtos Impp. hactenus eandem fuiſſe conſtitutionem, quæ donationis inter viuos: & quæ ex bonis teſtatoris ipſo viuo exibant, eorum in computatione Falcidiæ non habitam fuiſſe rationem. Et ſolebat, quod mortis cauſa donabatur, vt plurimum ab ipſo donatore transferri: ſed quoniam tamen reuera & perfecte demum morte confirmabatur, cum ante licita eſſet reuocatio placuit Seuero & Antonino, iſtud quoque quod ita donatum eſſet computari in bonis hactenus, vt quarta detrahi ex eo poſſet: quæ ratio non fuit in fideicōmiſſis, quæ omnimodo demum poſt mortem ab ipſo hærede præſtantur. Et exemplo donationum mortis cauſa, porro admiſſa fuit Falcidia in donatione coniugum, quæ morte confirmatur. *l. in donat. 12. C. h. t.* Sed & ab inteſtato, poſtquam vt diximus etiam in fideicommiſſis locum habet. *l. 18. D h. t.*

Ita autem olim obtinuit, vt inuito quoque teſtatore hæres deducere poſſet quartam. Sed diſplicuit hoc *Iuſtin. N. 1.* vbi inhibet Falcidiam, ſi teſtator eam nominatim prohibuerit.

TEXTVS.

2. Et cum quæſitum eſſet, duobus hæredibus inſtitutis, veluti Titio & Sejo, ſi Titij pars aut tota exhauſta ſit legatis, quæ nominatim ab eo data ſunt, aut ſupra modum onerata: à Sejo vero aut nulla relicta ſint legata, aut quæ partem eius duntaxat in partem minuant dimidiam: an quia is quartam partē totius hæreditatis, aut amplius habet, nihil Titio ex legatis, quæ ab eo relicta ſunt, liceat retinere, vt quartam partem ſuæ partis ſaluam habeat: placuit poſſe retinere: etenim ratio legis Falcidiæ in hæredibus ſingulis ponenda eſt.

COMMENTARIVS.

AVt teſtator ſimpliciter relinquit legata, vel ſimpliciter ab hæredibus: aut ab hæredibus vel vno, vel pluribus nominatim relinquit legata: veluti cum duobus hæredibus ſcriptis Titio & Gajo, à Gajo nominatim centum relinquit: hæc enim ſolus cogitur præſtare Cajus: cum in priore caſu omnes hæredes legata pro portionibus hæreditariis exſoluere cogantur. vbi itaque hæredes nominatim grauati non ſunt, vna tantum Falcidia ponitur in vniuerſa hæreditate: cæteroquin, vt hic *in fin. §. docet Iuſtin.* in ſingulis hæredibus ponitur Falcidia, vt quiſque partem habeat quartam ſuæ partis *l. in ſingulis 77. h. t.* Ratio dubitandi contra hanc ſententiam occurrit non vna. Et prima quod Falcidius Legiſlator reliquit liberam facultatem legandi vſque ad dodrantem. Atquin hoc admiſſo, vt in ſingulis ponatur L. Falcidia, fit vt amplius quadrante maneat penes hæredes, & v. c. Teſtator Titium in dodrante, Mæuium in quadrante inſtituit, ab hoc nulla legata dedit, illum legatis grauauit: licet Mæuius totum quadrantem & ita quartam partem hæreditatis habeat, tamen Titius amplius duabus vnciis deducet: & ita minime vſque ad dodrantem conſequuntur legatarij. Deinde *in pr. & in f. textu praeced.* ſcribit Iuſtinianus ſufficere quartam, ſiue vnus, ſiue plures ſint inſtituti hæredes. Denique deficit ratio L. Falcidiæ, ne teſtamenta corruant: quoniam cohæredis grauati repudiantis pars, accreſcit alteri cohæredi. Sed nimirum, quod attinet ad Iuſtin. *in textu praeced.* ille omnino limitandus eſt ex h. §. cuius gratia etiam eum ſubiecit Iuſtin. vt tum illud procedat, quando hæredes nominatim & ſcilicet ſub appellatione propriorum nominum non ſunt grauati legatis. Atque ita quoq; ipſe Legiſlator ſenſiſſe credendus eſt: certe ita ipſius mentem acceperunt ICti; & vt diximus, hæredibus quoq; proſpectum voluit Falcidius: cuius benefi-

Ffff cium

Digitized by Google

cium inutile redderetur grauato, ſi ſufficeret, alterum quartam integram habere, quippe cui nihil detrahere poteſt cohæres. Itaq; nec attẽditur, quod eius pars accreſceret cohæredi, quin & cohæres poſſet ex aliis cauſis repudiare: & quiſquis hæredum adire paratus eſt, & aditione confirmare teſtamentum, huic beneficium L. Falcidiæ denegandum non eſt. Quid autem iuris ſit, vbi in his terminis alter cohæredum repudiat, aut alias deficit, & vel onerata portio non oneratis, vel contra hęc illi accedit, latior & intricatior diſputatio eſt, quã vt hic explicari poſſit: rectius feciſſet Mynſ. ſi tacuiſſet, quam nimis parum, imo reipſa, nihil dixiſſet.

T E X T V S.

3. Quantitas autem patrimonij, ad quam Falcidiæ legis ratio redigitur, ſpectatur mortis tempore. Itaq;, verbi gratia, ſi is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habebat, centum aureos legauerit, nihil legatariis prodeſt, ſi ante aditam hæreditatem, per ſeruos hæreditarios, aut ex ancillarum hæreditariarũ partu, aut fœtu pecorum, tantum acceſſerit hæreditati, vt erogatis legatorum nomine centum aureis, partem quartam hæres ſit hæreditatis habiturus, ſed neceſſe eſt, vt nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diuerſo ſi legauerit ſeptuagintaquinq;, & ante hęreditatem aditam intantum decreuerint bona (incendiis forte aut naufragiis, aut morte ſeruorum) vt non amplius quam LXXV. aureorum ſubſtantia relinquatur, ſolida legata debentur. Nec ea res damnoſa eſt hæredi: cui liberum eſt non adire hæreditatem: quæ res efficit, vt legatariis neceſſe ſit, ne nihil deſtituto teſtamento cõſequantur, in portione cum hærede paciſci.

Commentarivs.

Ex hæreditariis bonis quartam debet habere hæres, quæ propric intelliguntur eo tempore quo teſtator mortuus eſt: itaq; & in ineunda ratione L. Falcidiæ ſpectatur quantitas bonorum, quæ iſto tempore fuit, *h. text. & l. in quantitate. 73. h. t.* cui & hæc accedit ratio, quod legata mortis tempore cedũt, & tum incipiunt deberi: vt merito [illegible]uoq; ratio, an integra debeantur necne ex hoc ipſo tempore ſit ſumenda: ſiquidem per L. Falcidiam legata ipſo iure minuũtur. Ergo ſi quid decedat poſt mortem, legatariis nõ nocet: ſi quid accedat, ad augendam hæreditatem iis non prodeſt: quod exemplis perſpicue ſatis illuſtrat Inſtin. Excipiendum tamen eſt, ſi quid acceſſit, quod cauſam ex facto & obligatione à defuncto cõtracta habuit: Quid enim ſi debitor, qui ſoluẽdo non erat, aut etiam plane bonis ceſſerat, poſt mortem creditoris factus ſit idoneus? Quid ſi dies aut cõditio obligationis à defuncto contractæ venerit & extiterit? horũ vtiq; in ponenda ratione L. Falcidiæ ratio habetur, & per iſta augetur hæreditas in commodũ legatariorum: ex ratione perſpicua *& text. in l. cum quo. 56. §. 1. h. t.* Ex quo pugnãtes in ſpeciem textus (vt hoc obiter addam) circa hanc rem in terminis peculij, componi probabiliter poſſunt. Si v. c. pater, cum quo ex contractu filij poterat de peculio agi, hæres extiterit creditori, qui cum filio contraxerat, cum de ineunda ratione Falcidiæ quæritur, illud in peculij cõputationem venire, quod in eo fuit mortis tempore reſponſum eſt *in l. eo tempore 50. §. 1. de pecul. & in d. l. cum quo. 56. §. 1. h. t.* Contra autem reſponſum eſt *in l. ſi creditor. 83. h. t.* nimirum in quadrantem imputandam eam peculij quantitatem, quæ aditæ hæreditatis tempore fuit. Diſtinguendum nimirum eſt, an peculium ſit auctum poſt mortem, an diminutum. Illo caſu ſpectatur tẽpus aditæ hæreditatis, ad quem referenda eſt *d. l. 83.* quoniam peculium eſt nomen iuris & vniuerſitas quædam; itaq; eius; quod

quod accedit, habetur eadem ratio, ac ſi poſt mortem debitor ſoluẽdo factus eſſet, aut tum conditio obligationis extitiſſet: quem caſum cum peculij aucti caſu comparat diſerte Marcellus *in d.l.56.h.t.* Hoc autem caſu ſpectatur tempus mortis, vt id noceat hæredi non legatariis: Et ita Marcellus *in d.l.56.cum in pr.* dixiſſet mortis tempus ſpectari, mox tamen *in* § 1. *eiuſdẽ l.* aucto peculio, tẽpus aditæ hæreditatis ſpectari ait: vt neceſſum ſit prius illud in prin. l. ad eum caſum referre, quo peculium diminutum eſt. Ex quo *Cuiac. ad lib. 6. quæſt. Papin. in d.l.50.§.1. de peculio*, generalem regulam exſtruit. Quo ad computationem Falcidiæ, non poſſe ex euentu minorem hæreditatem fieri, quam fuit tempore mortiſ, ſed poſſe ex euentu fieri plenam magis & vberiorem. Et quod iactari vulgo ſolet, eãdem eſſe debere rationẽ damnorum & commodorum, etiam locum hic habet, in iis, quæ nouiter emergunt & accedunt poſt mortem, iuxta *d.l.73. h. tit. iunct. l.30. in prin. eod.* non in iis, quæ cauſam ex facto teſtatoris habuerunt, &, ſi ſubtilius loqui volumus, non demum accedunt poſt mortem, ſed ſunt ad tempus mortis omnino referenda, quo ratione principij & fundamenti iam in bonis fuerunt: quomodo & ſerui, qui poſt mortem teſtatoris ab hoſtibus reuerſi ſunt in computationem Falcidiæ veniunt & augent hæreditatem. *l. ſerui.43.h.tit.* Neque exiſtimandum eſt quidquam hic eſſe correctum, (vt male Bart. relatus hic ab Angelo putat) per *l. vltim. §. & ſi præfatam. 4. C. de iur. delib.* quoniam eo ſaltem iſte §. pertinet, vt hæres non ſentiat damnum de bonis propriis, non autem, vt hoc caſu, ſi quid ex rebus hæreditariis deceſſerit, & citra pactionem cum legatariis adita ſit hæreditas, integram Falcidiam conſequi hæres poſſit.

Cui liberum eſt non adire.] Hæres, qui eſt rogatus de reſtituenda hæreditate, cogitur petente fideicommiſſario vniuerſali hæreditatem adire & reſtituere ex SCto Pegaſiano, de quo *tit. ſup.* ſed nõ cogitur adire vt conſeruentur legata aut etiam fideicommiſſa particularia *h. text. & l. nam quod 14. §. nõ omnis 5. ad SCtum Trebell.* Ratio diuerſitatis eſt, tum quod fauorabilius eſt, vt conſeruetur voluntas teſtatoris, quæ concernit vniuerſitatem bonorum, tum, quod Pegaſiano, ſimul hoc conſtitutum eſt, vt ex Trebelliano fiat reſtitutio, & omnes actiones & omnia iura tranſeant in fideicommiſſarium, vt nullum incommodum ſentiat hæres: atquin actiones hæreditariæ non poſſunt transferri in legatarios & fideicommiſſarios particulares, ideoq; nec receptum fuit, vt alieni commodi cauſa hæres oneribus & laboribus ſe implicare cogeretur: qua ratione vtitur ICtus *in d.l.14.§ 5. ad Trebell.* Itaq; hoc ſolum ſupereſt legatariis, vt cum hærede in portionem paciſcantur: quod ill s facile facturos *in fin. huius* §. ait Iuſtin. vt partẽ conſequantur, qui alias repudiante hærede nihil eſſent habituri. Poſſet aliquis dicere, ita nihil opus fuiſſe Falcidia Lege: quoniam ſemper etiam, ſi illa Lex lata non fuiſſet, legatarij paciſcerentur. Sed nimirum hæres facilius aditurus eſt, ſi iure ſuo, quam ſi ex beneficio legatariorum aliquid habeat: & hoc voluit Legiſlator, vt iure ſuo hæres quartam haberet: cum nec alias ſcopum ſuum & intentionem conſeruandi vltimas voluntates obtinere potuiſſet.

TEXTVS.

Cum autem ratio L. Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item, impenſa funeris, & pretia ſeruorum manumiſſorum: tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, vt ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres vero partes diſtribuantur legatariis, pro rata ſcilicet portione eius, quod cuiq; eorum fuerit legatum. Itaque ſi fingamus quadringentos aureos legatos eſſe, & patrimonij quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum eſſe, legatariis ſingulis quarta pars detrahi debet. Quod ſi tre-

Digitized by Google

trecentos quinquaginta legatos fingamus, octaua debet detrahi. Quod ſi legauerit quingentos, initio quinta, deinde quarta detrahi debet: detrahendum enim ante eſt, quod extra quantitatem bonorum eſt: deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.

COMMENTARIVS.

HÆres debet quartam habere ex bonis defuncti: bona autem intelliguntur deducto ære alieno *l. bonorum 49. de verb. ſign.* Itaq; vt maxime creditoribus hæreditariis obſtrictus maneat hæres, deducto tamen & computato ære alieno Falcidiæ ratio initur, vt ſeorſim computato eo & deducto, quantum hæres creditoribus, quandocunque conuentus, ſoluere habet neceſſe, tanto minor cenſeatur eſſe hæreditas, & ex eo, quod ſupereſt habeat quartam hæres. Id ita hic deciditur, & *in l. im pen. 6. C. h. t.* vbi additur & illud deduci, quod hæredi tempore mortis debitũ fuerit: quamuis per aditionem ſint confuſæ actiones, ſed non debet, vbi hæreditas non eſt ſoluendo legatis, hæres ita amittere commodum legis Falcidiæ, quod facile accideret, ſi deductio debiti non permitteretur: nimirum aduerſus legatarios, non aduerſus creditores hæreditarios, quibus niſi beneficio inuentarij ex iure nouiſſimo & beneficio Iuſtiniani vſus ſit, omnino in ſolidum tenetur, vt diximus *ſup. de hæred. qual. & diff. ad §. extraneis.* Hæc de debitis hæreditariis ante mortem ab ipſo teſtatore contractis. Aliud genus debiti eſt contracti poſt mortem teſtatoris, impenſa funeris, quæ maxime priuilegiata omnino detrahenda eſt antequam Falcidia ponatur *l. pen. de religioſ. l. vlt. §. in comput. 9. C. de iur. lib.* vbi etiam allatũ impenſarum quas hæres fecit, deductio permittitur. Tertium, quod deducendum Iuſtinianus ait, ſunt pretia ſeruorum manumiſſorum: vt tanto minor cenſeatur hæreditas, & hoc eſt, quod reſpondet ICtus *in l. Papinianus. §. quarta 9. de inoffic. teſt.* quod de libertatibus non poſſit detrahi vlla Falcidia, ſed contra, quod per libertates Falcidia ſiue quarta minuatur: quia dum hæreditas fit minor, quartam quoq; ob id effici minorem cõſequitur: quo argumento defenditur, quod de legato ad piam cauſam Falcidia non detrahatur; quod & communiſſime creditur nominatim ita ſancitum *N. 131. c. 12. auth. ſimiliter. C. h. t.* quamuis Neoterici quidam id reſtringant ad caſum commiſſæ moræ. Eodem defenditur argumento, quod etiam communiter probatum eſt ab Interpp. per legatum ad piam cauſam non aggrauari alia legata, vt hinc fiant minora, ſed quod per legatum huiuſmodi fiat minor hæreditas & quarta Falcidia, licet hoc ipſo partem damni legatarij quoque ſentiant. Id tamen Angelus hic limitat, niſi vni duplex legatum datum ſit, alterum pium, alterum, vt loquuntur, defalcabile: Ex hoc enim & ſimul pro illo Falcidiam detrahi Dd. opinãtur. Et igitur deductis, quæ enumerauimus ratio L. Falcidiæ initur iuxta hunc *§. verſ. tunc deinde. vſq; ad fin.* Aut tunc quod præter legata ſupereſt, facit quartam: & deductionem nullam patiuntur legatarij, aut nõ ſufficit in quartam: & ex ſingulis legatis proportionaliter & pro rata detrahitur, quantum ad quartam ſufficit, pro quo illuſtrando tres caſus in h. §. diſtinguuntur 1. ſi legata exæquant vires hæreditatis, veluti ſi qui habebat quadringenta in bonis, CCCC. legauerit: & detrahitur quarta ex legatis ſingulis. vbi tamen putant Dd. ſi legata plura vni data ſint, poſſe hæredem in vna re retinere Falcidiam, ſi commoda forte non ſit diuiſio. Quin & amplius putarim, ſi legata pluribus facta, diuiſionem commodam non patiantur: autoritate magiſtratus poſſe in vna re Falcidiam retineri, ita vt alij legatarij, qui detractionem non patiuntur, alteri in pecuniam condemnentur. Secundus caſus eſt, ſi legata ſint quidem infra hæreditatis vires, ſed tamen excedant dodrantem: & hic, quam proportionem pars, quæ excedit dodrantem, habet ad totam hæreditatem: eadem pro portiõne ex legatis fit detractio: veluti, ſi poſita eadem

Digitized by Google

dem ſpecie, qui CCCC. habebat in bonis CCCL. legauerit, iſta quinquaginta quæ excedunt dodrantem, (centum enim cum habere omnino hæres debeat, trecenta tantum legare iure potuit teſtator) faciunt octauam partem hæreditatis. Ergo octaua pars eſt ſingulis legatariis detrahenda: quæ facit quinquaginta, quæ ſimul cum reliquis quinquaginta, quæ præter legata ſuperfuerunt, faciunt quartam hæreditatis totius: Et hoc ita *in h.§. verſ. quod ſi trecentos.* Tertius denique caſus eſt. ſi legata vires patrimonij excedant: & hic initio quod excedit deducendum, tunc ſingulis portio, vt in primo caſu detrahenda eſt *h.§. verſ. quod ſi quingentos.* Atque hæc membra exhauriunt totum: quod aut legata ſunt ſupra vires hæreditatis aut infra eas, aut hæreditatem exæquant: neque quartum dari poteſt.

AD TITVLVM XXIII.

LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE FIDEICOMMISSARIIS hæreditatibus.

TEXTVS.

Nunc tranſeamus ad fideicommiſſa: ſed prius eſt, vt de fideicommiſſariis hæreditatibus videamus. Sciendum itaque eſt, omnia fideicommiſſa primis temporibus infirma fuiſſe: quia nemo inuitus cogebatur præſtare id, de quo erat rogatus. Quibus enim non poterant hæreditatem vel legata relinquere, ſi relinquebant, fideicommittebant eorum qui capere ex teſtamento poterant. Et ideo fideicommiſſa appellata ſunt, quia vinculo nullo iuris, ſed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur, poſtea Diuus Auguſtus primus, ſimul iterumque gratia motus perſonarum, vel quia per ſalutem ipſius rogatus quis diceretur, aut ob inſignem quorundam perfidiam, iuſſit ſuam autoritatem cõſulibus interponere, quod quia videbatur iuſtum & populare erat, paulatim conuerſum eſt in aſſiduam iuriſdictionem: tantuſque eorum fauor factus eſt, vt paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommiſſis ius diceret, quem fideicommiſſarium appellabant.

COMMENTARIVS.

Fideicommiſſum eſt vel particulare, ſiue ſingulare, de quo *tit. ſeq.* vel vniuerſale, de quo prius diſpiciendum *in pr. tit. ait Iuſtin.* nimirum quia expectandum videbatur, vt poſt tractatum *de Legat.* ſtatim ageret de fideicommiſſis particularibus, per ea quæ dixit *in §. ſed non. 3. ſup. de Legat.* ſe diſtinctim acturum de legatis & fideicommiſſis, & nimirum particularibus, quæ etiam tantum ſunt exæquata cum legatis. Sed ſicut materiam teſtamentorum, ex quibus adquiritur vniuerſitas, præpoſuit tractationi legatorum, ita & recte præmittit de fideicommiſſariis vniuerſalibus, qui ſunt inſtar hæredum. In Digeſtis quidem fideicommiſſorum particularium tractatio præcedit, eam de vniuerſalibus: ſed hoc fit propter exæquationem fideicommiſſorum cum legatis. Ita in *l. 1. in pr. de rei vind.* ait ICtus, poſt actiones de vniuerſitate, ſubiici vindicationem rerum ſingularum.

Sciendum itaq; eſt.] Ait Iuſtin. olim omnia fideicommiſſa infirma, nec neceſſitate præſtandi, quæ rogati erant hæredes obſtrictos fuiſſe. Nitebantur enim tantum rogatu & precibus, quæ nullam obligationem inducunt. Sed & bona ratio ſumitur ex eo quod ſubiicit Iuſtin. teſtatores ſi quibus hæreditatem aut legata dare non poterant, hæredum fidem implorasse, vt illis præſtarent & reſtituerent. Etenim

enim hi qui ex teſtamento per LL. capere non poterant, ij nec ciuilem actionem habere poterant, qua experirentur contra hæredem. Et an igitur olim ita fiebat, vt hærede ſeruante fidem, incapaces cum effectu bona conſequerentur? Vtique quod vna via prohibitum eſt, alia admitti non debet, & ita fieret fraus Legibus, quæ aliquos incapaces eſſe volebant, ſi hoc modo & per fideicommiſſum ad eos bona peruenirent. Diſtingui debent hic ante omnia duo genera incapacium, vt non ſemel in ſuperioribus diximus. Aliud genus nimirum fuit eorum, qui ciues Romani non erant, & ſcil. peregrini, deportati: aliud autem eorum, qui licet ciues Romani eſſent, tamen ex propriis & ciuilibus rationibus, aut omnino non, aut non ſolidum, aut non ex omnium teſtamentis capere poterant. In illorum perſona videtur aliquanto difficilius admiſſum fideicommiſſum: & tamen de hoc faciendo rogatos quoque fuiſſe hæredes, dubium non habet, & extat exemplum quod refert *Cicer. Lib.1. in Verrem qui dicitur de prætura vrbana*. P. Trebonium voluiſſe vt hæredes inſtituti iurarent, ſe curaturos, vt non minus dimidio ex illo quod ex teſtamento percepturi eſſent, ad fratrem A. Trebonium, qui proſcriptus erat, perueniret, ſed non minus id certum erat, hæredes obligatos non fuiſſe ad parendum huic voluntati, cum præſertim, vt ibid. refertur contra L. Corneliam hoc fideicommiſſum eſſet, quæ vetabat proſcriptos iuuari. Alterius generis incapacium exemplum inſigne eſt ex iure veteri in mulieribus, quæ Lege Voconia non poterant inſtitui hæredes. Legem eam ſe magna voce ſuaſiſſe ipſe Cato apud *Cicer. lib. de ſenectute* memorat: qui idem L. Oppiæ contra mulieres, apud *Liu. libr.33.* defenſorem acerrimum egit: & ex ea oratione Catonis, qua Legem ſuaſit Voconiam, verba quædam refert *Gell. 17. Noct. 6.* Legis eius ſententiam refert *Cicer. dict. lib. 1. in Verrem*: Voconius, inquit, ſanxit ne quis in poſterum virginem, neue mulierem hæredem faceret: Florus *Epit. lib. 41.* Q. inquit, Volumnius (legendum, *Voconius*, aut errauit ipſe Florus) legem tulit, ne quis mulierem hæredem inſtitueret: eiuſque Legis à Voconio de mulierum hæreditatibus latæ, etiam in orat. pro Cornel. Balb. meminit *Cicer. & Gell. 20. noct. 1.* quid vtilius, (inquit apud eum Sextus Cæcilius) plebiſcito Voconio de coercendis mulierum hæreditatibus, in quam ſententiam etiam Quintilian. declamat 264. Et Auguſtin. *de ciuit. Dei lib.3. cap.21.* Inter ſecundum, ait, & poſtremum bellum Carthaginenſe lata eſt Lex Voconia, ne quis hæredem fœminam faceret, nec vnicam filiam. Nec falſum eſſe quod ibi ſcribit Auguſtin. ſatis apparet ex *Cicer. 2. de finibus.* vbi refert Q. Fabium rogaſſe P. Sextilium, vt hæreditas ad filiam perueniret: & *Aſcon. Pad. in orat. Cic. in Verr. de prætura vrb.* Voconius, inquit, legem tulerat, ne quis cenſus, hoc eſt, pecunioſus hæredem relinqueret filiam. Et igitur multo minus alias fœminas hæredes facere licebat. Vt proinde erraſſe oporteat Paulum qui 4 *ſent. 8.* refert, Fœminas ad hæreditates legitimas vltra conſanguineas ſorores non admitti, idque Voconia rogatione videri effectum. Etenim Voconia Lex nec filias ad hæreditates patrum admiſit. Id ſane poſtea fuiſſe ſublatum, ex iure noſtro apertiſſimum eſt, & teſtis eſt *Gellius 20. cap. 1.* Aut an intellexit Paulus partem ſaltem hæreditatis Lege Voconia ad filias aut ſorores potuiſſe peruenire. Id quidem colligitur ex *Cicerone d. lib. 2.* vbi ſcribit, P. Sextilium rogatum fuiſſe, vt OMNEM hæreditatem filiæ reſtitueret: & mox. neminem cenſuiſſe PLVS filiæ dandum, quam poſſet ad eam ex L. Voconia peruenire. Et in vniuerſum non in totum incapaces factas fœminas, fidem facit *Dion. lib.56.* vbi ait, Auguſtum quibuſdam fœminis veniam dediſſe legis Voconiæ, ſecundum quam nulli fœminæ licebat κληρονομεῖν, ὑπὲρ δύο καὶ ἥμισυ μυριάδας οὐσίας vbi interpres vertit centum millia nummorum, forte ſecutus *Ant. Aug.* qui 2. *emend. 7.* ſeſtertium nummum ait fuiſſe quatuor aſſium. Secundum quod ſi Dionem accipimus de XXV. millibus ſeſtertiorum nummorum:

morum: conficient ea C. millia aſſium, ſed enim cum ſeſtertium nummum dicamus, non aſſem, ita interpres *d. lib. 56.* centum mille aſſes vertere debuiſſet. Verum ego nec puto Lege Voconia ius datum fuiſſe capiendi mulieribus C. millia aſſium. Etenim cum in genere L. Voconia de eo qui cenſus eſſet, locuta ſit, abſurdum ſit id explicare de maximo cenſu, qui æſtimabatur initio C. millibus aſſium, teſte *Liuio lib. 1.* infimus autem cenſus quartæ claſſis erat XXV. millium aſſium: de quo proculdubio locutus eſt Voconius: & proinde apud Dionem lib. 56. non XXV. millia ſeſtertiorum ſed aſſium intelligenda erunt. Et tamen ſi hic capere potuerunt, vtique potuerunt eſſe hæredes eius qui cenſus eſſet contra *Aſcon. d. loco & Ciceron. d. lib. in Verr. de præt. vrb.* puto, poſt mitigatam legem Voconiam, & amplius conceſſum mulieribus, vt tantum capere poſſent, quantum minimus conficeret cenſus: & vt alibi ſolet, quia primus de hac re diſpoſuerat Voconius, ita id acceptum à Dione, tamquam L. Voconia cautum fuiſſet. Itaque non probo, quod Cui. ſcribit, in not. *ſ. p. ad L. Falc.* cautum L. Voconia ne quis inſtitueret mulierem vltra quadrantem, nec illud à *Paulo 4. ſent.* probari video: adeo nec refert eo recte locum Dionis, & ex eo probare conatur, certum fuiſſe dictum C. millium ſeſtertiorum: & vtique quatuor gradus fuerunt cenſus vt apud *Liu. lib. 1.* & inferior 25. millium, maximus C. millium; niſi id forte poſt variauit. Quintil. decl. 264. de ſemiſſe cautum eſſe ait L. Voconia; ſed Cui. hoc à declamatore confictum ait & vide de quadrante permiſſo ex L. Voconia, & quod cenſus fuerit dictus qui C. millia ſeſtertium haberet, quæ noto *infr. ad §. ſed noſtra 3. de ſucceſſ. libert.* Et dicam licuiſſe ſolum quadrantem communis cenſus C. millium, vt ne liceret vltra XXV. millia iuxta Dion. qui ita defenditur contra Hott. *de re numm.* vbi de C. millibus HS. ac putat ſimpliciter quartā licuiſſe licet CCCC. millia quis poſſideret. Et iſtuc referri poſſit, quod aliquot locis de his qui ſolidū capere non poſſunt iure noſtro ſcriptū eſt *l. ſi quis 62. de hær. inſt. l. ſi is 6. de vulg. ſubſt. l. ſi ſeruus 82. de adq. hær.* Et tamen huiuſmodi fideicommiſſa non fuiſſe olim improbata, nec vituperatum, imo laudatū hæredem fuiſſe, qui fidem præſtaret, idem ille locus Ciceronis *de finib. 2.* argumento eſt, vbi refert Sextilium rem ad amicos detuliſſe, an contra L. Voconiam reſtituenda eſſet hæreditas filiæ: & ſubiicit; tenuit Sextilium permagnam hæreditatem, vnde ſi ſecutus eſſet eorum ſententiam, qui honeſta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne nummum quidem vnum attigiſſet. Et paulo poſt. Sextus Peduceus, cum ſciret nemo, eum rogatum, à C. Plotio, equite Romano, vltro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum expoſuit, hæreditatemque reddidit: nam neque vxores à maritis ob eandem L. Voconiam inſtitui poterant: quod ipſum tamen poſtea antiquatum fuiſſe ex iure noſtro liquidiſſimum eſt: & fuiſſe ſcil. ius inuicem capiendi inter coniuges, niſi contra L. Papiam Poppeam matrimonium fuiſſet contractum, vt autor eſt *Vlp. tit. 16. de ſolidi capac. &c.* Plane poſtmodum nec licuiſſe hæreditatem reſtituere iis qui capaces in ſolidum vel pro parte non erant, inde apparet, quod fauore fiſci conſtitutum erat, vt ſi quis hæres fideicommiſſo huiuſmodi tacite fidem accommodaſſet, hæreditas ei auferretur & fiſco vindicaretur *l. 1. in prin. & l. 3 de iur. fiſci.* Aperte autem ſi rogatus fuiſſet hæres, pœna quidem illa ceſſabat, ſed, vt puto, neceſſitate aliqua præſtandi non adſtringebatur: Et videmus paſſim in iure noſtro, fideicommiſſorum exempla proponi, quæ capacibus relicta fuerant. Facile tamen admiſerim, magiſtratum cuius de ea re iuriſdictio erat, ex cauſa & pro qualitate incapacis, præſertim primis temporibus Auguſti & proxime ſeqq. cum etiamnum vigerent Lex Voconia & quæ aliæ ſimiles, decreuiſſe pro reſtituendis fideicommiſſis, quæ palam ab hærede relicta fuiſſent: quod etiam ex hoc textu perſpicuum fit: ſiquidem Auguſtus voluit coerceri inſignem quorundam perfidiam: quam in eo fuiſſe apparet, quod fidem defuncto datam violaſſent: & nominatim qui eam fefelliſſent, cum eſſent rogati

Digitized by Google

rogati per ſalutem Auguſti: & quod ita rogauiſſet teſtator. ei ſatisfieri voluit: in quam rem non opus fuiſſet ſpeciali autoritate Imperatoris, ſiquidem hæres obſtrictus iure fuiſſet. Fuit autem & alias vſus fideicommiſſorum olim, in peregrinantibus & eo loco morientibus. vbi teſtamentum facere non poſſent: quæ ratio ſuaſit admitti codicillos, in quibus non niſi fideicommiſſa relinquuntur. Hæc pro explicatione huius loci pleniori.

Gratia perſonarum.] An earum quæ rogauerant: an quibus reſtituere hæreditatem hæredes rogati erant? Puto & hoc defendi poſſe, veluti ſi quis filiæ aut vxori vel ſorori defuncti aliquid reſtituere fuiſſet rogatus: quomodo & hoc accepit Theoph. vbi bene ponit exemplum, ſi quid peregrinis cognatis fuerit relictum: nam & tum adhuc fines ciuitatis Romanæ anguſtioribus finibus continebantur: & qui in prouinciis erant, Peregrini cenſebantur.

Iuſſit conſulibus.] Ergo & hæc cognitio & iuriſdictio primo conſulum fuit: poſtea ad prætores tranſlata, vt innuit hic textus: & eſt in *l.2.§.capta.32.de orig.iur.* à Claudio creatos duos prætores, qui de fideicommiſſis ius dicerent: an forte communis & conſulum & prætorum ea de re iuriſdictio fuit? quod conſuadet *Vlpian.tit.de fide com.25.§.10.* vbi ait, cognitionem eſſe Romæ conſulum aut prætoris, in prouinciis vero, præſidum: an inter vtroſque diſtincta: vt prætor ad certam vſque ſummam, de maiori Conſul ius diceret: Claudius itaque cõſtitutis prætoribus magis ratum fecit, quod Auguſtus primus ſanxit, vt h. textu, & ſuauis eſt hic Mynſ. adeo, qui quod de primis temporibus dicitur, refert ad tempus quod anteceſſit L.12.tabb. & addit. vtique ſub Numa Pompilio viguiſſe & valuiſſe fideicommiſſa. Ergo ne Numa Pompilius poſt L.12.tabb. fuit? Hæc inſignis ἀμνησία.

In aſſiduam iuriſdictionem.] Criminalia iudicia olim occurrentibus caſibus, à populo demandari ſolebant: poſtea quæſtiones perpetuæ & prætores qui iis præeſſent, conſtituti: vt late tractat *Car. Sigon. de publ. iud.* Ex quo dicemus, perpetuam quæ eadem eſt aſſidua, iuriſdictionem conſtituram. Eademque hic ſignificatur aſſidua iuriſdictio, non ſolitam ſemper ſpeciatim mandari cognitionem de fideicommiſſis, in quoquo ſpeciali negotio, ſed in vniuerſum conſtitutum magiſtratum, vt huic vni rei & cognitioni de fideicommiſſis aſſiduo vacaret. Docet hoc in iſtis terminis Sueton. *in Claudio cap.23.* Iuriſdictionem de fideicommiſſis, quotannis, & tantum in vrbe delegari magiſtratibus ſolitam, in perpetuum atque etiam per prouincias, poteſtatibus demandauit. Delegabatur ſcil. antea conſulibus ſingulis annis, ita vt eorum hæc ordinaria non eſſet cognitio, ſed Claudius fecit prætores certos qui de fideicommiſſis ſemper perpetuo ius dicerent. Porro prætoris fideicommiſſarij mentio eſt *in l.2. C. qui pot. in pign. l. quæſitum.78.§.pen. de legat.3. l.pen. in fin. quib. ad l b. procl. l. ſi cui. 92. in pr. de cond. & demonſtr.* & qui cognoſcebat tamen extra ordinem, non formula data, vt d. loco Vlp. ſcribit, id eſt non dabatur ex hac cauſa iudex pedaneus, ſed prætor ipſe cognoſcebat: de qua diſtinctione *infr. lib.4. tit.6.* agetur. Vnde perſecutiones pro fideicommiſſis extraordinariæ vocantur *l. pecunia.178 de V.S.* forte quia ita initio hæc inſtituit Auguſtus non vt paſſim de quibuslibet, ſed quibuſdam fideicommiſſis conſules cognoſcerent. Rurſus hic egregie labitur Mynſ. qui quod *in l.1. C. comm. de legat.* diſponitur *iunct. l.2. C. eod.* etiam ad fideicommiſſa vniuerſalia transfert.

TEXTVS.

2. Inprimis igitur ſciendum eſt, opus eſſe, vt aliquis recto iure teſtamento inſtituatur hæres, eiuſque fidei committatur, vt eam hæreditatem alij reſtituat: alioquin inutile eſt teſtamentum, in quo nemo hæres inſtituitur. Cum igitur aliquis ſcripſerit, *L. Titius hæres eſto:* poteſt adiicere. *Rogo te L. Titi, vt cum primum poteris hæreditatem meam adire, eam Caio Seio reddas, reſtituas.*

Digitized by Google

tuas. Poteſt autem quiſque & de parte reſtituenda rogare hæredem. Et liberum eſt, vel pure, vel ſub conditione, vel ex certo die relinquere fideicommiſſum.

COMMENTARIVS.

VT *aliquis recto iure teſtamento.*] Si quis teſtamento velit relinquere fideicommiſſum, vtiq; id obtinet, quod hic proponitur: ceteroquin & ab inteſtato fideicōmiſſum relinqui poteſt, §. *preterea.* 10. *inf. h. t.* Ait autem recto iure, id eſt verbis ciuilibus, & ita vt ipſe hæres recta capiat hæreditatem: cum fideicommiſſa obliquis & precariis verbis, relinquantur, & non recta à defuncto, ſed per manum hæredis capiantur.

Cum primum poterit.] Hoc eſt fideicommiſſum purum. Additur autem mox, poſſe hæredem quoque rogari, vt reſtituat, ſub conditione itemque adiecto die: qua in re alia ratio eſt hæreditatis directæ, cui dies fruſtra adiicitur, iuxta tradita *in* §. *hæres & pure ſupr. de hæred. inſt.* fideicommiſſi autem dies expectandus eſt. Nam vt *Ang. Fab. &c.* hic notant, cum directæ actiones maneant penes alium, & alius maneat hæres iure directo, ceſſant rationes, de quibus d. loco egimus. Nec tantum ſub die ſed & vſque ad diem reſtitui, & poſt porro vt alij reſtituatur hæreditas, caueri teſtamento poteſt §. *eum quoque.* 11. *infr. h. t.*

TEXTVS.

3. Reſtituta autem hæreditate, is quidem qui reſtituit, nihilominus hæres permanet: is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarij loco habetur. Et Neronis quidem temporibus, Trebelliano Maximo & Anneo Seneca conſulibus, SCtum factum eſt, quo cautum eſt, vt ſi hæreditas reſtituta ſit ex cauſa fideicommiſſi, omnes actiones, quæ iure ciuili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas. Poſt quod Senatuſconſultum, prætor vtiles actiones ei & in eum, qui hæreditatem recepit, quaſi hæredi & in hæredem, cepit dare.

COMMENTARIVS.

AIt reſtituta hæreditate, qui eam recepit, modo hæredis, & aliquando legatarii loco haberi. Quando hæredis loco ſit, mox explicat in *verſ. ſiue* §. *ſeq.* quando legatarij loco, *in* §. *ſed quia* 5. Nimirum quod accidiſſe ante L. Falcidiam, *ſupr. tit.* 22. diximus, vt hæreditate nimis grauata legatis repudiarent hæredes, qui nullum aut nimis exiguum lucrum ſpernebant, aut etiam ex oneribus hæreditariis, moleſtiam ſubire nolebant: ita accidit in fideicommiſſis, vt hæredes repudiarent hæreditates, & adire eas nollent, quas ſtatim ipſi aliis reſtituere cogebantur: ſiquidem ita nec liberabantur oneribus hæreditariis, ſed qui adiuerat hæreditatem, etiam poſt eam reſtitutam hęres manebat, vt eſt *in pr. huius text.* iuxta regulam iuris, quod ſemel hæres factus perpetuo maneat hæres. Huic incōmodo ſubuenit SCtum Trebell. & omni moleſtia liberauit hæredem, vt ſcil. actiones omnes tranſirent in fideicommiſſarium, & ita hæres poſt reſtitutam hæreditatem, creditores hæreditarios exceptione repellere poſſet *l.* 1. §. 3. *&* 4. *Ad Trebell.* & ipſe viciſſim ſi agere vellet repelleretur exceptione *d. l.* 1. §. 4. dantur enim actiones in fideicommiſſarium & fideicommiſſario. Ex quo apparet, tanto magis, quam verum ſit, quod hic dicitur; etiam poſt reſtitutam hæreditatem manere hæredem qui reſtituit: cum ipſo iure penes eū maneant actiones: vt quod toties ſcriptum eſt, reſtitutione ex Trebelliano facta tranſire actiones, ita accipiendum ſit, quomodo hoc §. mox explicatur: quod prætor poſt reſtitutionem, ex autoritate Senatus actiones vtiles det

Digitized by Google

fideicommiſſario & contra eum. Vtiles ſcil. quoniam directæ penes hæredem manent. Et notauimus in *Tract. de actionibus*, ex duabus fere cauſis actiones vtiles eſſe, non directas, 1. ob cauſam efficientem, & ius quod in ducit actionem: quo ſenſu omnes actiones prætoriæ, in collatione cum iure ciuili, ſunt & dicuntur vtiles. 3. propterea, quod actiones directæ iam in alterius perſona hærent & radicatæ ſunt. Hinc factum eſt, vt, licet SCta ſint pars iuris ciuilis, tamen per SCtum Trebellianum effici non potuerit, vt actiones directæ competerent fideicommiſſario, quippe per aditionem hæreditatis iam alteri adquiſitæ. Atq; hoc caſu cum ex Trebelliano reſtituitur hæreditas, & fideicommiſſario & in eum, quaſi hæredi & in hæredem actiones dantur, & vt eſt in *fin. textus*, fideicommiſſarius habetur loco hæredis.

Dubitat autem Iaſon in addit. ad Porc. an quod de vtilibus actionibus dicitur, pertineat etiam ad verba IN EVM, vt vtiles actiones etiam ſint & fiant, quæ creditoribus competebant in defunctum. Et ſane occurrit hæc dubitandi ratio, quod ex accidenti non videtur mutari debere ius creditorum hæreditariorum, nec eorum actiones directæ mutari in vtiles, ex eo quod alteri eſt reſtituta hæreditas. Sed ſane nō ferre poteſt explicationem iſtam hic locus, vt quod de actionibus vtilib. dicitur, referantur tantum ad actiones, quæ competunt hæredi. Et ſicut ratio iuris hoc non fert, vt actio ſit directa, quæ alij quam vero creditori datur: ita eadem ratio non fert, vt ſit directa, quæ datur contra alium quam verum debitorem. Et cum creditor, quod facere poteſt, nomen & actionem ſuam legat vel vendit, legatario vel emptori non niſi ex ceſſione actio directa competere poteſt, vtilis autē ex reſcripto Pij, vt diximus ſupra *ex l. 16. de pact.* Quod ſi debitor facere poſſet, vt obligatio à ſe in alium tranſiret, non niſi actio vtilis in nouum debitorem creditori dari poſſit. Id autem debitor facere nullo modo, nec niſi per nouationem & delegationem, conſenſu creditoris alium ſubſtituere poteſt debitorem. Hic autem poteſtate iuris, ſed citra nouationem fit translatio, & noui debitoris ſubrogatio: eoque non niſi vtilis actio in fideicommiſſarium datur. Video hic etiam quæri, quid iuris ſit in prætoriis actionibus, v.c. conſtituit defunctus ſe ſoluturum, vel ei à debitore conſtitutum eſt: quæ actio ex conſtituto prætoria eſt. Et dubitat hic quoq; Iaſon quales & quæ tranſeāt actiones. Sed res minime eſt difficilis. Etenim licet actiones prætoriæ collatæ cum ciuilib. vtiles dici poſſent, quomodo & paſſim publiciana vtilis appellatur: reſpectu vindicationis ciuilis: attamen ſi quas obligationes prætor introduxit, veluti ex conſtituto, in quibus terminis nulla præſertim eſt actio ciuilis, actiones ex huiuſmodi obligatione competētes, recte quoq; vocantur directæ: ſed quæ hæreditate reſtituta tantum vtiles futuræ ſunt & ipſæ: quod & magis Iaſon probat. Illud autem cuiuis patere debet, intelligi hic actiones hæreditarias hincinde: & oppido quam inſulſa eſt explicatio Iaſonis d. loco de petitione hæreditatis fideicommiſſaria: quæ eſt longe diuerſa, & reſtituta hæreditate de nouo competit fideicommiſſario cōtra eos qui aliquid pro poſſeſſore vel hærede tenent, non autem cum reſtituta hæreditate transfertur, quippe quæ penes hæredem numquam fuit: niſi quis velit eam vtilem appellare reſpectu directæ petitionis, quæ hæredi inſtituto iure ciuili competit: ſed de ea ſane hoc §. non agitur.

Diximus paulo ante, reſtituta quoq; hæreditate, hæredē ipſo iure agere & conueniri poſſe, ſed agentem repelli, & conuentum exceptione vti poſſe. Quid ſi igitur non obiecta exceptio fuerit, vel vltro extra iudicium hæres debitor nomine defuncti, aut qui defuncto debebat hęredi ſoluerit? Exiſtimo per SCtum factā plane inutilem & inefficacem obligationem ſublato vinculo quoq; æquitatis, vt non niſi quæ dicitur, nuda ciuilis obligatio remaneat, de cuius natura dicemus *inf. de oblig.* Itaq; ſiquidē ſolutio fiat à ſciente factam reſtitutionē debitore, aut præſumptio donationis erit, aut ignorantia iuris: & hoc vtrumq; facit ceſſare condictionem indebiti. Quod ſi debitor ſoluat ignorās, bona fide, ei contra hæredem condictio indebiti dabitur. Hæres autem non poterit ignorare factum

ctum proprium, ideo vix poterit ipſi competere condictio indebiti: niſi quoniam eius facto & pecunia liberatus eſt fideicommiſſarius, vtilem quis ei negotiorum geſtationem putarit accommodandam. Neque huc pertinet *l.1. C. ad Trebell.* ex qua Myſingerus ſimpliciter hic ſcribit, ſi quidquam ſoluerit hæres ei actionem dari in fideicommiſſarium. Etenim nos hic tractamus caſum, quo ex SC. Trebelliano reſtituta eſt hæreditas, & in fideicommiſſarium translatæ ſunt omnes actiones. Atquin in *d.l.1.* agitur de caſu, quo hæres contra voluntatem defuncti deduxit quartam, quo caſu ex ratione iuris veteris actiones non tranſeunt, ſed manent efficaces penes hæredem, & in eum efficaciter competunt: itaque quod pro dodrante, (vt nominatim ponitur in *d.l.1.*) ſoluit creditoribus, ex ſtipulatione interpoſita repetit à fideicommiſſario, vt iam ad §. ſeq. dicemus. Ac Iuſtin.

Poſt quod SCtum.] Vt diximus, Senatus non potuit facere, vt actiones hinc inde trãſirent & competerent directæ. Sed voluit, vt effectu fideicommiſſarius pro hærede haberetur, & ita qua fieri poſſet actiones, transferrentur. Hanc voluntatem Senatus ſubſequitur prætor, & actiones negat hæredi & in eum, vtiles autem fideicommiſſario & in eum concedit.

TEXTVS.

4. Sed quia hæredes ſcripti, cum aut hæreditatem totam, aut pene totam plerumque reſtituere rogabantur, hæreditatem adire ob nullum vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa, poſtea temporibus Veſpaſiani Auguſti, Pegaſo & Puſione conſulibus Senatus cenſuit, vt ei qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam retinere partem, atque ex legatis ex Lege Falcidia retinere conceditur. Ex rebus quoque ſingulis, quæ per fideicommiſſum relinquuntur, retentio eadem permiſſa eſt. Poſt quod Senatuſconſultum onera hæreditaria hæres ipſe ſuſtinebat: ille autem qui ex fideicommiſſo recipiebat partem hæreditatis, legatarij partiarij loco erat, id eſt, eius legatarij, cui pars bonorum legabatur: quæ ſpecies legati partitio vocabatur: quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Vnde quæ ſolebant ſtipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum qui ex fideicommiſſo recepit hæreditatem, & hæredem: id eſt vt lucrum & damnum hæreditarium pro parte rata inter eos commune eſſet.

COMMENTARIVS.

1 *De Pegaſiano SCto.*
2 *Legatarius partiarius.*

PEr SCtum Trebellianum non ſatis conſultum erat fideicommiſſorum conſeruationi: quoniam damno tantum & onere liberabat hæredem, ſed nihil ipſi lucri & commodi tribuebat. Atquin vt eſt in prin. huius §. hæredes adire hæreditatem recuſabant, quam totam aut partem maximam rogati erant reſtituere: & ſic fiebat, vt interciderent fideicommiſſa. Subuenit itaque hic Senatuſc. † Pegaſianum: quod Falcidiam ad fideicommiſſa vniuerſalia produxit, vt ex his liceret hæredi grauato quartam partem deducere, ſicut per illam legem ex legatis quartam detrahit hæres. Detrahit itaque quod in *verſ. ex ſingulis* additur, hæres quartam, non tantum ex fideicommiſſo vniuerſali, ſed etiam ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis. Ex quo verſ. diximus ſup. ad *pr. tit. de L. Falc.* à pleriſque probari, quod L. Falcidia demum 1

per SC. Pegaſianum ſit producta ad particularia fideicommiſſa, nec antea hæredem, etiam fideicommiſſo vniuerſali non grauatum, ſed tantum legatis & fideicommiſſis particularibus, partem potuiſſe detrahere. Quam opinionem quas ob cauſas probare non poſſim, d. loco expoſui. Dico autē male eo referri hunc locum, quoniā SCtum Pegaſianum ſolum depoſuit de fideicommiſſo vniuerſali, nihil autē, de hærede qui relictis particularibus tantum grauatus eſſet. Et minime obſcura eſt ſententia huius loci. Si & fideicommiſſum vniuerſale relictum ſit ab hærede, & ſimul fideicommiſſis particularibus oneratus hæres, quod quarta non imputetur ſoli fideicommiſſario vniuerſali, ſed pro rata conficiatur ſimul ex fideicommiſſis particularibus: neque dubium eſt quin pro rata quoque detrahenda ſit ex legatis, ſi quæ reliquerit teſtator, quod firmat etiam *l. 3. §. 2. ad Trebell.* quorum in ſpecie non fit hic mentio, vel quod non plene relata hic eſt Pegaſiani ſententia, vel quod ſatis hoc ſubintelligi putauit Senatus: ſiquidem L. Falcidia nominatim de legatis locuta erat: & Pegaſianum SCtum principaliter ad fideicommiſſa pertinet.

Pergit Iuſtin. quod poſt hoc SCtum & vbi eius beneficio vſus hæres detraxerat quartam præter aut contra (neque enim eo iure prohiberi potuit) voluntatem defuncti: ipſum onera hæreditaria, & ſcilicet in ſolidum, ſuſtinuiſſe. Ceſſabat enim hic SCtum Trebellianum, quod ab hærede in fideicommiſſarium transferebat actiones: quippe cui tantum locus erat, vbi iuxta defuncti voluntatem hæres reſtituiſſet hæreditatem, de quo amplius *ad §. ſeq.* Sed quia erat iniquum, neque conueniebat, tum vt hæres ad quem tantum pars quarta pertinebat, vltra eam aliquid à debitoribus hæreditariis conſequeretur: tum ex aduerſo, vt cum dodrans reſtitutus eſſet, ipſe vltra quartam partem aliquid creditoribus hæreditariis ſoluere cogeretur, ſine ſpe repetendi, introductum remedium fuit, per quod effectu hæres tantundem conſequeretur, ac ſi per SCtum Trebell. actiones fuiſſent translatæ: vt nimirum interponantur inter hæredem & fideicommiſſarium ſtipulationes, quæ ſolebant interponi inter hæredem & partiarium legatarium. Diximus ſup. *ad pr. tit. de legat.* partiarium legatarium fuiſſe, qui accipiebat partē bonorum quotam, id eſt ſub appellatione tertiæ vel quartæ: non ita vt ſucceſſor iuris fieret, & in eum tranſirent actiones, ſed vt quotam bonorum citra onus aliquod haberet: idque hic locus euidenter oſtendit: nec enim alias his ſtipulationibus opus fuiſſet, ſi tranſiiſſent actiones: quomodo in terminis reſtitutæ hæreditatis ex Trebelliano ex quo tranſeunt actiones, nuſquam & nunquam eiuſmodi ſtipulationum fit mentio. Et erant mutuæ ſtipulationes: hæres promittebat, ſi quid cōſecutus fuiſſet vltra partem ſuam, ſe id legatario præſtiturum: viciſſim legatarius promittebat, ſi quid præſtitiſſet hæres vltra ſuam partem, illud ſe reſtituturum. Hæ igitur ſtipulationes productæ ſunt ad iſtum quoque caſum, quo deducta quarta ex SCti Pegaſiani autoritate, non fiebat translatio actionum. Ita enim & remedio harum ſtipulationum fiebat, vt commune eſſet lucrum & damnum pro rata, inter hæredem & fideicommiſſarium, quomodo ſcribit Iuſtin. *in fin huius §.*

Quæ ſpecies legati partitio.] Ita quoq; *Vlp. de legat. tit. 24. §. ſicut 23.* Eſt autem appellatio abuſiua; neq; enim ipſum legatum proprie loquendo partitio, ſed aliquanto minus abuſiue legatum partitionis dici poteſt.

Legatarius partiebatur hæreditatem.] Verbum quoq; hæreditatis paulo pinguius accipitur, pro rebus hæreditariis: neq; enim ſucceſſor iuris legatarius efficiebatur; ſed ita dicitur, quia vniuerſorum bonorum fiebat diuiſio: quomodo & hæreditas vendi dicitur: & hoc quoq; ſenſu dicitur legari pars hæreditatis *l. ſi quis 8. §. vlt. de legat. 2.* quamuis, quo ad alia, differentia ſit an pars hæreditatis an bonorum legetur, vt docet *d. l. 8. §. vlt. cum l. ſeq.* quæ tamen differentia explicatu difficilis eſt. In *l. 8. §. vlt.* ait IC. legata parte hæreditatis, nec funeris impenſam nec pretia manumiſſorum deduci. Sed *in leg. 9.* legata parte bonorū, manumiſſorum

rum

Digitized by Google

rum pretia deducenda eſſe. Equidem Bart. ibid. putat legata parte hæreditatis tranſire onera & actiones in legatariũ non minus quam in fideicommiſſarium. Sed ego iſtud falſum eſſe non dubito: tum quia nullum circa hoc factum eſt SCtum, atq; huc transferri poteſt SCtum Trebell. tum quia Iuſtin. hic apertiſſime etiam, vbi diuiditur hæreditas inter legatarium, interponi ait ſtipulationes illas. Et alias quoq; non video, quid in effectu interſit, an deduci dicamus nec ne pretia ſeruorum. Et *in d.l.9.* dicitur, deduci & dotem & pretia. Ergo ſi conſtat oppoſitio, non deducentur, vbi pars hæreditatis legata eſt. Et an igitur partem oneris illius non ſentiet legatarius? Hoc perabſurdum ſit, vt totum onus ſit hæredis, & ille de reliquis bonis partem præſtet legatario etiam æſtimationis ſerui manumiſſi & funeris impenſæ: cum contra appellatio hæreditatis magis implicet onera. An igitur partem pretij ſerui manumiſſi pro rata imputabit hæres legatario partis hæreditatis? Hoc ſumma ſuadet ratio, ſed ita perinde effectu erit, ac ſi pretium ante omnia ex hæreditate fuiſſet deductum. Et igitur aut conſiſtit hoc in mera quadam ſubtilitate, aut offendit inepte Tribonianus, dum diuerſorum ICtorum reſponſa ita connexuit. Et ego hic ſubſiſto, videantur autem apud *Cont.2.ſubſec.lect.* loca, quæ ex Cicer. de hoc partitionis legato citat, ſed nodum iſtum non explicat.

Stipulationes] Quas §. ſeq. vocat ſtipulationes *partis & pro parte*: quomodo & Vlp. *de fideicomm.tit.25.§.13.* & diſtinctius formulas earum proponit Theoph. hic. Itaq; hoc caſu reſtitutę hæreditatis ex fideicommiſſo, qui eam accipit, eſt loco legatarij partiarij: & eo pertinet, *§.reſtituta.3.ſup.h.t.* & hic caſus ibi intelligitur, dum dicitur, quod aliquando fideicommiſſarius legatarij loco habeatur, ſcilicet partiarij: vitioſe autem ibi Hotom. id accipit de fideicommiſſario particulari: cui vtiq; non dicitur reſtitui hæreditas. Adnotandum autem eſt hoc loco, quod ante SC. Trebellian. fideicommiſſarius reſtituta hæreditate, id agente hærede & fidem ſeruante, erat emptoris hæreditatis loco. Nimirum cum nondum poſſent transferri actiones, ſi hæres, rogatus reſtituere hæreditatem, vellet ſeruare fidem, vt tamen indemnis eſſet, tradebat bona interpoſitis ſtipulationibus emptæ & venditæ hæreditatis: quibus hoc efficiebatur, vt quidquid præſtitiſſet creditoribus hæreditariis, id actione ex ſtipulatu repeteret à fideicommiſſario, & viciſſim, quod à debitoribus hæreditariis exegiſſet, id actione ex ſtipulatu conuentus reſtitueret fideicommiſſario. Duplex autem ita incommodum ſentiebat hæres, & quoad actiones hæreditarias mouendas & excipiendas; & quoad actionem ex ſtipulatu hinc inde excipiendam & inſtituendam: itaque cum non facile hæres in fideicommiſſarij gratiam his oneribus illigari ſe pateretur, ſuccurrit SCtum Trebellianum: idq; ita ſcribit Theophilus hic *in §.reſtituta.* & probabile, imo vt exiſtimo plane verum eſt. Illud poſtremo notandum nec Conſules Trebellium, & Senecam; nec Pegaſum & Puſionem in faſtis conſularibus reperiri: itaque oportere illos ſuffectos fuiſſe, in locum aut demortuorum, aut quod tum frequens erat ſub Impp. remotorum. Faſti autem tantum priores & primos anni Conſules annotare ſolent.

TEXTVS.

Ergo ſiquidem non plus quam dodrantem ſcriptus hæres ſit reſtituere rogatus, tunc ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtituebatur hæreditas, & in vtrumq; pro parte rata hæreditariæ actiones dabantur: in hæredem quidem iure ciuili: in eum vero, qui recipiebat hæreditatem, ex Senatuſconſulto Trebelliano tamquam in hæredem. At ſi plus, quam dodrantem, vel etiam totam hæreditatem reſtituere rogatus eſſet, locus erat Pegaſiano SCto, & hæres, qui hæreditatem adierat ſemel, (ſi modo adierat

Digitized by Google

ſua voluntate) ſiue retinuerat quartam partem, ſiue retinere noluerat, vniuerſa ipſe onera hæreditaria ſuſtinebat, ſed quarta quidem retenta, ſtipulationes quaſi partis & pro parte interponebantur, tamquam inter partiarum legatarium & hæredem: ſi vero totam hæreditatem reſtitueret, emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationes interponebantur. Sed ſi recuſabat ſcriptus hæres adire hæreditatem, ob id quod diceret eam ſibi ſuſpectam eſſe, quaſi damnoſam, cauebatur Pegaſiano Senatuſconſulto, vt deſiderante eo, cui reſtituere rogatus eſſet, iuſſu prætoris adiret, & reſtitueret hæreditatem: Perindeq; ei & in eum, qui reciperet hæreditatem actiones darentur, ac iuris eſt ex Trebelliano, quo caſu nullis ſtipulationibus opus eſt: quia ſimul & huic, qui reſtituit, ſecuritas datur: & actiones hæreditariæ ei & in eum trāſferuntur, qui recipit hæreditatem: vtroq; Senatuſconſulto in hac ſpecie concurrente.

COMMENTARIVS.

E*Rgo ſiquidem.*] SCtum Pegaſianum in duplicem caſum proſpexit principaliter, 1. quo hæres non habet quartam ex voluntate defuncti, vt eam poſſet detrahere. 2. vt ſi nolit adire ex quacunq; cauſa, petente fideicommiſſario citra ſuum onus id facere cogatur. Et itaque ſi hæres ex voluntate defuncti quartam habeat aut amplius, ſiquidem adire nolit compellitur adire & commodum amittat, vt *inf. h. t.* dicemus: Sin vero adeat, nihil opus eſt SCto Pegaſiano, ſed reſtitutione facta tranſeunt actiones ex Trebelliano: neque de hoc caſu quidquam egit Pegaſianum, idq; eſt, quod *in pr. huius* §. ait Iuſtin. tum pro parte in ſingulos & hæredem, & fideicommiſſarium tranſlatas fuiſſe actiones: imo tranſlatas fuiſſe pro rata in fideicommiſſarium: nam alias iure ciuili pro rata apud hæredem erant. Ita recte Iuſtinian. hic, quod in hæredem iure ciuili datæ fuerint actiones: ſed in fideicommiſſarium ex Trebelliano, vbi notat Hottom. ius ciuile ſumi in ſpecie, pro iure ciuili antiquo, & fere Lege 12. tabb. ſicut & hoc ſenſu ius ciuile ſcilicet vetus opponitur conſtitutionibus Impp. *in* §. *ſed cum prædicta.* 3. *ſup. de teſtam. ordin.* Ita Hottom. haud ſcio, an ſatis recte: nam vt notauimus *ad* §. *Et Neronis.* 4. *h. t.* licet SCtum ſit pars iuris ciuilis, & poſſit dare directas actiones, tamen quod iam ciuiles actiones eſſent penes hæredem, nullas nouas actiones dedit aut introduxit Trebellianum: ſed voluit pro hærede in effectu haberi fideicommiſſarium: & ita excitauit iuriſdictionem prætoris, qui vtiles actiones dedit: vt *d.* §. 4 explicatur: quamuis tamen cum SCtum Trebell. ſit prima cauſa huius rei, & non prætor, nec videantur hæ actiones prætoriæ dici poſſe: & ex Trebelliano dicūtur paſſim tranſire actiones, & nominatim actiones *h.* §. *ex Trebelliano dari.* Et prætor tamquam cuſtos iuris ciuilis, actiones iure ciuili quoque introductas dare dicitur: Plane tamen actiones creditorum hæreditariorum ſunt aliæ nec nouæ, ſed quas prætor SCti Trebelliani autoritate concedit in fideicommiſſarium: ſed quæ fideicommiſſario dantur in debitores hæreditarios, videntur ex ſane nouæ quadantenus eſſe: non ſecus ac vtiles, quæ ex reſcripto Pij, legatario aut emptori nominis dantur: & plane tales ſunt hæc, quæ dantur fideicommiſſario: ſed iſta conſiſtunt in nuda ſubtilitate iuris.

At ſi plus dodrantem.] Iſtud hic habet ſcrupulum, quod Iuſtin. ſcribit: hæredem, qui rogatus erat reſtituere hæreditatem totam ſiue vltra dodrantem, ſi vltro adiiſſet hæreditatem & iuxta voluntatem defuncti quarta etiam nō deducta, reſtituiſſet eam, tamen hæreditaria onera vniuerſa ſuſtinuiſſe, & ita actiones non fuiſſe tranſlatas. Etenim hoc vtique

caſu

caſu ante Pegaſianum SCtum tranſiiſſe actiones dubitari non poteſt. Et SCtum iſtud pro beneficio, quod dedit hæredi, vt detrahere poſſet quartam, & ſimul quod eam detrahendo offenderet voluntatem defuncti, hoc quaſi onere eum affectum voluit, vt actiones in ſolidum contra eum darentur: cum nec ad hunc caſum SC. Trebell. porrigi poſſet. Atquin vbi hæres ſatisfacit vltro defuncti voluntati, quæ tandem ratio eſſe poteſt, cur non fiat translatio actionum ex Trebelliano, cuius vtiq; poteſtas hoc caſu etiamnum eſſe integra videtur, non minus, quam vbi ex voluntate defuncti quartam habet hæres, & reſiduum iuxta eandem voluntatem reſtituit: quo caſu ſcindi actiones *in pr. huius* §. ſcribit Iuſtin. & quid ſi igitur datis ſibi duabus vnciis, decem reſtituit hæres, cur non æque poſſit reſtitutio fieri ex Trebelliano, ſi duabus illis vnciis contentus hæres, quod ſupereſt reſtituere ſit paratus? Alia ratio diuerſitatis dari non poteſt, quam quod priori caſu, vbi quartam habet hæres vel amplius, vti tum Pegaſiano SCto hæres non poteſt, vt maxime velit: igitur nec ad hunc caſu Senatuſconſ. iſtud pertinere poteſt. At vbi dodrante amplius reſtituere hæres rogatus eſt, tum vti poteſt eo Senatuſcõſulto, quod in hunc caſum proſpexit, & quodammodo vim & poteſtatem Trebelliani extinxit; & pro eo habuit, vt hæres vltro adiens, beneficium Pegaſiani & quartam videretur remiſiſſe, & fideicommiſſario donaſſe; & proinde obligatus maneret oneribus hæreditariis, ac ſi detracta quarta reſtitutionem feciſſet hæreditatis: quo facit, quod *Paul.* ſcribit. 4. *ſent.* 3. §. *vlt.* eum qui totam hæreditatem reſtituit, cum quartam deducere potuiſſet, repetere quartam non poſſe. Atq; ita ſummo iure obtinuiſſe videtur: aut hoc ad eum caſum referendum, quo hæres ſimpliciter reſtituit a[d]itam hęreditatem. Quod ſi enim conteſtetur expreſſe ſe velle vti veteri iure, & reſtituere totum ex defuncti voluntate hac lege vt tranſeant actiones ex Trebelliano, audiendum eum eſſe [&] ratio ſuadet, ne ſit deterioris conditionis, quam qui coactus adit, & diſerte ſcribit *Paul.* 4. *ſent.* 3. §. 1. quo loco iſte ex §. omnino ſupplẽdus videtur: & explicanda *l. qui totam.* 45. *ad Trebell.* quæ quodammodo hoc ius dubium fuiſſe innuit: eoq; monet ibi ICtus vt hæres potius ſuſpectam dicens ex iuſſu adeat: quo modo omnino ex Trebell. transferentur actiones.

Quaſi partis & pro parte.] De his ſtipulationibus iam diximus *ad* § *præced.*

Emptæ & venditæ hæreditatis.] Vbi totam hæreditatem reſtituit, diximus poſſe eum implorare beneficium Trebelliani, & nullis tum opus eſt ſtipulationibus, vt mox ſequitur: cæteroquin iis opus eſt, vt licet onera ſuſtineat, tamen beneficio ſtipulationis ea effectu in fideicommiſſarium transferantur. Quæ porro fuerint ſtipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, eſt nuſquam diſerte expreſſum. Conſtat id agi vendita hæreditate, vt id ius haberet emptor, quod eſt penes hæredem *l.* 2. *de hæred. vend.* effectu ſcilicet, ſiquidem per illum contractum fieri non poterat, vt onera hæreditaria & actiones tranſirent. Itaque probabile eſt, hinc emptorem ſtipulatum, vt ſibi præſtaretur, quidquid hæreditarium apud hęredem eſſet, aut ad eum peruenturum eſſet: hinc venditorem, vt ſi quid ipſe conuentus præſtitiſſet, eo nomine ſibi ſatisfaceret emptor, vt ita hic hæredis vicem effectu ſuſtineret. Quamquam enim inuicẽ eſſent actiones empti & venditi, (quæ etiam hodie ſufficiunt, cum nullibi quidquam de iſtis ſtipulationibus vt neceſſariis aut vſitatis tradatur) tamen aliquando expeditius & vtilius potuit fuiſſe, experiri ex ſtipulatione. Veſtigium autem eſt huius ſtipulationis ex parte emptoris *in l. in illa.* 50. *de verb. ſign.* ſtipulatum fuiſſe emptorem. *Quanta pecunia ad te peruenerit, dolove malo tuo factũ eſt, eritve quo minus perueniat,* vnde cõtrariam formulam venditæ hæreditatis ex parte venditoris eiuſmodi fuiſſe ſuſpicatur Hottom. *Quantam pecuniam hæreditatis cauſa præſtitero, tantam dari* ſpondes.

Sed ſi recuſabat.] Ad pr. diximus, hoc alterum principale caput fuiſſe SCti Pegaſiani, vt hæres ſcriptus, qui ex quacunque cauſa recu-

Digitized by Google

ſabat adire, iuſſu prætorio cogeretur adire & reſtituere. *l. quia. 4. l. 5. l. 6. §. 2. l. nam quod 14. §. pen. & l. cogi. 16. in pr. l. ita. 27. §. 2. & paſſ. ad Trebell.* vbi hæres dicitur cogi & compelli adire hæreditatem. Sed quomodo cogetur hæres, cum adire ſit facti, ad quod nec ſeruus inſtitutus præciſe per dominum cogi poteſt. *l. 3. in fin. C. de her. inſt.* omnino liquidum exiſtimo præciſe cogi non poſſe. An itaq; habebitur hæreditas pro adita, vt poteſtate iuris transeāt actiones, nec locus ſit venientibus ab inteſtato? An in præiudicium contumacis pro adita habebitur, vt perſecutione fideicommiſſi ad æſtimationem hæreditatis, & vniuerſum intereſſe teneatur? Ego hoc poſterius magis crediderim conuenire rationi iuris: ſed prius videtur probaſſe Iuſtin. *in l pen. §. 1. C. ad Trebell.* licet enim agat nominatim de hærede grauato, contumaciter abſente, tamen eadem ratio eſt, ſi quis præſens contumaciter reſtituere recuſet.

Quaſi damnoſam.] Satis eſt hoc allegare hæredem, licet cauſam ſatis non probet, vt docet *l. quia 4. ad Trebell* quo argumento vtuntur Dd. vt probent, poſſe recuſari iudicem vt ſuſpectum, licet recuſans nullam alleget cauſam. Sed eſt plane vitioſa comparatio; quia recuſatio hæc pertinet ad iniuriam iudicis, & in præiudicium partis vergit, dilata cauſæ tractatione: quorum neutrum hic contingit, nec quidquam intereſt fideicommiſſarij, an vltro, an iuſſus quis adeat: & cum, vt ante diximus, qui ſponte adiit cum non habeat quartam, omnia onera hæreditaria ſuſtineat, vel hæc iuſta cauſa eſt recuſandæ hæreditatis: ex quo hoc ipſum ſuadet ICtus, vt quis potius iuſſus adeat quam vltro *l. qui totam 45. ad Trebellian.*

Quo caſu nullis ſtipulationibus.] Vbi ſcil. transferuntur actiones ex Trebelliano. Quod accidit cum quis ſuſpectam dicens hæreditatem, iuſſus reſtituit. Et quidem tranſeunt omnino omnes, ſicuti enim incommodo hęres liberatur, ita ex aduerſo omne incommodum, nimirum & quartam, & quod ex voluntate teſtatoris vt hæres alias habuiſſet, amittit, vt docent *l. quia. 4. l. nam quod. 14. §. qui compulſus. 4. l. ita 27. §. 2. ad Trebell.* Idq; eſt, quod in extremo huius §. dicitur, ſecuritatem tribui hæredi, & omnes actiones transferri in fideicommiſſorium. Illo adfertur damnum: hoc, tollitur omne commodum.

Vtroq; SCto concurrente.] Trebelliano, quoad translationem act.onum: & Pegaſiano, quo ad illud caput, quod eſt de cogendo hærede, vt & Theophil. hoc loco explicat, & ipſe contextus huius loci docet.

TEXTVS.

Sed quia ſtipulationes ex SCto Pegaſiano deſcendētes, & ipſi diſplicuerunt antiquitati, & captioſas eas caſibus quibuſdam homo excelſi ingenij Papinianus appellat: & nobis in legibus magis ſimplicitas quam difficultas placet: ideo omnibus nobis ſuggeſtis, tam ſimilitudinibus quam differentiis, vtriusq; SCti, placuit exploſo Senatuſc. Pegaſiano, quod poſtea ſuperuenit, authoritatem omnem Trebelliano SCto, præſtare: vt ex eo fideicommiſſariæ hæreditates reſtituātur: ſiue habeat hæres ex voluntate teſtatoris quartam, ſiue plus ſiue minus, ſiue penitus nihil: vt tunc quando vel nihil, vel quarta minus apud eum remanet, liceat ei, vel quartā, vel quod deeſt, ex noſtra authoritate retinere, vel repetere ſolutum, quaſi ex Trebell. SCto, pro rata portione actionibus tam in hæredem, quam in fideicommiſſarium competētibus. Si vero hæreditatem totam ſponte reſtituerit, actiones omnes hæreditariæ fideicommiſſario, & aduerſus eum cōpetant. Sed etiam id, quod præcipuum Senatuſconſulti Pegaſiani fuerat, vt quando recuſaret ſcriptus hæres

res ſibi datam hæreditatem adire, neceſſitas ei imponeretur, volenti fideicommiſſario reſtituere totam hæreditatem, & omnes ad eum & contra eum actiones transferre; & hoc trâſpoſuimus ad SCtum Trebellianum, vt ex hoc ſolo hæredi neceſſitas imponatur, ſi ipſo adire nolente, reſtitui ſibi hæreditatem deſideret fideicommiſſarius: nullo nec damno, nec commodo apud hæredem remanente.

COMMENTARIVS.

FAcilis hic §. eſt, nec magnam deſiderat explicationem. Continet mutationem iuris veteris. Vult inprimis Iuſtin. circa reſtitutionem hæreditatis tantũ obtinere SCtum Trebellianum: & ex eo quoq; cogi hæredem reſtituere & adire: quatenus ſcilicet hoc tribuit ei Iuſtinianus, transfuſa poteſtate Pegaſiani in SCtum Trebellianum. Tum, quod præcipuum eſt, vt indiſtincte tamquam ex Trebelliano fiat actionum translatio pro qua parte reſtitutio facta eſt: ſiue quis detraxerit quartam: ſiue quis eam habeat ex voluntate teſtatoris, ſiue nõ: & ſiue vltro adeat, an coactus. Ex quo ipſo, poſt translatum ad omnes iſtos caſus, SCtum Trebellianum, conſequitur, nullam amplius vtilitatem aut neceſſitatem eſſe ſtipulationum illarum quarum in præmiſſis facta mentio eſt: ſiquidem non erant neceſſariæ, vbicunq; transferebantur actiones ex Trebelliano, vt *in fin. §. præced.* docuit Iuſtin. Hæc eſt huius §. ſumma, cuius iam verba percurramus. Ait Iuſtin.

Antiquitati diſplicuerunt.] Debuiſſet hoc explicare, quomodo diſplicuerint antiquitati & cui: Quod ſi enim diſplicuerunt, oportet, vt alij remedio expeditiori factus fuerit locus. De quo ſane mihi non conſtat: ſic nec de eo, quod mox addit, Papinianum eas ſtipulationes captioſas iudicaſſe. Neq; vero placet, ideo dictas captioſas, vt Weſembec. & Mynſ. quod ambages ita necterentur & anfractus litium & actionum: & ſæpe ob inopiam alterutrius, alter quod præſtiterat, vel quod præſtandum erat, conſequi non poſſet. Non enim ob hoc captioſæ recte dicuntur: niſi forte verbum, *Captioſus* laxius hic vſurpetur: nam & Theophil. reddidit ἐπιζημίους, quod ſignificat, *damnoſas*. Porro quod *in prin. §.* vocat ſtipulationes ex Pegaſiano deſcendentes, intelligit quo ad hanc tractationem, in quam cum eas receperit & probarit Pegaſianum, hactenus quaſi deſcendiſſe ex eo videntur: Cæteroquin ex antiquiori iure eas à Senatuſconſulto Pegaſiano acceptas, & huc translatas antedicta oſtendunt.

Omnibus Nobis ſuggeſtis.] Ita Iuſtin. loqui ſolet, vel imo Tribonianus quaſi ipſe Imp. cauſa cognita accurate, LL. tulerit: ſed id paucis perſuadet: non certe mihi.

Quod poſtea ſuperuenit.] Atquin cum poſteriores LL. & conſtitutiones ſint potiores, Pegaſiani quoque SCti potior habenda ratio, & potius Trebell. explodendum videbatur. Hic perbelle & ſuauiter nugatur cũ aliis Porcius: & 1. hanc proponit rationem, quod magis dilexerit Trebellium: ſcilicet, qui 400. & amplius ante annis mortuus erat. Adquieſcit autem ipſe in hac ratione, quod Trebellianum SCtum in nullo peccauerit, ſed peccauerit Pegaſianum, dum admiſit illas ſtipulationes. Inepte: Ratio mihi manifeſta videtur: quod cum Iuſtin. omnino voluerit aut in ſolidum, aut pro rata transferri actiones, & vero ex SCto Trebell. eſſet actionum translatio, merito, cum ita ex Trebelliano eſſet principale, non magni momenti cætera huic adiecit.

Pro rata portione.] Obiicit poſt alios Weſemb. ita hæredem non habiturum quartam liberam, ſi pro ea teneatur reſpõdere creditoribus. Neſcio & non capio quid reſpondeat, mihi videtur inſubtilis obiectio. Hæreditas non tantum reſtitui dicitur actuali præſtatione, ſed etiam verbis *l. facta. 63. in pr. ad Trebell.* & tunc protinus fit diuiſio. Cæterum cum hæres dicitur teneri pro rata, intelligitur quarta commixta cum ære alieno. Quarta quidem

dicitur computari deducto ære alieno, ſed ſcilicet vt ſubducatur ratione inita quantum æris alieni, & quantum eo deducto in bonis ſit: non autem recta & ſtatim poteſt actu omne ſolui æs alienum. Fingamus defunctum reliquiſſe DCCC. ex his CCCC. eſſe æris alieni, vtcunque iam tum creditores non agant, nec iis ſolui poſſit, quod forte abſentes ſint, tamen deducitur æs alienum, vt ſciatur quid in bonis ſuperſit: ſcinduntur nihilominus actiones, & ſi tantum paratæ pecuniæ, vel in aliis bonis adſit; vt conficiantur præſentia iſta DCCC. fideicommiſſario dabuntur DC. & reliqua ducenta retinebit hæres: ita perinde erit, an habeat iſta ducenta vna cum ære alieno, & eius ſcilicet quarta parte: an habeat centum tantum libera ab ære alieno. Sed ratio iuris facit, vt pro rata reſpondere creditoribus hæreditariis teneatur: quem enim alias illi conueniant?

Vel repetere ſolutum.] Pertinet hoc ad tract. de condictione indebiti, & proinde præſupponẽdi ſunt termini habiles, quod nec à ſciẽte ſolutum fuerit, nec per ignorantiam iuris *l. error. 9. C. ad L. Falcid.* Et difficilius hic repetitio datur, quod credi poteſt hæres, non per errorem, ſed vt pleniorem fidem defuncto præſtaret, totum reſtituiſſe. *l. ſi hæres. 68. §. 1. ad Trebell.* ſed vtiq; audietur, ſi alleget errorem *d. §. 1.* & apertius *l. hæres. 21. eod.* Illud cuiuis perſpicuum eſt, quod nimis operoſe monet Hottom. verba *ſeqq. quaſi ex Trebelliano.* non eſſe referẽda ad iſtud quod de repetitione præcedit: neq; enim ex Trebelliano poteſt repetitioni locus eſſe: ſed pertinere ad id quod protinus ſequitur, actiones competere in fideicõmiſſariũ, perinde ac ſi ex Trebelliano, ratione ſcil. verborum Trebelliani & ſententiæ Senatus, hæreditas eſſet reſtituta; quoniam caſibus pleriſq; quos præmiſit Iuſtin. non tranſibant actiones, ſed hodie tranſeunt, perinde ac ſi de his caſibus ipſum Trebellianum diſpoſuiſſet.

De appellatione quartæ iſtius colophonis loco aliquid addendum eſt: vocatur à Doctoribus Trebellianica: ſed inſubtiliter: & maiori ratione appellaretur Pegaſiana: quoniam Pegaſiano SCto factum eſt, vt liceret detrahere quartam, à Trebelliano autem tantum eſt actionum translatio, ſed enim nego adduci poſſe vllum textum, quo quarta iſta, quam deducit hæres grauatus, appelletur Pegaſiana, ſed perpetuo aut vocatur ſimpliciter quarta, appellatur Falcidia: quomodo *in l. 1. & in l. ſi vt 11. C. ad L. Falcid. l. lex 47. §. 1. D. eod. l. 2. §. vlt. de iur. codicill.* & paſſim alibi. Et aperta ſolidaq; huius rei ratio eſt, quam ſuppeditat ipſe Iuſtin. *in §. ſed quia. 5. in pr. ſup. h. t.* quod Pegaſiano SCto non noua quarta introducta eſt, ſed per SCtum Pegaſianum lex Falcidia ad fideicommiſſa vniuerſalia producta: Vnde Vlpian. *tit. de fideicom. 26. §. Is qui. 12.* vbi agit de fideicommiſſo vniuerſali & hærede grauato: *Lege Falcidia,* inquit, *locum non habente:* & mox: *Lege autem Falcidia interueniente.* Et adeo nec poſtquam Iuſtinianus Pegaſianum SCtum in Trebellianum transfudit, iſta quarta dici poteſt Trebellianica: quoniam, vt dixi, à Pegaſiano SCto quarta noua non eſt. Nec eſt, quod quis iſtam nudam eſſe putet ſubtilitatem. Ego enim hinc defendo, poſitis terminis habilibus & in dubio, vbi iure differentia non eſt conſtituta inter quartam, quam hæres ex relictis particularibus, & fideicommiſſo vniuerſali detrahit, quidquid de Falcidia diſponitur, ad eam quartam quoque pertinere, quia detrahenda eſt ex fideicommiſſo vniuerſali. Atqui hinc ego intrepide defendo; cum ſimpliciter diſpoſitum ſit, quod hæres non conficiens inuentarium, non poſſit detrahere Falcidiam: Item, quod Falcidiæ detractio poſſit prohiberi: idem hoc obtinere etiam in quarta, quam detrahit alias hæres ex vniuerſali fideicommiſſo. Adeo ſi hoc animaduertiſſent Dd. & quod etiam appellatione Falcidiæ, propriе quarta, quam ipſi Trebellianicam vocant, contineatur, non tot inanes & ieiunas quæſtiones mouiſſent: nec in duabus illis quas modo attigi in quæſtionibus, ita in partes contrarias iuiſſent, vt vtra ſententia ſit communior, diſcerni vix poſſit.

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

Nihil autem intereſt, vtrum aliquis ex aſſe hæres inſtitutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte reſtituere rogatur: an ex parte hæres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem præcipimus obſeruari, quæ in totius hæreditatis reſtitutione diximus.

COMMENTARIVS.

Nimis quam perſpicuus hic locus eſt: & iam ſupra monuit *in* §. 2. poſſe hæredem rogari etiam de parte reſtituenda: Quod autem eſt *in verſ. an ex parte.* hoc nititur vulgata illa iuris regula: Quod iuris eſt in toto quo ad totum, idem iuris eſt in parte quo ad partem. Hæreditas nimirũ, vt audiuimus *ſup. de hæredib. inſt. in* §. 7. habet locum totius, de cuius partibus ibi nominatis, non de ſingularibus rebus hic agatur. vtroq; caſu ſciſſio actionum fiet, & qui recuſat adire hæreditatem, iuſſu prætoris id facere compellitur.

TEXTVS.

Si quis vna aliqua re deducta ſiue præcepta, quæ quartam continet, (veluti fundo vel alia re) hæreditatem ſit rogatus reſtituere: ſimili modo fiat ex Trebelliano reſtitutio: perinde ac ſi quarta parte retenta, rogatus eſſet reſtituere reliquam hæreditatem. Sed illud intereſt, quod caſu altero, id eſt, cum deducta ſiue præcepta aliqua re, reſtituitur hæreditas, in ſolidum ex Senatuſconſulto actiones transferũtur, & res, quæ remanet apud hæredem, ſine vllo onere hæreditario remanet apud eum, quaſi ex legato ei adquiſita: altero vero caſu, id eſt, cum quarta parte retenta rogatus eſt hæres reſtituere hæreditatem, & reſtituit, ſcinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur in fideicommiſſarium, pro quadrante remanent apud hæredem. Quin etiam licet vna re aliqua deducta, aut præcepta rogatus ſit aliquis reſtituere hæreditatem, in qua maxima pars hæreditatis, contineatur, æquè in ſolidum actiones transferuntur. Et ſecum deliberare debet is, cui reſtituitur hæreditas, an expediat ſibi reſtitui. Eadem ſcilicet interueniunt, & ſi duabus pluribusve deductis præceptisve rebus hæreditatem reſtituere rogatus ſit. Sed etſi certa ſumma deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, hæreditatem reſtituere aliquis rogatus ſit, idem iuris eſt. Quæ autem diximus de eo, qui ex aſſe inſtitutus eſt, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres ſcriptus eſt.

COMMENTARIVS.

Diximus *ſupr. ad* §. *hæreditas* 7. *de hæred. inſt.* Eum, qui in re ſingulari ſolus inſtitutus eſt, detracta mentione rei certæ, totum & in ſolidũ eſſe hæredem; ſin habeat cohæredem, eſſe pro legatario. Iſtud non inepte huc accõmodabimus: ſiquidẽ fideicõmiſſarius, cui ex re certa ſcriptus rogatus eſt reſtituere, & inſtar cohæredis, vbi ex fideicõmiſſo accepit hęreditatem. Quod ſi enim hæres ſcriptus adierit & cui reſtituere iuſſus eſt, repudiat hęreditatem, procul dubio ille ſolus & in ſolidũ hæres manebit, ſed vbi hic accepit fideicommiſſum, iam cum cohæredis inſtar videatur eſſe, hęres ſcriptus ſubit locũ legatarij: idq; totũ eſt, ꝗ prolixe hoc §. exemplo rei, & eius licet maximæ, exẽplo ſummæ & quantitatis, & exemplo plu

rium rerum, illuſtratur: *l. ſi legatum.* 30. §. *multum.* 3. *ad Trebell.* Nihil ſupereſt ad hunc locum, niſi vt verba quædam textus percurramus.

Deducta ſiue præcepta vna re.] Deductio, quæ conſiſtit in iure, vel parte iuris facit, vt actiones pro parte maneant penes grauatum, veluti ſi deducta quota, & aliqua parte hæreditatis iuſſus ſit reſtituere hæreditatem §§. *præcedd.* 6. & 7. ſecus in deductione, quæ eſt in re ſingulari, ex ratione iam dicta.

Ex SCto Trebell. reſtitutio fit.] *l.* 1. §. *ſi hæres.* 16. *ad Trebell.* Olim ſi hæres ex voluntate teſtatoris quartam vel amplius habebat, reſtitutio fiebat ex Trebelliano, id eſt, transferebantur pro parte actiones: hæc enim eſt certa & perpetua iure noſtro huius verbi ſignificatio & phraſis, *transferri vel reſtitui ex Trebellian. hæreditatem.* Si minus quarta habuiſſet hæres, cur poſt Pegaſianum non tranſierint actiones, diximus *ad* §. *ergo.* 6 *h. t.* Hodie omnimodo pro parte tranſeunt actiones, quæ transfertur §. *ſed quia.* 7. vtroq; autem iure veteri & nouo in caſu huius §. reſtitutio fit ex Trebelliano, & in ſolidum translatio actionum, licet hæres rem retineat: quoniam legatarij inſtar eſt. Sed quomodo transferet actiones, qui eas non habet, vtique enim legatarius actiones hæreditarias non habet? An dicimus eas transferri ſimplici poteſtate SCti? Sed ita poſſent eſſe directæ, ſi nullæ vmquam fuiſſent penes hæredẽ ſcriptum. An potius, hæredem ſcriptum & in hoc caſu ipſo iure eſſe hæredem, & adquirere actiones? quid enim ſi fideicommiſſarius repudiet fideicommiſſum? vtique tum ſolus ille hæres manebit: ſed eo ipſo dum alter ſuſcipit reſtitutam ſibi hæreditatem, iam degenerare in legatarium, & actiones in alterius perſona quaſi euaneſcere: quod ſane ſingulare & notabile eſt.

Perinde ac ſi quarta.] Comparatio in hoc eſt, quod actiones ex Trebelliano tranſeunt: cæteroquin magna eſt differentia: quæ & ſtatim ſubiicitur.

In qua maxima pars.] Valor enim rei non mutat rationem iuris: & nihilominus eſt res ſingularis. At videbantur hic ſaltem interponi debere ſtipulationes partis & pro parte: quibus locus eſt, vbi omnes actiones manent apud hæredem, & fideicommiſſarius eſt loco legatarij §. *ſed quia* 5. *h. t.* Cur igitur non hic, vbi actiones tranſeunt omnes, & hæres eſt loco legatarij? Sed differentiæ ratio pendet à ſubtili ratione iuris, quod illo caſu hæreditas reſtitui iuſſa eſt, & ſubtilis ratio ſaltem iuris obſtat, quo minus tranſeant actiones: cum tamen effectu hæres ſit, effectu quoque ipſo per conſequentiam eo res reducitur, ac ſi actionibus hæreditariis teneretur: hic autem tantum res ſingularis penes hæredem manet: quæ facit, ne vllo modo amplius habeat locum hæredis. Eoque penitus falſum eſt, quod hic ſcribit Mynſing. vltra id quod excedit teneri hæredem creditoribus hæreditariis. Etenim diſerte hic dicitur eſſe pro legatario. Et imputet ſibi fideicommiſſarius, qui accepit fideicommiſſum. Sed ſi forte hic non ſit ſoluendo, cognitio erit magiſtratus, an manus debeant porrigi in hæredem: quod vix puto, cum creditores habeant alia remedia, & præcipue, vt petant ſeparationem bonorum, ſi putent hæredem non eſſe ſoluendo. Magis autem falſum eſt, quod ait fideicommiſſarium non teneri vltra id quod accepit: cur enim alias diceretur deliberare eum debere, an expediat accipere hæreditatem? Peſſime etiam ibidem confundit rem hæreditariam cum quota & parte hæreditatis.

Et ſecum deliberare.] Vel maxime, quia in effectu ſolus hæres eſt, altero tantum legatarij vices fungente. Cæterum etiam tum deliberatio vtilis & neceſſaria eſt, ſi tantum pro dodrante tranſeant actiones, ſed & tum magis, vbi ex ratione iuris manentibus licet actionibus omnibus penes hæredem ſtipulationes emptæ & venditæ hæreditatis interponebantur, iuxta ſupra dicta.

Si duabus pluribusve.] Quia ſunt res ſingulares: & ſemper eadem manet ratio iuris.

Et ſi certa ſumma.] Nec enim hæc nomen iuris, ſed pro re ſingulari eſt.

Eadem

Digitized by Google

Eadem ad eum qui ex parte.] Iuxta terminos præmiſſos: veluti ſi Titius ex ſemiſſe inſtitutus, & idem deducto fundo hæreditatem reſtituere iuſſus ſit: tranſibunt enim pro ſemiſſe actiones. Hæc tamen comparatio non ſimpliciter accipienda eſt. Nam priori caſu vbi vnus ſolus eſt hæres ſcriptus & reſtituere rogatus, nihil intereſt, an ſit ſcriptus hæres ſimpliciter & deducto fundo reſtituere hæreditatem iuſſus, an ſit ſcriptus ex fundo & reſtituere iuſſus. Hoc autem caſu idem quidem erit, ſi ſcriptus ſit ſimpliciter aut ex ſemiſſe hæres, & deducto fundo iuſſus reſtituere. Verum ſi ſcriptus ſit ex fundo, & eum reſtituere iuſſus, ratio iuris magis facit, vt ſit tantum particulare fideicommiſſum, (qui a ex ratione iuris hic tantum legatarius eſt) & cohæres habeat integram hæreditatem. Sed & priori caſu, ſi quis ſolus ſit ex fundo ſcriptus & eum reſtituere iuſſus, erit quæſtio voluntatis, an teſtator voluerit integram hæreditatem reſtitui, an tantum fundum, reliquo penes hæredem ſcriptum manente: quippe cum ex ratione iuris detrahatur inſtitutioni mentio fundi: quæ an etiam detrahatur in fideicommiſſo, amplius quærendum eſt.

TEXTVS.

Præterea inteſtatus quoque moriturus, poteſt rogare eum ad quem bona ſua vel legitimo iure vel honorario pertinere intelligit, vt hæreditatem ſuam totam, eiuſue partem, aut rem aliquam, veluti, fundum, pecuniam, hominem, alicui reſtituat: cum alioqui legata niſi ex teſtamento non valeant.

COMMENTARIVS.

HOc iam diximus ſup. *ad* §.2. non tantum teſtamento, aut codicillis teſtamento confirmatis poſſe relinqui fideicommiſſum: ſalua ſemper portione debita ſiue aliis hæredibus, ſiue liberis & parentibus, de cuius actione ex N.18. diximus *ſup. ad tit. de inoff. teſt.*

Legitimo vel honorario.] Hæreditas ab inteſtato, à cauſa proxima plerumque in ſpecie legitima dicitur: & quidem vt legitima ſignificet eam quæ defertur iure ciuili: cui ſolet opponi prætorium (vt & hic) ex quo multi ſunt ordines ſuccedentium ab inteſtato, de quibus agitur lib. 38. Digeſtorum, & *inf. lib. 3. tit.* 10.

Eum ad quem pertinere intelligit.] Poteſt & nominatim quem ſcit ſibi ab inteſtato hæredem futurum grauare, & indefinite quoque eum eoſue qui ſibi ab inteſtato ſucceſſuri ſunt. *l. ſi quis. 3. in pr. de iur. codicill.* Et de vtroque iure prætorio & ciuili probant textus, *in l.* 1. §. *hoc autem* 5. *&* §. *bonorum* 7. *l. recuſare* 6. §. 1. *ad SC. Trebell. Vlp. tit.* 25. §. 3. Ratio dub. quod cui nihil do, eum nec grauare poſſum: ſed reſponſio facilis eſt, hoc ipſo ſatis eum dare videri, dum, quod facere poterat, non adimit, quod & diſerte reſpondit Vlp. *l.* 1. §. *ſciendum* 6. *d. leg.* 3. cum & illos hæredes inſtitutos grauare potuiſſet, eoque neceſſe eſt, vt qui grauat ſucceſſuros ab inteſtato, teſtamentum facere poſſit, vt *Vlp. d. tit.* 25. ait: & certi iuris eſt, eum qui teſtari nequit, eum nec codicillos ab inteſtato facere poſſe, *l. Diui* 6. §. *pen. de iur. codic.* & in hanc ſententiam eleganter ICtus *in l. conficiuntur* 8. §. 1. *eod. tit.* ideo fideicommiſſa dari poſſe ab inteſtato ſuccedentibus, quoniam creditur hic paterfam. ſponte ſua relinquere legitimam hæreditatem. Sed quid ſi aliquis grauatus ab inteſtato, repudiet, an ex ſequenti gradu admiſſus debebit fideicommiſſum? Nega: *l.* 1. §. *pen. de leg.* 3. cui contradicere videtur *l. ſi Titio* 61. §. 1. *d. leg.* 2. Ego interim reſpondebo & diſtinguam cum Acc. & Interpp. vulgo, an nominatim quis grauatus ſit, an ſaltem ſub appellatione gradus.

Aut rem aliquam.] Iſtud pertinet *ad ſeq. tit.* non ad hunc, in quo agitur de fideicommiſſo vniuerſali.

Legata niſi ex teſtamento.] Hoc non ſemel ſupra attigimus: hodie id ſecus. Et tamen probabile eſt vt plurimum verbis obliquatis legata codicillis relicta in vim fideicommiſſi valuiſſe, *arg. l. Scæuola.* 76. *ad Trebell.*

TEXTVS.

Eum quoque cui aliquid reſtituitur, poteſt rogare, vt id rurſum alij, aut totum aut partem, vel etiam aliquid aliud reſtituat.

COMMENTARIVS.

Fideicommiſſarius primus poteſt porro rogari, vt quod accepit alteri vel totum, vel partem reſtituat: ſed quæritur hic tum de translatione actionum in ſecundum fideicommiſſarium: tum de detractione quartæ, an & ſecundus non minus vt primus eam detrahere poſſit. Et quod ad prius attinet reſponſum eſt in *leg.1.§. de illo 8. & l. ſi patroni 55. §.2. ad Trebell.* hoc quoque caſu ex Trebelliano transire actiones: vt ille intermedius fideicommiſſarius videatur eſſe quaſi miniſtri loco. Sed quid ſi non pure ſed verbi cauſa poſt mortem rogatus ſit reſtituere? vtique dum vixit, habuit actiones: An ergo aliæ erunt actiones, primo gradu quæ dicantur vtiles, aliæ ſecundo gradu, quæ in ſecundum transferentur? Cum Lex ſimpliciter dicat transferri actiones ex Trebelliano, dicam transferri ſicut in fideicommiſſarium primum: & vtiles iſtæ actiones non deſcendunt ex conuentione, ſed dantur à prætore & competunt ex SCti autoritate: neque adeo aliquid à primo fideicommiſſario tranſit in ſecundum, ſed ex SCto idem hic habet vtiles actiones: ſicut habet fideicommiſſarius primus, in quem hæres poſt mortem ſuam eſt iuſſus transferre hæreditatem. Quod ad poſterius attinet, verius eſt, quod ſecundus fideicommiſſarius non detrahat quartam: quod probatur non tam ex *l. mulier 22.§.vlt.ad Trebell.* quam citat Mynſingerus: (quoniam loquitur de legatario bonorum in quem non tranſeunt actiones) quam ex *l. Lucius 78.§.hæres inſtit.11.h.t.* vbi in terminis quæritur, an fideicommiſſarius primus, quod ſibi detractum fuit ab hærede poſſit ſaltem imputare fideicommiſſario ſecundo: ſed reſpondetur totum reſtituendum: & quatenus cepiſſet (id eſt accepiſſet) fideicommiſſo obſtrictum: Item ex *l. Lex Falcidia §. numquam, Ad L. Falcid.* quod non vtatur L. Falcidiæ beneficio, cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas: Item ex l.1. §. Inde 19. h.t. vbi licet hæres non deducta quarta reſtituerit hæreditatem, tamen non poteſt fideicommiſſarius primus deducere ſecundo, niſi in primi gratiam hæres quartam non detraxerit. Quod tamen *in d.l.78.§.11.* negatur poſſe primum fideicommiſſarium deductionem ſibi factam, imputare ſecundo, oportet omnino ad eum caſum referri, quo totum quod accepit reſtituere eſt rogatus: cæteroquin ſi partem eius iuſſus ſit reſtituere, quod ſibi hæres detraxit, pro rata imputabit ſecundo, cum non ſit æquum ipſum ſolum deductionem pati: idque etiam in legatariis vel fideicommiſſariis particularibus obtinet, qui partem tantum eius quod acceperunt, reſtituere rogati iuſſi ſunt. *l. pœnales 32. §. ſi Titio 4. ad L. Falcid.* eoq; pertinet cautio, *ſi cui plus quam per L. Falcid. &c.* quam etiam præſtandam eſſe legatario, à quo fideicommiſſum relictum eſt, habetur *in l.1.§. ſed & 13. & l.5. ſi cui plus quam per L. Falcid.*

TEXTVS.

Et quia prima fideicommiſſorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen quam ſubſtantiam acceperunt: ideo D. Auguſtus ad neceſſitatem iuris ea retraxit. Nuper & nos eundem principem ſuperare contendentes, ex facto quod Tribonianus vir excellentiſſimus quæſtor palatij ſacri ſuggeſſit, conſtitutionem fecimus, per quam diſpoſuimus, ſi teſtator fidei hæredis ſui commiſit, vt vel hæreditatem vel ſpeciale fideicommiſſum reſtituat, & neque ex Scriptura, neque ex teſtium quinque numero, qui in fideicommiſſis legitimus eſſe noſcitur, poſſit res manifeſtari, ſed vel

pau-

pauciores teſtes quam quinque, vel nemo penitus teſtis interuenerit: tunc ſiue pater hæredis, ſiue alius quicunque ſit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo reſtitui aliquid voluerit, ſi perfidia hæres tentus, adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſecutam, ſi fideicommiſſarius iureiurandum ei detulerit, cum prius ipſe de calumnia iurauerit, habere eum neceſſe vel iuſiurandum ſubire, quod nihil tale à teſtatore audiuerit, vel recuſantem ad fideicommiſſi vel vniuerſalis vel ſpecialis coarctari ſolutionem, ne depereat vltima voluntas, commiſſa fidei hæredis. Eadem cenſuimus obſeruari, etſi à fideicommiſſario vel legatario aliquid ſimiliter relictum ſit. Quod ſi is à quo relictum dicitur, poſtquam negauerit, confiteatur quidem à ſe relictum aliquid eſſe, ſed ad legis ſubtilitatem recurrat, omnino ſoluere cogendus eſt.

COMMENTARIVS.

DIximus ad pr. tit. cum Iuſtin. hanc fuiſſe originem fideicommiſſorum, vt à ſola fide hæredis penderent, quæ poſtea Auguſtus ad neceſſitatem iuris retraxit, vt hic ſcribit Iuſtin. Eo argumento hic Iuſtinianus conſtituit, vt ſuſtineatur fideicommiſſum, & ſit tutum ordinariis probationibus, & ex fide ſola religioneque hæredis ſine ſcriptura & teſtibus conſiſtat. Equidem iam olim ſufficiebat, quacunque ratione & nuda ſcriptura fideicommiſſum probari *l. miles 75. de legat. 2. l. & in 22. C. de fideicommiſſ.* Sed vt hæredi citra vllam aliam probationem iuſiurandum deferri poſſit, admiſſum non exiſtimo: quinimo & poſtea fideicommiſſa relinquendi quauis ratione licentia, vide[illegible] in vltima quacunque voluntate, etiam codicillis, minimum, quinque teſtes placuit eſſe neceſſarios *l. vlt. C. de codicillis.* quæ conſtitutio mihi per diſpoſitionem hanc Iuſtin. conuelli penitiſſime videtur: vt ſcil. poſſit aliquis nec ſcriptura vlla, & neque teſte quidem vllo producto, contendere, ſibi ab hærede vel legatario aliquid eſſe relictum, etſi etiam de fideicommiſſo vniuerſali agatur, & adigere eum quem dicit eſſe grauatum, vt aut ſoluat, aut ſe debere iuratus neget. Conuellitur & illud certiſſimum iuris axioma, quod quæ ſunt relicta imperfecta vltima voluntate, aliqua præſtandi neceſſitate hæredem non obſtringant, licet à ſciente ſoluta, repeti non poſſint, quod & de fideicommiſſis eſt reſcriptum diſerte in *l. 2. & leg. ſi veritas 23. Cod. de fideicomm. facit l. ex ea 29. de teſtament. l. ex teſtamento 29. C. de fideicomm.* Tum porro cum Iuſtin. exæquauerit legata fideicommiſſis, ita vt quidquid legatis deeſt, ex fideicommiſſis ſuppleri voluerit, erit huius §. & *l. vlt. C. de fideicomm.* ſententiæ locus, ſi teſtator, ſine vllis teſtibus & ſcriptura, dixerit ad hæredem, ſe legare Titio centum, quæ ſane fœdam inducunt abuſionem & confuſionem & peruerſionem tam ſolemniter conſtituti iuris. Exiſtimo, Interpp. cum hæc abſurda animaduerterent, in f. §. poſt verba *quod ſi is à quo relictum dicitur.* limitationis vice adieciſſe, id procedere, *poſtquam hæres vel legatarius negauerit.* vnde verba, *poſtquam negauerit* poſtea in contextum irrepſerint, quæ in veteribus libris deeſſe *Hottom. Contius, Ruſſard. &* *Cuiac.* notant. & ea quoque Theoph. non agnoſcit; & in aliquibus libris ea deeſſe teſtatur *Ioh. Faber.* nec in *l. vlt. C. de fideicom.* ex qua hic §. deſumptus eſt, vllum eorum exſtat veſtigium, ſed Iuſtinianus ſolum vrget voluntatem defuncti, cui parere vult grauatum, licet de ea nullis legitimis probationibus conſtet. Et vero ſi hæres initio fatetur à ſe aliquid relictum, & fidei ſuæ commiſſum citra & teſtes & legitimam ſcripturam, non teneretur ex conſtitutione Iuſtiniani ſoluere quod relictum eſt, ſtolide vtiq; negaret, vſq; dum ſibi iuramentum deferretur & ſi delato iuraméto nolés illud ſubire & quaſi coactus

coactus confiteri, & pro confeſſo habitus cogitur ſoluere, vt eſt *h.§.& d.l.vlt.* nec recurritur ad alienam fidem: quomodo recurritur, vbi eſt confeſſus ſponte? Itaque vere ait Iuſtin. in pr. §. quod ſuperauerit Auguſtum: cui tam abſurdam rem diſponere nunquam venit in mentem: ſed cum fideicommiſſa olim vt maxime probata legitime, nullam tamen iuris neceſſitatem haberent, cenſuit interponendam autoritatem ſuam. Neque variæ explicationes Dd. ad hunc locum, vt effugiant iſtas abſurditates, mihi ſapiunt. Alij diſtinguunt an teſtator fidem hæredis ſolam elegerit, ſuper fideicommiſſo, vt tum hæres fatens à ſe relictum, fideicommiſſum præſtare teneatur: an imperfecta voluntate aliquid reliquerit, non nominatim appellata fide hæredis, vt tum non teneatur hæres niſi in pœnam mendacij: vel breuius an quis in teſtamento aut codicillis imperfectis aliquid reliquerit, vt tum hæres poſſit impugnare voluntatem & negare ſe teneri, quo referunt *d. l. 23. C. de fideic.* an cum teſtamentum vel codicillos rite quis feciſſet, extra eos fidei hæredis quid commiſerit, vt tum procedat hic §. quem communem eſſe Dd. intellectum refert Fab. hic. vbi tamen allegat Ioan. contra ſententem. Et ipſe contra eam partem, quod ſi teſtamento vel alia voluntate non ſolenni aliquid relictum ſit, poſſit hæres negare ſe teneri ob defectum ſolemnitatis, licet fateatur relictum eſſe, diſputat hoc modo quod etiam teſtamenta & codicilli poſſint fieri nuncupatiue: & quod ratio *d. l. vlt. C. de fideicom.* & huius § ad iſtum quoque caſum porrigatur: & maxime ſi ponatur qui non eſt ſucceſſurus ab inteſtato, rogatus, qui allegando imperfectionem hoc ipſo ſe repelleret. Item quod ſi hæres poſſet fatendo relictum & allegando imperfectionem, adigere fideicommiſſarium ad probandam voluntatem, remedium iſtius futurum eſſet inutile. Ipſe tandem eo delabitur, vt referat hunc textum ad caſum rei negantis in iudicio: quod tum fideicommiſſarius poſſit aut offerre iuramentum, aut probare relictum. Verum ita hæres cui conſtat de imperfectione, ſemper eam allegabit, & fatebitur relictum. Cogita. Plane ſi ſit hæres qui alias ab inteſtato ſuccederet, locus eſt etiam quæſtioni in terminis imperfectæ voluntatis vt in *l. 23. C. de fideicomm.* Sed ſi ſit extraneus, qui non niſi ex teſtamento venire poteſt, neceſſario ponendum erit, eum ſeorſim extra teſtamentum rogatum eſſe. Textus autem noſter de quocunque hærede loquitur, & hoc ſolum agit ne pereat vltima voluntas. Res extricari vix poteſt, ſed confugiendum eſt ad ſocordiam Triboniani arguendam. Et alias iuxta hunc text. eo deueniremus, vt etiam non legitimo teſtamento ſcriptus hæres, poſſit obtinere contra legitimum, propter ſolam voluntatem defuncti, itaque omnia iura teſtamentorum confunderentur. Weſemb. hic ingenue agnoſcit id eſſe ius nouum & ideo fruſtra obiici *l. 23. & 29 C. de fideicomm.* At enim quantæ ſocordiæ fuerit, textus correctos ſub eodem tit. referre. Prorſus Iuſtin. loquitur de quauis vltima voluntate, & eius fauorem allegat, & quod fidem hæredis elegerit defunctus: & quod fide ſua hoc receperit hæres, & quod hæres delato iuramento ipſe quaſi fiat iudex. Quibus rationibus ſi locum damus, omnia ſolemnia iuris vt dixi, conuellentur. Plane autem abſurde Weſemb. ita diſputat: quod ſicut alibi licet deferre iuramentum, vt non audiatur reus prouocans ad ordinem iudiciorum, & quod actor probare debeat, ita nec hic debeat audiri reus, ſi prouocet ad ſolemnitatem. Ceterum ita, vt rurſus repetam, omnia conuellentur iura de ſolemnitate vltimarum voluntatum. Et procedit illud in his, quæ rite acta & geſta ſunt: quid enim ſi reus dicat, nudum pactum factum eſſe licet actor deferat iuramentum, tamen nec iurare nec ſoluere cogetur hæres. Ita hic diſpoſitum eſt, inutiles eſſe voluntates ſine certis ſolemnibus. Itaque oportet eſſe prius iuſtam actionem, vt iuramenti delationi ſit locus, quæ hic deficit. Alij requirunt, vt hæres nominatim promiſerit defuncto, ſe fideicommiſſum præſtaturum. Alij vt Porcius, fingunt, teſtatorem ſolemni volun-

Digitized by Google

voluntate inſtituiſſe heredem, & poſt eum de eo conſideret, voluntate non ſolemni ipſum fideicommiſſo grauaſſe. Omnia hæc, & ſi quæ ſunt alia eius generis, aliena ſunt à mente Iuſtiniani, aut Triboniani potius, qui ſecurus iuris veteris conſtitutionũ quidquid ſibi in mentem venit, ſiue in buccam, conſtituit. Valde tamen placet, vt huiuſmodi limitationes & reſtrictiones admittantur, potius quam abſurda adeo ſententia recipiatur.

Ideo D. Auguſtus.] Non ſatis iſta ratio concludit: quia pendebant à fide hæredum, ideo ea Auguſtus neceſſario præſtanda voluit: & aliis eum rationibus fuiſſe motum ad pr. diximus, nec omnino indiſtincte quæuis fideicommiſſa eum præſtari voluiſſe apparet.

Eum ſuperare contendentes.] Quam bene id contenderit, ex prædictis apparet.

Qui in fideicommiſſo legitimus.] Ex conſtitutionibus poſterioribus *l. vlt. C. de codicill.* ante enim ſatis fuiſſe videtur, vt conſtiterit de voluntate defuncti: Et tamen etiam ſub Diocletiano ſolemnitatem fuiſſe neceſſariam, probari videtur ex *l. ſi veritas 23. C. de fideicomm.* niſi quis referre id velit ad ea quæ teſtamento non ſolenni relicta ſunt, arg. *l. ex teſtamento 29. C. eod.*

Cum prius de calumnia iurauerit.] Hoc generale eſt, vt quiſquis iuramentum deciſorium alicui defert, prius de calumnia eum iurare oporteat. *l. iusiur. 34. §. qui 4. de iureiur.*

Neceſſe eum habere.] Sed an non poterit iuſiurandum referre? arg. *l. manifeſtæ 38. de iureiur.* ſed iſtud procedit in iis, quæ vterque litigantium pariter ſcire poteſt: hic autem actor arguit id fidei heredis commiſſum eſſe, in cuiuſmodi terminis relationi locus non eſt, arg. *l. Marcellus 11. cum l. ſeq. Rer. amot.* & notant *Mynſ. & VVeſemb. hic.*

Ad legis ſubtilitatem.] Quod ſcil. non valeat vltima voluntas ſine iuſta ſolemnitate & probatione: vt explicant omnes.

(?)

AD TITVLVM XXIV. LIBRI SECVNDI INſtitutionum,

DE SINGVLIS REBVS per fideicommiſſum relictis.

TEXTVS.

Poteſt tamen quis etiam res ſingulas per fideicommiſſum relinquere: veluti fundum, argentum, veſtem, hominem, & pecuniam numeratam: & vel ipſum heredem rogare vt alicui reſtituat, vel legatarium, quamuis à legatario legari non poſſit.

COMMENTARIVS.

Diximus de fideicommiſſis vniuerſalibus: ſequuntur particularia, quæ præſertim poſt exæquationem Iuſtinianeam omnia fere cum legatis habent communia. Sed an hodieque hæc etiam differentia ſupereſt, quod à legatario legari non poſſit, vt *in fin. h. text.* habetur, olim non potuiſſe conſtat: & teſtis eſt *Caius lib. 2. tit. 7. de fideicomm. §. 3.* Rationem duplicem adfert Hottom. 1. quod legatum ſit pura donatio. Hæc vero inepta eſt. Aut enim dicitur pura ratione eius cui relinquitur & legatum eſt, & ita hoc ſenſu ſtante hac ratione, nec fideicommitti à legatario poſſet, aut ratione ſecundi, cui res reſtituenda eſt: & vtique tum manet pura donatio non minus quam ſi fideicommiſſum eſſet, ſed enim cui aliquid datur is quoque grauari poteſt: quod cur per fideicommiſſum, ſed non per legatum fieri olim potuerit, quærimus. 2. Quia ſine cauſa in duorum perſona diffunderet, quod in vnius nempe perſona heredis ſtatuere poſſet. Hæc quoque ratio nulla eſt, quoniam & quod per fideicommiſſum à legata-

 rio

rio relinquit, recta ab hærede relinquere potuiſſet. Et permiſſa hac in re eſt libera diſponẽdi facultas teſtatori, qui forte voluit alium hoc beneficium à legatario accipere. Rectior ratio eſt quam reddit VVeſembec. quod legata verbis Legis & imperatiuis relinquantur *Vlp. tit. 24. de legat. in pr.* quod tantum in hæredem vniuerſi iuris ſucceſſorem, & qui repræſentat defunctum, licet. Sed an hodie eadem differentia durat? Videatur ita eſſe, quia Iuſtin. non ait, *poterat* aut *poſſet*, ſed poſſit, qua in re VVeſemb. ſocordiam Triboniani notat, qui immemor nouationis, hoc ita ex libro veteris ICti deſcripſerit. Et eſt communiſſima Interpp. ſententia, hanc differentiam hodie ſublatam eſſe. Et hoc tamen declaratione opus habet. Et formulam legandi per præceptionem non habere hic locum conſtat. Idem dixero de formula legandi per vindicationem. Quod ſi enim teſtator legauerit Titio fundum, ſi leget eundem fundum Caio & dicat, Caio eundem fundum lego, aut coniunctio erit aut ademptio, iuxta not. ſup. ad tit. *de adempt. legat.* Reliquis duobus modis locum eſſe admitto: veluti ſi teſtator cum legaſſet fundum Titio, dixit, Damnas eſto Titius, eum fundum, vel etiam quid aliud, dare Seio: non dubitari hodie poteſt, quin vtilis ſit diſpoſitio; cum & alias legata hæc damnationis, non pauca cum fideicommiſſis habeant ſimilia.

TEXTVS.

Poteſt autem non ſolum proprias res teſtator per fideicommiſſum relinquere, ſed & hæredis, aut legatarii, aut fideicommiſſarii, aut cuiuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommiſſarius non ſolum de ea re rogari poteſt, vt eam alicui reſtituat, quæ ei relicta ſit, ſed etiam de alia, ſiue ipſius ſiue aliena ſit. Hoc obſeruandum eſt ſolum, ne plus rogetur quiſquam alicui reſtituere, quam ipſe ex teſtamento acceperit: nam quod amplius eſt, inutiliter relinquitur. Cum autem per fideicommiſſum res aliena relinquitur, neceſſe eſt ei qui rogatus eſt, aut redimere ipſam & præſtare, aut æſtimationem eius ſoluere.

COMMENTARIVS.

ID quoque iam olim fideicommiſſa habuerunt communia cum legatis, vt in illa veniret res propria teſtatoris, ipſius grauati, & aliena quoque, quæ alicuius tertii eſſet, de quibus membris ſingulis *ad* §. 4. *ſup. de legat.* dictũ eſt. Sed quod omnino obſeruandum, non omnimodo idem iuris hic eſt in fideicommiſſis quod in legatis. Et diximus ſupra, ita demum rei alienę legatum valere, ſi teſtator eam alienam eſſe ſciat, ſecus eſſe puto in fideicõmiſſo, hactenus, vt licet res per fideicommiſſum relicta ſit ipſius legatarii, vel heredis, (quos ſcil. teſtator grauauit) cum teſtator eam putaret eſſe alienam, valęat fideicommiſſum. Et hoc probatur 1. ex ceſſantibus rationibus ex quibus ſi teſtator neſciat rem eſſe alienam, legatum valere negatur, de quibus *in* §. 4. *ſup. de legat.* dictum eſt. 2. ex *l. vnum 67. §. ſi rem 8. de legat. 2.* iuxta quam legatum rei valet, quam teſtator putabat alterius eſſe, cum tamen eſſet heredis. Adeoque apparet tum demum legatum aut relictum non ſubſiſtere, ſi teſtator putauit rem eſſe ſuam. Hactenus autem idem erit ſi teſtator ab hærede per fideicommiſſum reliquerit rem quam putabat alienam, cum eſſet ſua ipſius, vt nimirum fideicommiſſum non valęat hoc caſu. Amplius diximus iam citato loco, legatario rem propriam non poſſe legari. An idem in fideicommiſſo? Nõ puto. Et ſi teſtator rogauerit hæredem vel legatarium, vt Titio præſtet fundum certum puto valere fideicommiſſum, vtcunq; tempore teſtamenti fundus ille ſit Titii, modo non ſit eo tempore quo de præſtando fideicommiſſo quæritur: neq; enim in fideicommiſſis iuris ſubtilitas ſpectatur, neq; illa cedunt à morte

teſtato-

teſtatoris, nec ad ea pertinet regula Catoniana. Neq; huc produxerim exæquationem fideicommiſſorũ. Hoc enim ſubſtantiale manet, vt non recta tranſeant, ſed per aliorũ manus capiantur: vbi ſcil. non agitur de re teſtatoris. Nam hoc caſu & pro hac etiã per fideicommiſſum relicta, non dubitem hodie competere quoq; actionem in rem, & mortuo fideicõmiſſario ante præſtitum fideicommiſſum, etiam ante hæreditatem aditam petitionem tranſmitti in hæredem.

Hoc ſolum obſeruandum.] Hæc ſententia naturalem & nimis quam habet apertam rationem. Cõceſſum eſt morituris, vt legem quam velint rebus ſuis dicant: ſed vt alios quibus nihil de ſuis dederunt, vel vltra quam dederunt, liceat onerare, & ita de alieno diſponere, id fuerit nimis abſurdum. Et tradita eſt regula hæc præter iſtum textum *in l. filiusf.* 114. §. *apud* 3. *in fin. de legat.* 1. *l.* 1. §. *ſciendum* 6 *de legat.* 3. *l.* 1. §. *ſi u qui.* 17. *in fin. ad SC. Trebell.* Interpp non vnam hic notant exceptionem, ſed ſi quis ſubtilius paulo eas conſideret, non exceptiones illæ, ſed declarationes ſunt regulæ. Et aliquas earum attingemus. Vna eſt, ſi centum legatis, reſtituere iuſſus ſit ducenta poſt tempus. valet hic fideicommiſſum, ratione vſurarum, ſi tantum intermedio tempore hæ effecerint *l. Imp.* 70. §. 1. *de legat.* 2. quia quod vltra legatum eſt in commodo temporis iſtius continetur. Secunda, ſi teſtator legatis centum, roget vt legatarius alii reſtituat fundũ ſuum, qui forte pluris eſt, accepto legato obſtringitur fideicommiſſo legatarius ex ſpeciali ratione, quod accepto legato tanti fundum ſuum æſtimaſſe cenſetur *d. l.* 70. §. 1. *in fin.* Tertia: ſi legato fundo, iuſſerit teſtator vt legatarius centum, (quanti non valet fundus) vel fundum & centum poſt tempus reſtitueret: valet legatum, ſi interim tantum ex fructibus fundi legatarius conſequi potuerit *d. l.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Quarta, quæ habet eandem rationem cum ſecunda. Si duabus rebus alternatiue legatis, & ea quæ precioſior eſt, reſtituere iuſſa, legatarius eligat deteriorem, tenetur vt præſtet precioſiorem, quam eligere poterat, quoniam eligendo alteram, pluris eam æſtimaſſe cenſetur *l. plane* 94. §. *ſi cui de legat.* 1. Quinta eſt, quam ponit Faber, ſi quis cum legaſſet alicui centum modios frumenti iuſſerit poſt aliquot annos alteri reſtituere plures: nam incerta æſtimatio frumenti vtile & hoc fideicommiſſum facit. Ex quibus apparet, iſtas reuera non eſſe exceptiones à regula, cum ſuas habeant proprias & ſpeciales rationes.

Cum autem aliena.] Idem in legatis, vt oſtenſum ſup. §. *non ſolum* 4. *in princ. de legat.*

TEXTVS.

Libertas quoque dari ſeruo poteſt per fideicõmiſſum, vt manumittere eum heres rogetur, vel fideicommiſſarius vel legatarius. Nec intereſt vtrum de ſuo ſeruo proprio teſtator roget, an de eo qui ipſius heredis, aut legatarii, vel etiã extranei ſit. Itaq; & alienus ſeruus debet redimi & manumitti. Quod ſi dominus eam non vẽdat, ſi modo nihil ex iudicio eius, qui reliquit libertatem perceperit, non ſtatim extinguitur libertas fideicõmiſſaria, ſed differtur, quo ad poſſit tẽpore procedente, vbicunq; occaſio ſerui redimẽdi fuerit, prestari libertas. Qui autẽ ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, nõ teſtatoris fit libertus, etiãſi teſtatoris ſeruus ſit, ſed eius qui manumittit. At is qui ex teſtamẽto directo liber eſſe iubetur, ipſius teſtatoris libertus fit, qui etiã orcinus appellatur. Nec alius vllus ex teſtamento directã libertatem habere poteſt, quam qui vtroq; tẽpore teſtatoris fuerit, & quo faceret teſtamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio ſeruum manumitti rogat, ſed velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult.

COMMENTARIVS.

Libertas relinquitur aut ſeruo qui eſt teſtatoris, aut qui teſtatoris non eſt, & hic aut eius qui eſt honoratus, aut qui non eſt honoratus, qui dicitur hic extraneus, & eius ſeruus in ſpecie alienus, ſicut rem in hac materia alienam in ſpecie dicimus, quę nec teſtatoris nec heredis, nec legatarii eſt *§. non ſolum 4. ſup. de legatis.* Seruo proprio recte libertas omnimodo relinquitur, ſiue directo, ſiue vt heres rogetur de manumittendo, de quo dicemus in *verſ. qui autem.* & imo nec hæredem tantum puto de eo liberando rogari poſſe, ſed etiam legatarium aut fideicommiſſarium, vt ſcil. eum redimat ab herede & manumittat. Honoratus eſt hic heres, legatarius aut fideicommiſſarius. Et intelligimus hos legatū vel hereditatem non repudiaſſe: hoc enim ſi fecerint, manumittere ſeruum non tenentur, ſed ſi agnouerint, tenentur, *h. textu verſ. Quod ſi dominus l. deberi 6. C. de fideicom. lib.* etiamſi forte quod legatum ſit, minus ſit æſtimatione ſerui quia accipiendo legatum, tanti ſeruum intelligitur æſtimaſſe. *l. ſed ſi non 36. in pr. ad L. Falcid.* (quod vt paulo ante notauimus, etiam in aliis legatis iuris eſt) *l. generaliter 24. §. ſi quis 12. de fideicom. libert.* Alienus ſeruus per fideicommiſſum quoq; recte, vt manumittatur rogantur hæres & legatarius, hoc effectu vt eum rediment à domino *h. §. verſ. itaque.* quandocunq; eius redimēdi occaſio datur, neq; enim ſi initio v. c. aditæ hæreditatis ſeruum recuſet vendere dominus, fideicommiſſum libertatis expirat, ſed interim differtur *h. §. d. verſ. quod ſi dominus:* neque enim hic locus eſt præſtationi æſtimationis, quæ alias ſoluenda eſt, ſi legata re aliena dominus eam vendere nolit. Et hoc tamen, quod legatarius cogatur redimere ſeruum alienum, demum procedit, ſi quod accepit, non minus ſit quam ſeruus redimi poſſit, quam differentiam inter ſeruum proprium legatarii & alienum *in d. l. 24. §. 12. de fideicom. lib.* diſerte proponit ICtus, cuius ratio ea fortaſſis eſt, quod quilibet ſcire intelligitur pretiū rei ſuæ, & tanti adeo æſtimaſſe, dum legatum agnouit, at nō ita qui, creditur ſcire pretium rei alienæ: nec proinde agnoſcendo legatum, obſtrinxiſſe ſe videri poteſt omnimodo ad præſtationem rei, quæ ab ipſo relicta eſt, cum & ſperare potuerit, ſe eam minoris, & eo pretio, quod ex teſtamēto accipit, redimere poſſe. Quæri autem poſſit his fere caſibus omnibus extra quā ſi ſeruus proprius ſit teſtatoris an verbis directis libertas omnino inutiliter detur. Et præcipue in ſeruo qui eſt heredis, ſed & in ſeruo legatarii aut fideicommiſſarii, imo & in ſeruo alieno, vt hæres de eo manumittēdo rogatus videatur. Directo enim cōpetere libertatem non poſſe conſtat *h. textu verſ. nec alius.* cum hoc modo recta à morte teſtatoris ſeruus fiat liber. Sed poſſit humaniter dici, verba directa in vim fideicommiſſi obliquanda eſſe, quomodo & *in l. generaliter 24. §. ſi quis 10. de fideicomm. liber.* inutiliter ſtricto iure relicta directo libertas ſuſtinetur iure fideicommiſſi, quomodo & in caſu tutoris dati & proprii & alieni ſerui, fideicommiſſariam libertatem fauorabiliter admittimus *l. etſi 9. C. de fideicom. lib. l. ſi hereditas §. vlt. de teſtam. tut.* Haud tamen ſcio an hoc obtinere poſſit, propter textum *in l. libertates 16. de fideicomm. lib.* vbi ICtus laxum admittit vſum libertatis per fideicomm. relictæ, dummodo voluntas teſtatoris vulgaribus & euidentibus verbis oſtendatur. Et *in l. ſeruo 9. C. de teſtam. manum.* nec heredis ſeruo directam libertatem dari poſſe reſcriptum eſt, nec id diſſimulaſſent Impp. conſulti, ſi putaſſent fideicommiſſariæ libertati locum eſſe. Sed redeamus ad textum noſtrum. Ait Iuſtin.

Si modo nihil ex iudicio eius.] Loquitur de ſeruo alieno, quem oppoſuit ſeruo legatarii & fideicommiſſarii, eoque inſubtilis eſt hæc exceptio, quippe ſi dominus aliquid accepit ex iudicio defuncti, iam legatarius eſt aut fideicommiſſarius: quamuis ita etiam loquatur Imp. *in l. deberi 6. C. de fideic. libert.*

Qui autem ex fideicomm.] Pertinet hoc tantum ad ſeruum proprium teſtatoris, cui recte directo datur libertas hoc effectu, vt recta à morte domini citra aliquod factum heredis con-

conſequatur libertatem: ad quod Iuſtin. ait eſſe neceſſe, vt & teſtamenti & mortis tempore in teſtatoris poteſtate fuerit, ex ICto in *l. Seruius 35. de manum. teſtament.* Et de poſteriori non dubium eſt, non poſſe ſeruo directam libertatem competere, qui tẽpore eo quo teſtator mortuus eſt, in poteſtate eſt aliena. Prioris rationem oportet hanc eſſe, quod libertas inutiliter directo data eſt ſeruo alieno vt paulo ante diximus. Fauor tamen humanitatis expoſcere videbatur, vt libertas competeret, ſi ante mortem ſeruus ille teſtatoris ꝓprius factus fuiſſet, maxime, cum alias libertas plane ad irritum recidat, & nec valeat quidem in vim fideicommiſſi: Ceteroquin non obſtat *l. ſi ſerui 30. de manum. teſt.* facit enim fictio poſtliminij, (ſunt enim intelligendi ſerui teſtatoris capti ab hoſtibus) vt libertas directa ijs quandoque ab hoſtibus reuerſis cõpetat. Medium inter teſtamentum & mortem tempus libertati non obeſſe docet *l. verum 58. de manum. teſtam.* Mouet Iaſon ad Porc. an non etiam conſiderandum ſit tempus aditæ hæreditatis, quo cedit dies libertatis relictæ. Sed inepte: ſane requiritur, illum eo tẽpore fuiſſe defuncti: ſed in hæreditate eum mãſiſſe oportet. Et quod obſeruat ipſe Iaſon, fieri non poteſt, vt hic ſeruus alienetur, necdum adita hæreditate, qua adita eo puncto fit liber. Et aditio hæreditatis exſpectatur, quę ſi non fiat, nihil eo teſtamento ſcriptum valet. Seruus itaque manumiſſus ita directo, fit, vt hic vocatur, & in *l. directis 10. Cod. de teſtam. man. l. 3. §. 3. de legit. tutor. l. dominus 22. de pecul. legat. l. 4. §. hi qui 11. de fideic. libert.* orcinus libertus, tamquam eius, qui apud Orcum iam eſſet, quo reſpectu Theoph. hic vocat χαρωνιτὸν: & eodem quoque ſenſu apud Plutarch. in M. Antonio dicuntur Senatores χαρωνῖται. (Orcum autem pro defuncto veteres dixiſſe, vt Weſemb. hic ſcribit, falſum puto, nec probatur ex *Gell. 1. noct. 4.*) Nullum enim habebant patronum vt & illi, quorum mentio in *l. ſi necem 4. de bon. libert.* quod & notat *Cuiac. 3. obſ. 23.* & diſerte hic Iuſtinian. teſtatoris cum ait eſſe libertum. Commentum autem eſt *Alciati, qui 1. præterm.* mauult legi orthinum; & ineptius eſt quod ait ita dictum, quomodo orthodoxi, dicũtur, longe enim differt Recte & Recta. Recta dicitur libertatem accipere: Et eſt iſtud figmẽtum de orthino etiam apud Accurs. hic. Ad familiam tamen teſtatoris eos pertinuiſſe docet *l. ſi Socius 48. de manum. teſtam. & l. 3. §. 3. de legit. tutorib.* quod ſane quo pertineat, & quis eius rei ſit effectus, non ſatis intelligo; liberos defuncti tutores huiuſmodi liberti impuberis eſſe docet *d. l. 3. §. 3.* & imo ius patronatus in eo liberos & cognatos habere, ait Iuſtin. in *l. vn. §. ſed & ſi 7. C. de Lat. lib. toll.* Quod ſi vere dicit Iuſtin. non animaduerto quomodo defendi poſſit, eum nullius eſſe libertum. Et poteſt ſuo ſenſu, & ſecundum quid dici libertus orcinus, vt tamen ſecundum quid ſit aliorum libertus. Et ſunt varia iura patronorum, vt ne in ius ſine venia vocentur, vt ſuccedant ab inteſtato, vt poſſeſſionem contra tabb. habeãt, vt operas exigere poſſint à liberto; quod poſterius, facile quidem conceſſerim ceſſare in hoc liberto; cum nec qui ſeruum ex fideicõmiſſo manumiſit, hoc iure vtatur *l. qui ex cauſa 29. de bon. libertor.* Atq; ita accipiendum eſt, ꝙ indefinite ait hic Iuſtin. eum, qui ex fideicommiſſo manumittitur, fieri libertum, eius, qui manumittit: *l. hi quibus 7. C. de fideicomm. lib.* vt fiat quidem libertus, & qui manumittit, patronus, ſed non pleno iure, vt & ij qui ex mera liberalitate hoc faciunt. Quæritur an iſta differentia libertatis directo & per fideicõmiſſum datæ hodie ſublata ſit, poſt *l. 2. C. commun. de legat.* Video à nemine veterum Interpp. hoc controuerti, & omnes hanc differentiam agnoſcere. Rectiſſime; ſupr. enim diximus exæquationem illã ceſſare vbi appareret de voluntate teſtatoris alia, quæ ſane hic eſt expreſſiſſima; & fieret iniuria hæredi, cui alias eriperetur libertus, ꝙ non exigui eſt effectus. Et ita quoq; Dd. communiſſime omnes in *l. 1. de leg. 1. Bart. n. 6. Alciat. n. 5. Zaſ. n. 7. Iaſon. col. 5.* vbi ab omnibus probari ſcribit; vt nimis inepte ſint quidam Neoterici, qui hic contendunt referri ius antiquatum.

TEXTVS.

Verba autem fideicommiſſorum in vſu hæc maxime habentur, peto, rogo volo, mando, fidei tuæ cōmitto, quæ perinde ſingula firma ſunt, atque ſi in vnum omnia congeſta eſſent.

COMMENTARIVS.

Recte ait Iuſtin. *maxime:* non ſunt enim certa verba fideicommiſſorum *Vlp. tit. 25. de fideicommiſ.* §. 1. ait eſſe verba fideicommiſſi: fidei committo, peto, volo dari, *& ſimilia*, plura refert *Paulus 4. ſent.* 1. fideicommittere, inquit, his verbis poſſumus, Rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, iniũgo, deſidero, impero. Et adhuc generalius *Iuſtin. in l. 2. C. comm. de legat.* omne verbum quo ſaltem ſignificatur voluntas teſtatoris, admittit. Sæpe etiam directa verba in vim fideicommiſſi obliquãtur vt in *l. Scæuola 76. ad Trebell.* non raro etiam ex verbis quæ ad fideicõmittendum directa non ſunt, fideicommiſſum per probabiles cõiecturas colligitur; cuius rei paſſim in *Tit. de legatis & fideic. & ad SC. Trebell.* exempla occurrunt. Verba fideicommiſſorum precatiua appellat *Vlp. tit. 24. in pr.* eaq; opponit verbis legatorum, quæ Legis erant & imperatiua, vt ibid. ait. Cui non conuenit, quod Paulus loco iam citato, *Impero* refert inter verba fideicommiſſi. An potius legẽdum *Impero*, vt quidem vulgo ibi legitur, & *Impero*, eſt a Cuiacio & ab *Alciato 7. parerg. 13.* An ambiguum eſt verbum imperare, aut potius ambigue dicitur, verba Legis imperatiua eſſe. Nam ita dicuntur quæ autoritate propria valent, licet non vtantur hoc verbo *Imperare.* Et in noſtra materia hac, videantur fere eſſe obliqua verba & fideicommiſſaria, vbi per hæredem aliquid vult fieri teſtator; veluti ſi dicat Impero tibi vt ſeruũ meum manumittas; procul dubio eſt libertas fideicommiſſaria. In alijs autem poſſit dubitari veluti ſi dicat Impero tibi vt Titio decẽ des; qui enim minus legatum iſtud dicem⁹, quam ſi dixerit, Hæres damnas eſto; an in verbo illo Imperatiui modi, & quod inſtar iudicis condemnat, rationẽ huius differentiæ ſumemus? Plane ſi hæres damnetur ſeruum manumittere, erit & hæc fideicommiſſaria libertas. Itaq; ex obiecto ipſo aliquando hoc erit æſtimandum; velut & vbi de re reſtituenda alteri quæritur, veluti hereditate, non poterit niſi fideicommiſſaria eſſe hæreditas, licet imperandi verbo vſus ſit teſtator, vel etiam iubendi. Videtur n. horum verborum eadem eſſe ratio; & recte improbatur à Cuiacio ad Paulum, Alciat. d. loco, qui imperandi verbum mitius eſſe putat, quam iubendi; quamuis ſane Iuſtin. in *l. 2. C. comm. de leg. t.* verbum *iubendi* referat inter directa, addita tamẽ particula *forte:* paſſim ſane legimus iuſſum hæredem reſtituere hæreditatem. *Mando* ſane mitius eſt quam iubeo & mandata enim libera ſuſcipiuntur volũtate, iuſſum in ſe neceſſitatem quandam habet vnde actio *quod iuſſu* quamuis poſt omnia vel maxime precaria verba neceſſitatem parendi habuerint; ſed ex prima fideicommiſſorum origine iſta ſunt æſtimanda.

AD TITVLVM XXV. LIBRI SECVNDI INſtrutionum,

DE CODICILLIS.

TEXTVS.

Ante Auguſti tempora conſtat codicillorum ius in vſu non fuiſſe: Sed primus Lucius Lentulus ex cuius perſona fideicommiſſa etiam ceperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, ſcripſit codicillos teſtamento confirmatos, quibus ab Auguſto petiit per fideicommiſſum, vt faceret aliquid. Et cum D. Auguſtus voluntatẽ eius impleuiſſet, deinceps reli-

reliqui eius autoritatem ſequuti, fidei commiſſa præſtabant, & legata quæ iure non debebat, filia Lentuli ſoluit. Dicitur autem Auguſtus conuocaſſe ſapientes viros, interq; eos Trebatium quoq;, cuius tunc auctoritas erat maxima, & quæſiſſe an poſſet recipi hoc nec abſonans à iuris ratione codicillorum vſus eſſet: & Trebatium ſuaſiſſe Auguſto: quod diceret hoc neceſſarium & vtiliſſimum ciuibus eſſe, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuiſſent: vbi ſi quis teſtamentum non poſſet facere, tamen codicillos poſſet, poſt quæ tempora, cum & Labeo codicillos feciſſet, iam nemini dubium erat, quin codicilli optimo iure admitterentur.

COMMENTARIVS.

CОncordat cum §.1. *ſupr. de fideic. hæred.* de origine fideicommiſſorum, quæ relinqui ſolebant codicillis, cum nihil neceſſum eſſet in teſtamento fideicommiſſa dare, quippe ex quo omnia ad arbitrium teſtatoris recta & directo valebant. Probauimus autem ad d. pr. iam Ciceronis tempore, morituros ſolitos rogare hæredes ſuos, vt quibuſdã (qui aliqua lege capere non poterant) bona, vel eorũ partem reſtituerent. Itaq; quòd Iuſtin. hic ait in pr. ex perſona Lentuli fideicommiſſa cepiſſe, non accipiendum eſt, quaſi hic primus commiſerit aliquid fidei hæredum. Sed quod cœperint habere effectum fideicommiſſa, ex huius perſona, & quod occaſionem dederit, vt fideicommiſſa poſt neceſſitate alligarent hæredes. Quo eodem ſenſu introduxiſſe etiam Lentulus dicitur codicillos, non quod fecerit, eos primus, ſed quod fecerit, vt Auguſti exemplo alij in poſterum codicillis relicta ſoluerent, imo iuxta tradita ad *pr. tit.* 23. ſoluere cogerentur. Id vel hinc apertiſſimum eſt, quod Iuſtin. mox ſubiicit, Lentulũ cum decederet in Africa codicillos ſcripſiſſe teſtamento cõfirmatos. Confirmati teſtamẽto poſſunt codicilli, vel ante illud, vel poſt illud facti, vt mox ad §.1. *h. t.* tractabimus. Codicilli iſti non potuerunt facti eſſe à Lẽtulo ante teſtamentum: Ceteroquin nulla neceſſitas codicillandi fuiſſet. Igitur poſt teſtamentum factos fuiſſe oportet. Et neceſſum ob id eſt, vt Lentulus cum ante Romæ vel in Italia teſtamentum feciſſet, in eo codicillorum fecerit mentionem, & ſcriptos teſtamẽto hęredes rogarit, vt ſi quis poſtea codicillos relicturus & ſcripturus eſſet, hæredes ijs relicta præſtarent, & codicilli valerent, quod proponitur factum in *l. vlt. de fideic. libert.* Itaq; non demum moriturus in Africa codicillorum rationem inuenit, aut confinxit, neque veroſimile vllo modo eſt, cum ſolum primum, tale quid feciſſe: ſed probabile prorſus, alios idem feciſſe, & commiſiſſe hæredum fidei, ſed quæ tum adhuc in hæredum fide poſita erant. Cetera ſunt ſatis perſpicua. Ait Iuſtin.

Quibus ab Auguſto petiit.] Cum petere ſolerent ab hæredibus, quæ fieri vellent, apparet Auguſtum à Lentulo inſtitutum hæredem fuiſſe; & id frequens erat illis temporibus, vt Imperatorem, vel in portione ſaltem adſcriberent hæredem; quomodo & hic Auguſtum à patre cohæredem filiæ datum liquet, ex eo quod mox hic additur, filiam quoque Lentuli, quæ iure nõ debebat, legata ſoluiſſe: Quæ relicta videlicet erant codicillis, & ideo non debebat iure, quod relicta erant codicillis tum adhuc inualidis, nõ autem hac de cauſa, quia legata codicillis non poterant dari; quoniam apparet ex hoc textu nihil eorum quæ codicillis cauta erant, habuiſſe iuris firmitatem. Quin videtur hic Iuſtin. verbo legatorum latius vti, vt hic ſignificet fideicommiſſum.

Neque enim dubitari poteſt, quin Lentulus ad vtrumque hæredem pariter ſcripſerit codicillos; At, vt eſt hoc loco, Lentulus petijt per fideicommiſſum ab Auguſto, vt quid faceret, & eodem igitur modo petiiſſe credendus eſt à filia. Ceteroquin receptum poſtea fuit, vt codicillis, qui confirmati eſſent teſta-

teſtamento, legata liceret etiam relinquere ex ratione *l.2.§.2.de iur.codicill.*

Cum D. Auguſtus impleſſet.] Principis exemplū libentiſſime ſubditi imitari ſolent: nec facilior vlla ratio eſt qua princeps efficere poſſit, vt ſubditi aliquid faciant, quam ſi exēplo ſuo ijs præeat, quem politicum locum hic nō exſequor. Atque ita accipiendus eſt hic locus; male Weſem. *reliquos* intelligit cohæredes teſtamento Lentuli adſcriptos.

Dicitur autem Auguſtus.] Ex prudentum & Iuriſconſultorum iudicio, arbitrio & autoritate, nihil magni momenti à priſcis Impp. actum fuiſſe conſtat; quod tanto magis circa introductionem noui iuris ſibi faciendum putauit Auguſtus. Autor & ſuaſor præcipuus Trebatius, (cuius vitæ hiſtoriam hic cum quibusdam texere, fuerit abſurdum & ineptum) hac ratione, vt qui peregre agentes teſtamentum facere non poſſent, tamen poſſent codicillos. Et iſtud quidem accepit Hottomann. de reficiendo & mutando teſtamento, vt ij facere poſſent codicillos, qui non poſſent teſtamentum reficere vel mutare. Omnino enim putat neceſſarium, vt quis ante & teſtamentum fecerit, & in eo quoque codicillorum, quos poſtea facturus eſſet, fecerit mentionem. Quæ explicatio verbi *facere*, mihi duriuſcula videtur. Et magis dixerim, licet in perſona Lentuli hoc ita contigerit, vt ipſe codicillos ante in teſtamento confirmaſſet; tamen latius admiſſam codicillandi facultatem; cum de ijs recipiendis ageretur; & nimirum, vt etiam poſſent ad teſtamentum referri codicilli; quorū mentio in teſtamento facta non fuiſſet. Præterea, vt puto, vt qui teſtamentum quoq; non feciſſet ſcribere poſſet & facere codicillos, quod quidem verba h.loci euincunt, ſi ſimpliciter accipiantur; vt teſtamētum qui facere non poſſet, tamen poſſet codicillos; neq; quidquam obſtare video, quo minus recipi debeat hæc ſententia. Illud palam eſt, quod quis teſtamentum facere non poſſe dicitur, peregre agens, non ita accipiendum eſſe, quaſi non poſſit omnino ob inhabilitatem perſonę, (certiſſimi iuris eſt, quiſquis teſtamentum iure facere prohibetur, eum nec codicillos poſſe facere) ſed qui ob defectum eorum, quæ in ſolemni teſtamento requiruntur, facere teſtamētum non poteſt. textus in *l. conficiuntur* 8. § 2. *de iur. codic.ll.* Et nimirum tum adhuc, vt monuimus etiam ſupr. ad tit. 23. prouinciales pleriq; non habebant ciuitatis Roman. ius, ſed inter peregrinos habebantur; vt hac de cauſa ad teſtamētum ſolenne adhiberi non poſſent. Hinc fiebat vt non commode in prouincijs nec vbiq; fieri poſſet; nullo aūt modo fieri potuiſſe extra Italiam, hinc non ſequitur; potuerunt enim adeſſe morituro alij ſimul peregrinantes ciues Romani; Sed & non paucæ ciuitates in prouinciis habebant ius ciuitatis Romanæ, aut ſoli Italici, vt, vel patet ex *l.1.de cenſib.*

Cum & Labeo codicillos feciſſet.] Labeonem Trebatij auditorem fuiſſe ſcribit Pomponius in *l.2.§.poſt hunc* 47. *de origine iuris.* Secutus igitur eſt prærogatiuam & iudicium pręceptoris ſui, & cum maximæ autoritatis eſſet, vt in *d.§.* 47. refertur, & hæc, an codicilli valerent, iuris eſſet quæſtio, non immerito creditum eſt iure & recte factum, quod Labeo feciſſet. Diſcimus autem hinc, quod licet Auguſtus codicillos approbaſſet, tamen adhuc nō temere nec paſſim eo iure ciues vſos, donec Labeonis quoque autoritate confirmarentur.

TEXTVS.

Non tantum autem teſtamento facto quis poteſt codicillos facere, ſed & inteſtatus quis decedens fideicommittere codicillis poteſt. Sed cum ante teſtamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam ſi ſpeciali poſtea volūtate confirmentur. Sed D. Seuerus & Antoninus reſcripſerunt, ex iis codicillis qui teſtamentum præcedunt, poſſe fideicommiſſum peti, ſi appareat, eum qui teſtamentum fecit, à volun-

voluntate, quam in codicillis expreſſerat, non receſſiſſe.

COMMENTARIVS.

Codicilli aut ſunt ab inteſtato, aut teſtamento facto. Illi propriis virib. nituntur & ſubſiſtunt, & vicem teſtamenti obtinent *l. ab inteſtato 16. h. t.* Siue hoc receptum paulatim dicas; ſiue ſtatim ab initio & iam ab Auguſto admiſſum; quod defendo magis. Et in his quæ directis etiam verbis ſcripta ſunt, ſuſtinentur facilius ex voluntate diſponentis, vt eo modo valeant quo valere poſſunt, vt verba obliquentur, & trahantur ad fideicommiſſum: modo conſtet quod defunctus codicillos facere voluerit, nam ſi eo animo fuerit, vt teſtamentum faceret, imperfecta voluntas nullius erit momenti, niſi, quod hodie frequens eſt, fuerit adiecta clauſula codicillaris. Quæ probantur per *l. ex ea 29. in pr. & §. 1. de teſtam.* quæ probat, clauſula codicillari adiecta teſtamento, quo ſcilic. omnia verbis directis ſcripta erant, ea tamen valere iure fideicommiſſi; quod etiam probat *l. 3. in fin. de milit. teſtam. l. vltim. §. 1. Cod. h. t. l. Titia 13. de inoff. teſtam.* textus elegans in *l. Lucius 83. §. vlt. de legat. 2. l. illud 13. §. 1. h. t.* Porro facto teſtamento, intereſt an codicilli, (hi enim cum teſtamento conſiſtere poſſunt) ſint facti ante teſtamentum, an poſt. Qui poſt facti ſunt, facile referũtur ad teſtamentum, & valent cum teſtamento, ſiquidem nec facile per eos derogatur voluntati ſolemni teſtamento declaratæ, de quo mox; & quiſque quod poſtremum ſcripſit, etiam valere velle intelligitur. Itaq; licet in prin. proponatur à Lentulo codicillos poſt ſcriptos fuiſſe confirmatos, tamen licet maioris ſecuritatis cauſa non raro factum fuerit vt in *l. vlt. de fideicom. lib.* hoc poſtea vtique non fuiſſe neceſſitatis exiſtimo, tum per *l. 3. §. vlt. h. t.* qui de huiuſmodi codicillis loqui videtur: tum non obſcure hoc indicio, quod Iuſtin. hoc §. tantum tractat de codicillis ante teſtamentum ſcriptis, vt appareat nec dubitatum fuiſſe, quin valerent, qui poſt teſtamentũ ſcripti fuiſſent, cũm nec oblitus voluntatis inte cõditæ tam ſolemniter teſtator præſumi poſſit. Illud autem quæritur, an & quatenus per huiuſmodi codicillos, aliquid ex his quæ teſtamento ſcripta ſunt, poſſit mutari, aut tolli. Et quod ad hæredis inſtitutionem attinet, ſcriptum eſt in *§. ſeq.* codicillis hæreditatem adimi nõ poſſe, & nec quidem iis adiici poſſe conditionem inſtitutioni; vt appareat anteſcriptum teſtamentum hæredem. Nimirum quod iſta directo non poſſit fieri ademptio; nam codicillis poſtea ſcriptis, poſſe rogari hæredem teſtamento ſcriptum, vt alteri reſtituat hæreditatem, ex *d. §. ſeq.* colligitur. Quod ad legata, vel fideicommiſſa attinet, quæ priori teſtamento relicta ſunt, cum in his ſola volũtas defuncti dominetur, non dubitarim & adimi poſſe codicillis poſtea ſcriptis, vt per exceptionem vtiq; poſſit repelli, qui ea petit, ſi quidẽ ipſo iure non ſint extincta legata. Neq; ei quod dixi codicillos poſt teſtamentũ compoſitos egere aliqua confirmatione, obſtat *l. ſine initio 6. C. h. t.* Fatebor n. facile, eos qui teſtamentum cõdebant, ſolitos in eo adiicere, velle ſe valere codicillos, ſi quos poſtea feciſſent vt tanto magis voluntati ſecuturæ cauerẽt, q & factum ꝓponitur in *l. vlt. de fideic. lib.* ſed nõ ideo neceſſitatis hoc fuiſſe conſequitur. Et q ita in facto cõtigerat, reſpondẽt Impp. in *d. l. 6.* Demoſthenem conſultorẽ confirmatione ſecurum eſſe; cum alias vulgatũ ſit, argum. à cõtrario ſenſu, ex conſtitutionib. codicis nõ ꝓcedere. Neq; de alijs codicillis q̃ poſt teſtamẽtum factis accipi poſſe videtur *l. 3. §. vlt. h. t.* vbi dicitur codicillos capere vires ex teſtamento licet confirmati eo non ſint: ſiquidem, in his quæ ante teſtamentum facti ſunt, ius non eſt plane liquidum, de quo iam dicemus.

Ait de ijs Iuſtin. h. §. eos ex ſententia Papiniani non aliter vires habere, quam, ſi ſpeciali voluntate poſtea, & ſcilic. in teſtamento fuerint confirmati. Et eſt huius ſententiæ non obſcura iſta ratio, quod per teſtamentũ, quod longe potentius eſt codicillis, teſtator à voluntate priori creditur receſſiſſe, & facit huc quoque, quod, qui codicillos facit, cenſetur

inteſtatus decedere velle; quod ſi igitur poſtea condit teſtamentum, apparet eum nō velle inteſtatum decedere: & cum iſtæ duę rationes teſtato decedendi & inteſtato, ſe non cōpatiantur, fit vt codicillos ante factos, per teſtamentum ſuſtuliſſe videatur teſtator: niſi eos ſpeciatim valere velle teſtamento ſignificauerit; quo caſu valebunt tamquam ex noua voluntate. Atque hæc quidem Papiniani ratio haud dubie fuit. Sed aliud placuiſſe Impp. Seuero & Antonino refert Iuſtinian. poſſe ex codicillis ante quoque factis, fideicommiſſum peti, ſi appareat eum, qui teſtamentum fecit, à voluntate quam codicillis expreſſerat, non receſſiſſe. Quæ ſane verba ſunt ambigua. Et nimirum aliud eſt, dicere ſuſtineri codicillos ante factos, ſi appareat teſtatorem non receſſiſſe à priori voluntate; aliud, ſuſtineri codicillos, niſi appareat teſtatorem diſceſſiſſe à voluntate priori. Hæc enim verba non dubio hoc ſignificant, valere codicillos, licet nullam eorum fecerit defunctus mētionem in teſtamento. At non æque priora verba ſignificant idem: imo dum ita voluntatē priorem conſeruari voluerūt iuxta hunc §. Impp. *ſi appareat*, &c. aliquod indicium non mutatæ voluntatis exegiſſe videntur; quæ opinio probabilior mihi fit, propter rationes præmiſſas. Neque moueor, quod ita opinio Papiniani non ſit futura diuerſa à reſcripto Seueri, prout illa refertur in *leg. 3. h. t.* ibi, *ſi voluntas, quocunque indicio retineatur*: vel quia ſuam opinionem potuit mutaſſe Papinianus, Imperat. ſuorum; ſub quibus vixit & præfectum prætorio egit, ſententiam ſecutus; vel quia, vt ſuſpicatur Hottomann. à compoſitoribus iuris reſponſum Papiniani fuit interpolatum. Et facit pro hac ſententia reſponſum Celſi in *l. Plotiana 18. h. t.* vbi valere ait codicillos ante factos, ſi teſtator ſaltem ita ſcripſerit teſtamento. *Si quid reliquero, ad hoc teſtamentum pertinens, valere volo*: Quæ non eſt expreſſa confirmatio codicillorum, ſed tamen aliquod indicium, cum non niſi aliquid aliud præter teſtamentum intelligatur voluiſſe confirmare; & ſi citra iſta verba fuiſſet, ſane non obſcure indicat *dict. lex 18.* codicillos ante ſcriptos inutiles futuros; quamuis non ſit iſta ſatis bona conſequentia, poteſt enim confirmatio addere aliquid codicillis, qui tamē abſque confirmatione nō protinus penitus ſint inutiles, vt ex iis quæ iam dicemus, conſtabit. Teſtatur tamen Mynſ. hoc iure nos vti, vt codicilli valeant, modo non ſint expreſſe reuocati: & *Bart. in l. ante 5. h. t.* ſemper intelligi confirmatos codicillos, ſiue ante, ſiue poſt factos: & ita quoque Theoph. explicat verba Iuſtin. quod ex conſtitutione Seueri valeant codicilli etiam citra confirmationem; modo non probetur teſtator ab ea voluntate diſceſſiſſe. Quæritur conſequenter, codicillis ante teſtamentum ſcriptis, quæ diſpoſita ſunt, an & quatenus valeant. Et quod ad hæreditatem attinet, quæritur, ſi codicillis grauatus ſit fideicommiſſo, qui teſtamento poſt inſtitutus eſt hæres, an fideicommiſſo teneatur? Video hoc negari ſimpliciter ab *A. Fabro 11. coniect. 15.* Sed nec textum nec rationem adducit. Et cōſtat codicillis poſt teſtamentum factis hæredem teſtamento ſcriptum poſſe fideicommiſſo de hæreditate reſtituenda grauari. Quid ſi valent ante facti codicilli, quid in idem ſtatuamus? aut fatendum erit, non omnia codicillis ante ſcriptis diſpoſita ſuſtineri, quæ videlicet pugnant quodammodo cū teſtamento, quatenus in hoc nō videtur teſtator à priori diſpoſitione diſceſſiſſe: quod feciſſe videtur ſane, qui directo inſtituit, quem ante obligauerat fideicommiſſo; quamuis profecto pugnātia hæc non ſint: & ego id relinquo in medio. Quod ad particularia relicta attinet, de his quæ per fideicōmiſſum data ſunt, nulla cōtrouerſia eſt. In ceteris quæ directo ſunt relicta, putat idem *Ant. Fab. d. cap. 15. lib. 15. coniect.* intereſſe inter codicillos ante, & poſt teſtamentum factos. In his tantum valere relicta verbis precariis, cetera inutilia eſſe, niſi teſtator expreſſe codicillos confirmauerit. In illis relicta valere omnia, ita vt directo relicta trahantur ad cauſam fideicommiſſi. Rationem differentiæ reddit, quod qui ante teſtamentum facti ſunt, cum diſponens haberet animum

ſtitum decedendi ab inteſtato, habeant quaſi vicem teſtamenti *l.16.h.t.* & ex natura eorum quæcunque & verbis directis ſcripta ſunt valeant iure fideicommiſſi; ſed non ita obtinere in factis poſt teſtamentum: ad quos refert *l.4.C.h.t.* Ego quidem hactenus cum Fab.ſentio contra *Cuiac.* 18.*obſ.*7. quod quæ directis quoque verbis in codicillis factis ante teſtamentum ſcripta ſunt, valeant iure fideicommiſſi: cui ſententiæ non obſtat, quod hoc §. dicitur, poſſe ex iis fideicommiſſum peti: quæ hoc ſolum ſignificant, poſſe peti iure fideicommiſſi: ſed quod ad alterum, effatum Anton.Fabri, ex codicillis poſt teſtamentum factis, nullo modo nec iure fideicommiſſa deberi, quæ directis ſunt relicta verbis, necdum mihi iſtius ratio ſufficiens apparet. Dicerem enim, ius hoc codicillorum ab inteſtato, vt facile ad fideicommiſſum trahantur, quæ relicta ſunt illis, euaneſcere, poſtquam eſt factū teſtamentum; Itemque, quod eorum ius ex ratione Legis veteris eſt infirmius, quam codicillorum poſt factorum, qui referuntur magis ad teſtamentum, cum nec ita accipi debeat reſcriptum Impp. vt plus illis dederit, quam poſt teſtamentum factis, ſed ad ſummum his exæquauerit. Et inepte plane ad hos codicillos trahitur & reſtringitur *lex* 4. *Cod.h.t.* quippe quæ diſerte ponit, codicillos ab inteſtato fuiſſe factos. Quod vt maxime non diceretur, male tamen ex eo, quod precariis verbis ſcripta valere dicuntur, inferretur, penitus non valere, quæ directo ſunt relicta. Illa enim valent prout ſcripta ſunt; hæc vt verba obliquentur. Itaque ſtatuendum eſt, ea quoque quæ codicillis poſt teſtamentum relicta ſunt, precario & iure fideicommiſſi valere, aut nec relicta codicillis ante teſtamentum citra ſpecialem confirmationem valere. Etenim iſtud quoq; mihi hic occurrit, quod licet codicilli poſt teſtamentum facti non opus habuerint ſpeciali confirmatione, licet forte nec ante teſtamentum facti, poſt reſcriptum Seueri, attamen ſane aliquid intereſſe videtur, an confirmati fuerint necne? Probatur hoc ex textu in *l. liber..ti* 43. *de fideicommiſſ.lib.* vbi ICtus ſcribit, libertates directas & teſtamento recte dari & codicillis teſtamento confirmatis: fideicommiſſas & ab inteſtato, & codicillis non confirmatis. Qui locus in primis euidentiſſime probat valere codicillos etiam non confirmatos teſtamento; vix enim eſt, vt hoc ſpeciale quis eſſe dicat, in libertatis datione, & cum indiſtincte loquatur, haud ſcio an non hoc pariter quoq; de codicillis ante & poſt teſtamentum factis accipi debeat. Tum hoc docet *d.l.* 43. vtcunque codicilli non confirmati valeant, non ta[m]en valere ita, ac ſi confirmati eſſent; & quod non poſſit hoc reſtringi ad libertatis ſolius dationem, iſtud facit, quod codicillos non confirmatos, ICtus cōfert cum codicillis ab inteſtato factis, quib. vel maxime quæcunq; ſīt relicta, ſed precario valēnt. Secundum iſtam *leg.* 43. quod dicitur & traditur pro regula in *l.2.§.2.h.t.* quæ in codicillis ſcribūtur; perinde haberi, ac ſi teſtamēto ſcripta eſſent; limitãdum erit, vt tantum procedat in codicillis teſtamēto confirmatis; ex quib. procul dubio omnia directo iure valebunt, tamquam teſtamento inſerta. In non confirmatis, & qui tamen non habentur pro inutilibus, quæ relicta ſunt, valebunt tãtum iure fideicommiſſi. Illud enim dicere nolim, quod ea ſola valeant, quæ verbis precariis relicta ſunt. De quo ampli[us] cogitandum: ſcrupulum enim mouet *d.l.41. de fideicom.libert.* quæ tamen ita explicari commode poteſt, vt ex codicillis teſtamento confirmatis competat libertas etiam directo, vt fiat libertus orcinus: ſed ſi non ſint confirmati, competat fideicommiſſaria, non autem plane corruat, quod ſit contra fauorem libertatis, & contra *l.2.§.2 in fi.h.t.* Cum autem ex codicillis confirmatis directa competat libertas, conſequenter, & legata directo iure valebunt, quod & probat *l. conficiuntur* 8. §. *vlt.* & *l.vlt.h.t.* Indeq; eſt, quod tot locus tractatui de confirmatione codicillorum. Et hinc pl[illegible]abile fit, reſcripto Seueri admiſſos eſſe codicillos poſt factos, citra cōfirmationem, quia ait, relicta ex fideicommiſſo peti; alias directo quoque iure valerent, ſi confirmatos codicillos

 pone-

ponerémus. Sed nimis euagamur: contrahamus vela.

TEXTVS.

Codicillis autem hereditas neq; dari neque adimi poteſt: ne confundatur ius teſtamentorum & codicillorum: & ideo nec exhæredatio ſcribi. Directo autem hæreditas codicillis neq; dari neq; adimi poteſt: nam per fideicommiſſum hæreditas codicillis iure relinquitur. Nec conditionem codicillis hæredi inſtituto adiicere, neq; ſubſtituere directo quis poteſt.

COMMENTARIVS.

PLeraque quæ ad explicationem huius loci pertinẽt, iam delibauimus ad §. præced. Nimirum per ea quæ diximus apparet, codicillorum non exiguum effectum eſſe, præſertim cõfirmatorum: & hoc quo ad relicta particularia; nam quo ad hæreditatis dationem minus poſſunt codicilli; Et quidem vt directo quis fiat hæres, nec codicillis confirmatis effici poteſt. Quod ea ratione voluerunt admittere ICti, ne omnino confunderentur iura teſtamentorum & codicillorum, vt hoc quoq; loco ſcribit Iuſtin. & ne vt Papinian. ſcribit *l. quod* 10. *h. t.* cum capiat ipſum teſtamẽtum vires per inſtitutionem hæredis, & ita per dationem hæreditatis, teſtamentum ipſum per codicillos (nimirum cum teſtamento, ante vel poſt factos) confirmari videatur; cum tamen codicilli à teſtamento vires accipiant; & eleganter Imp. in *l. 7. C. h. t.* ſi idem codicilli quod teſtamenta poſſent; cur diuerſum, &c. Igitur, vt Iuſtin. hic ſcribit, hæreditas codicillis nec dari nec adimi poteſt. Datur per inſtitutionẽ; adimitur per exhæredationem: & liberos igitur pater fruſtra & nulliter codicillis exhæredat. Atque ita directo datur & adimitur hereditas. Datur oblique & per fideicommiſſum, ei cui reſtitui iubet teſtator hereditatem: adimitur oblique ei, quem iubet reſtituere hereditatem; quamuis ita non deſinet eſſe heres, & cum partem detrahere poſſit, in qua effectu etiam heres manet, non poteſt dici ei ademta hereditas in totum: ſed tamen pro parte recte adimi dicitur, (& etiam quo ad verba, in totum) non minus ac dicitur relinqui & dari: eadem enim vtrobique eſt ratio. Ita Impp. in *l. 2. Codic. h. t.* hereditatem codicillis neque dari nec adimi poſſe: Sed precariis verbis poſſe rogari heredem teſtamento ſcriptum, vt reſtituat hereditatem; & in *leg. 4. Cod. de his quib. vt ind.* hæreditatem teſtamento datam per codicillos directis verbis adimi non poſſe, & Iuſtinian. in *leg. penult. §. 1. Cod. de neceſſ. ſeru. hær. inſt.* codicillis ſecundum veteres LL. hæreditatem nec dari, nec confirmari poſſe. Porro confirmatio eſt quædam ſpecies dationis, ex quo *l. 2. §. vltim. h. t.* negat hereditatem inutiliter teſtamento datam poſſe codicillis confirmari, ſed ita poſſe, vt ex fideicommiſſo petatur. Et hæc eſt ratio, quare, vt h. §. ſubiungitur, *& l. Diui 6. in pr. h. t.* nec conditio poſſit codicillis adiici heredis inſtitutioni; quoniam in eius defectum non poteſt ſcriptus eſſe heres, & teſtator ita conditionem adiiciendo, de adimenda hereditate cogitaſſe creditur, vt eſt in *l. pen. de cond. inſtit. & apud Theoph. hic.* quod ratio iuris non patitur. Ex his ſatis liquet, cur, vt eſt in extremo §. non poſſit directo ſubſtitui codicillis, *d. l. Diui 6. in pr. h. t. l. 7. C. eod.* quoniam vt ſup. explicatum, ſubſtitutio hæc, eſt heredis inſtitutio. Ait autem *directo*, quoniam cui per fideicommiſſum datur hereditas, is ſubſtitutus quoque paſſim vocatur. Sed an nec poterit adimi conditio codicillis? Ita putat *Angel. hic poſt Sal. & alios in l. 2. Cod. h. t.* quia adimendo conditionem, videretur pure dari hereditatem.

TEXTVS.

Codicillos autem etiam plures quis facere poteſt, & nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant.

COM-

Commentarivs.

Codicillos etiam plures.] Nemo cum pluribus, ſed nec cum duobus teſtamentis decedere poteſt, & per poſterius ſemper rumpitur prius. Alia ratio codicillorum eſt, qui non continent perfectam & plenam de bonis diſpoſitionem: itaque cum pluribus codicillis quis decedere poteſt *h. §. & l. Diui 6. §. 1.* & docet *l. 5. eod.* quod codicilli codicillis aliis poſſint confirmari: niſi tamen contraria contineant: tum enim poſteriores ſoli valebunt *l. 3. C. h. t.*

Nullam ſolemnitatem.] Nec ſubſcriptione nec ſubſignatione opus eſt *l. 6. §. 2. h. t.* vix tamen eſt vt iſtud (quod forte ex veteri ICto deſcriptum eſt) hodie defendi poſſit, poſtquam ex *l. vlt. C. h. t. §. vlt.* & quinq; teſtes requiruntur, & ſi codicilli ſcripti ſint, teſtium quoque ſubſignatio exigitur. Ieiunum enim mihi videtur, quod hic aliqui inter ſolemnitatem ordinationis, & ea quæ probationis cauſa adhibentur, diſtinguunt: nam & ſubſcriptio teſtium quædam ſolemnitas eſt, & ſolennia in teſtamento, non alia de cauſa requiruntur, niſi vt certo de voluntate defuncti conſtare poſſe. Et Dd. communiter requirunt etiam (ita enim accipiunt *d. l. vlt. C. h. t.*) ſigilla: & ob id gloſſ. hic falſam eſſe annotant, ceteri: quæ nec ſubſcriptiones teſtium exigit: & itidem communius Dd. ſi codicilli in ſcriptis confecti ſint, ſolemnitatis cauſa teſtibus opus eſſe affirmant.

Colophonis hic loco notari poſſit, Materiam codicillorum non ſatis recte ſubiectam poſt tractationem ſucceſſionis ex teſtamento: cum codicillis factis ſuccedatur ab inteſtato. Sed Iuſtin. magis hic de codicillis cum teſtamento, quam ab inteſtato factis agere propoſitum habuit: & codicilli quoque ab inteſtato facti, quibus vtique neceſſario hæres ab inteſtato parere cogitur, quandam ſpeciem teſtamenti habent, arg. *l. ab inteſtato 16. in fin. h. t.*

(?)

FINIS COMMENT. AD LIBRVM II. Inſtitutionum.

AD LIBRVM TERTIVM

INSTITVTIONVM IVRIS,

Ad Titulum Primum,

DE HÆREDITATIBVS,

quæ ab inteſtato deferuntur.

TEXTVS.

Inteſtatus decedit, qui aut omnino non fecit teſtamentum, aut non iure fecit, aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum eſt, aut ſi ex eo nemo hæres exſtiterit.

COMMENTARIVS.

1 *Quis proprie inteſtatus.*

HACTENVS de ſucceſſione teſtamentaria: ſequitur, quæ eſt ab Inteſtato, & proxime defertur à iure ciuili, ſed prætorio. Recte autem præmitttitur initio quis ſit inteſtatus, de cuius videlicet ſucceſſione tractatur. Summa eſt. Inteſtatum dici, qui aut nihil egit, vt teſtatus decederet: aut egit aliquid, ſed quod egit, vires non habuit nec exitum, & hoc vel quia ab initio aliquid defuit, quod dicitur teſtamentum non iure factum, vel quia teſtamẽto ab initio perfecto, aliquid ſuperuenit, quo infirmaretur, quod fit, ruptione & irritatione. Vbi hæc quoq; diſtinctio addẽda, quod aut tale quid quo infirmatur teſtamentum, accidit viuo teſtatore, & ita cum moritur inteſtatus eſt: aut poſt eius mortem, quæ differentia obſeruanda eſt, propter effectum inſignem, de quo *in §. cum autem 7. infr. h. t. & in §. proximus 6. tit. ſeq.*

Ruptum.] Ruptionis duæ ſpecies ſunt, agnatio ſui hęredis, quę facit inteſtatũ patremfam. & mutatio teſtamenti, quę huc non pertinet, ſi aliud teſtamentum fiat, ſed tum demum, ſi in mutatione, veluti deletione & cancellatione ſubſiſtatur.

Irritum.] Siquidem id verbi in ſpecie accepimus, vt *in §. hoc autem 5. ſup. quib. mod. teſtam. infirm.* parum caute aut ſubtiliter huc refertur, nam qui capitis diminutionem paſſus eſt, qua talis hæredem ab inteſtato habere nõ poteſt.

Aut ſi ex eo nemo hæres.] Hoc modo dicitur teſtamentum fieri irritum, vt diximus *d. §. quib. mod. teſtam. in fin.* & probat *l. 1. in fin. de iniuſt. teſt.* & ita id verbi vſurpatur *in l. filium 20. in pr. de bon. poſſ. cont. tab. Vlp. tit. 23. §. 3.* ideoque mala oppoſitio & ſeparatio eſt, ſi teſtamentum irritum factũ ſit, aut ex eo nemo heres extiterit.

Illud obiter hic addendum, an & inteſtatus † dicatur, qui ciuis Romanus quidem eſt, ſed 1
teſtamentum facere non poteſt, ob ætatem, vt pupillus, vel vitium vt furioſus, prodigus. Rem breuiſſime & rectiſſime expedit ICtus *in l. 1. in pr. de ſuis & legit.* duabus propoſitionibus 1. non proprie dici eum inteſtatum: nimirum ſi verbum captemus, quoniam vt vulgo perhibetur, priuatio præſupponat habitum. 2. In hac materia haberi pro inteſtato: quoniã

hæ duæ

Digitized by Google

hæ duæ ſunt ſpecies ſucceſſionis. Ex teſtamento & ab inteſtato: & in hac re ſuccedere ab inteſtato & ex Lege fere pro ſynonymis vſurpantur: Atquin pariter pupillis & furioſis, ſucceditur ex Lege aut ex edicto prætoris, atque iis qui cum poſſint, teſtamentum non fecerunt. Accedit, quod nõ poteſt reuera dici in pupillo & furioſo, eſſe priuatio: quippe facultas teſtandi interim ſolummodo propter ætatem & morbum impeditur: & ita ſucceſſio ab inteſtato, in terminis harum quoque perſonarum, probatur ex §. *vel ſingulis 7. ſup. de pupill. ſubſtit. l. 2. §. diuus in fi. qui pet. tut.* ibi enim intelligi pupillos defunctos, docent, quæ noto *infra §. pen. de SC. Tertull.* adde text. *in l. 2. §. ſi mater 23. ad SC. Tertull. l. credendum 4. §. hac autem 3. qui pet. tut.*

TEXTVS.

Inteſtatorum autem hæreditates ex Lege duodecim tabularum primum ad ſuos hereditates pertinent.

COMMENTARIVS.

SVpra ad §. *ſui 2. de hered. qual. & diff.* vbi idem quod hic ait Iuſtin. retulimus Legem XII. Tabb. ex *Vlpiano de legitimis her. tit. 26. in pr.* At ſi inteſtatus moritur (particula *AT*, arguit præceſſiſſe legem, *vti quiſque legaſſit ita ius iſto*) cui ſuus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto: ita enim recte ibidẽ hanc L. reſtituit Cuiac. An quæ alia magis diſerte de hac re agens L. XII. Tabb. fuerit, in incerto eſt. Cur autem primum ad liberos & maxime ſuos pertineat hæc ſucceſſio, apparet ex *l. in ſuis 11. de lib. & poſt.* & quæ diximus ad d. §. *ſui autem. de hæred. qual. & §. non autem ſup. de inoff. teſtam.*

TEXTVS.

Sui autem hæredes exiſtimantur, vt ſupra diximus, qui in poteſtate morientis fuerint, veluti filius filiave, nepos neptiſve ex filio, pronepos proneptiſve ex nepote ex filio nato, prognatus prognatave. Nec intereſt vtrum naturales ſint liberi, an adoptiui. Quibus cõnumerari neceſſe eſt & eos, qui ex legitimis quidem nuptiis vel matrimoniis progeniti nõ ſunt: curiis tamen ciuitatum dati, ſecundum Diualium cõſtitutionum, quę ſuper his poſitæ ſunt, tenorem, heredum ſuorum iura nanciſcuntur. Nec non eos quos noſtræ conſtitutiones ſunt amplexæ, per quas iuſſimus, vt ſi quis mulierem in ſuo contubernio copulauerit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere coniugium, & ex ea liberos ſuſtulerit, poſtea vero procedente adfectione, etiã nuptialia inſtrumenta fecerit cum ea, & filios vel filias habuerit, nõ ſolum eos liberos, qui poſt dotem editi ſunt, iuſtos & in poteſtate patris eſſe, ſed etiã anteriores, qui & iis qui poſtea nati ſunt, legitimi nominis occaſionẽ præbuerunt. Quod obtinere cenſuimus, & ſi non fuerint progeniti poſt dotale inſtrumentum cõfectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint ſubtracti. Ita demum tamen nepos, neptiſve, pronepos proneptiſve, ſuorũ hęredum numero ſunt, ſi præcedens perſona deſierit in poteſtate parentis eſſe: ſiue morte id acciderit, ſiue alia ratione, veluti emancipatione. Nam ſi per id tempus quo quis moritur filius in poteſtate eius ſit, nepos ex eo ſuus hæres eſſe non poteſt. Idque & in cæteris deinceps liberorum perſonis dictum eſſe intelligimus. Poſtumi quoque, qui ſi viuo parente nati eſſent, in poteſtate eius futuri forent, ſui hæredes ſunt.

COM-

COMMENTARIVS.

TOtum hunc contextum ſimul proponere viſum fuit, qui continet & facilia, & ex ſuperioribus repetita, & alibi à nobis ſatis explicata: Strictim ea percurremus.

Sui heredes.] Definitio hæc propoſita & explicata eſt ſupra, quo ſe ipſe Imp. remittit *in §. ſui autem 2. ſup. de hered. qual.* vbi additur non ſatis eſſe, vt ſint in poteſtate, ſed neceſſe eſſe, vt ſint primo gradu, quod & in fin. huius textus monetur.

Naturales.] Id eſt, ex legitimo matrimonio nati, qui opponuntur adoptiuis, qui fiunt ex Lege vt *in pr. ſup. de adopt. & in §. tam autem 2. ſup. de inoff. teſt.*

Adoptiui.] In caſu inteſtati, non diſtinguitur, nec nouo iure, nam & adoptatus ab extraneo ius ſuccedendi ab inteſtato conſeruauit Iuſtinianus, de quo plura *infra h. t. §. ſed ea 14.*

Quibus connumerari.] Supra *lib. 1. tit. 9. & 10.* tractauimus tres eſſe modos adquirendæ patriæ poteſtatis in liberos, iuſtas nuptias, adoptionem & legitimationem, cuius hic vt & *in §. vlt. ſup. de nupt.* duas recenſet ſpecies (nam tertia per reſcriptum principis poſt acceſſit *N. 74. & 89.*) oblationem curiæ & ſubſequens matrimonium, de qua vtraque quantum ſatis eſt *ad d. §. vlt. de nupt.* diximus.

In ſuo contubernio.] Contubernium proprie dicitur de ſeruis & ancillis, vt notatum ſupra *ad §. Illud de nupt.* hic vſurpatur de concubinatu.

Cum qua poterat habere coniugium.] Ceteroquin ſtuprum contraheretur: ex quo nati non ſunt obiectum legitimationis: hodie autem omnis concubitus extra matrimonium pro ſtupro habetur.

Nuptialia inſtrumenta.] An ea neceſſaria ſint, vt legitimatio ſequatur, late diximus *ad d. §. vlt. ſup. de nupt.*

Sed etiam anteriores.] Qui nimirum hoc modo legitimantur.

Quod obtinere.] Ius legitimationis ſenſim productum fuit. Initio ſtrictius acceptum, vt non alias nati ante fierent legitimi, quam ſi ex nuptiis ſecutis liberi naſcerentur, ne non prolis & generationis cauſa, ſed tantum propter liberos ante non legitime natos contractum videretur matrimonium, ſed Iuſtinianus hoc mutauit, vt diximus plene *ad d. §. vlt. de nupt.*

Ita demum tamen.] Iam ad pr. diximus, quod hic monet Iuſtin. etiam eum qui in poteſtate eſt, ſecundo vel vlteriori gradu, non poſſe eſſe ſuum, quem alius præcedit, ſed neceſſe eſſe, vt hic deſinat eſſe ſuus, quo facto nepos in locum exempti ſubintrando, nanciſcitur ius ſui hæredis. *§. poſthumorum 2. ſup. de exhær. lib.* diximus ad *§. ſui autem 2. ſup. de hæred. qual.* & ibi an hoc hodie in caſu patris emancipati poſt *N. 118.* procedat, ſicut nec, & minus procedit, ſi pater per dignitatem liberatus ſit poteſtate: hic enim ius ſui retinet *N. 81. cap. 2.* Illud vix admonitione dignum eſt, quod nati ex filia non poſſunt eſſe ſui, quia ſunt in aliena familia, itaque Iuſtin. *in pr. h. text.* ait, nepos ex filio, pronepos ex nepote. Et iſti tamen hodie æqualiter cum ſuis ſuccedunt ab inteſtato.

Poſtumi quoque.] Hæc eſt deſcriptio poſthumi ſui, quæ extat *in §. poſtumo ſup. de legat.* vbi diximus & *ad §. 1. de exhær. lib.*

TEXTVS.

Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes: & licet furioſi ſint, hæredes poſſunt exiſtere: quia quibus ex cauſis ignorantibus nobis adquiritur, ex his cauſis & furioſis adquiri poteſt. Et ſtatim à morte parentis quaſi continuatur dominium, & ideo nec tutoris autoritate opus eſt pupillis, cũ ignorantibus adquiratur ſuis hæredibus hæreditas: nec curatoris adſenſu furioſo adquiritur, ſed ipſo iure.

COMMENTARIVS.

HOc quoq; fere repetitum eſt & explicatum *in §. ſui autẽ ſup. de hæred. qual.* & inprimis, q̃ in ſuos cõtinuari dicitur dominium, & ipſi ignorãtes quoq; adquirere hæreditatem, cum

eum ipſo iure & poteſtate iuris adquirunt hereditatem, nec adire aut adquirere de nouo, ſed exſiſtere & apparere heredes dicantur. Ex quo eſt, vt & furioſi & pupilli infantes adquirant hereditatem patris *h.* §. *& l. furioſus 63. de adqu. hered.* Et cum ſui ignorantes quoque patrem deceſſiſſe, fiant heredes, quidquid poteſt adquiri ignoranti, idem poteſt & furioſo, vt hic argumentatur Iuſtin. & ICtus in *l. filiusf. 16. §. 1. de teſtam. l. ſi à furioſo 12. de reb. cred. l. ſi à fur. 24. de obl. & act.* Hinc etiam magis perſpicuum eſt, nec tutoris aut curatoris autoritatem vel conſenſum neceſſarium eſſe, *h. §. inf.* De remedio porro abſtentionis, quod ex prætorio iure ſui heredes habent, diximus ad §. 2. *ſup. de hered. qual.*

Curatoris conſenſu.] Proprie dicitur autoritas tutoris, quæ integrat quaſi pupillum: & curatoris conſenſus, *t. t. de aut. & conſ. tutor. & curat.* quamuis aliquando & curatoris autoritas dicatur. Iſtud autem non ita accipiendum eſt, quod hic dicitur, quaſi furioſo ab extraneo inſtituto herede, conſenſu curatoris adquiratur hereditas: cum enim nihil poſſit facere furioſus, non poteſt ei dici conſentire curator: ſed nec ipſe curator nomine furioſi ex ratione iuris adire hereditatem poteſt, qua tamen in re ius nouum fecit Iuſtinianus, vt notauimus ad §. *in extranei 4. verſ. teſta. ſup. de her. qual.* Quomodo pupillis & infantibus adquiratur hereditas extranei, tractatur in §. *vlt. ſup. eod tit. l. pupil. 49. de adq. her. l ſeruo 65. §. pen. ad Trebell. l. ſi infant. 18. C. de iur. delib.* neq; eſt huius loci.

TEXTVS.

Interdum autem licet in poteſtate parentis, mortis tempore ſuus heres non fuerit, tamen ſuus heres parenti efficitur: veluti ſi ab hoſtibus quis reuerſus fuerit poſt mortem patris ſui: ius enim poſtliminii hoc facit. Per contrarium autem hoc euenit, vt licet quis in familia defuncti ſit mortis tempore, tamen heres ſuus non fiat, veluti ſi poſt mortem ſuam pater iudicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria eius damnata fuerit; non enim poteſt ſuum heredem habere, cum fiſcus ſuccedat; ſed poteſt dici, ipſo quidem iure ſuum heredem eſſe, ſed deſinere.

COMMENTARIVS.

Dixerat, eum ſuum eſſe, qui mortis tempore proximo gradu in poteſtate fuerat. Proponit duos ſingulares caſus: quibus qui tempore mortis in poteſtate non erat, eſt ſuus heres; & contra non eſt ſuus heres, qui eo tempore proximo gradu in poteſtate erat. Sed ſi quis ſubtilius inſpiciat, non ſunt exceptiones. Nam quod ad prius attinet, reuerſus poſt mortem patris, ab hoſtibus, vt ipſe Iuſtin. ait poteſtate fictionis poſtliminii fit ſuus heres: At hæc fictio facit, vt retro ſemper in ciuitate fuiſſe, qui reuerſus eſt, & numquam captus fingatur: qua fictione ſtante, dicemus recte filium in poteſtate mortis tempore fuiſſe. Sed Iuſtin. dum ita loquitur, eo reſpexit, quod in veritate, mortis patris tempore apud hoſtes filius fuit; ſed non valde ſubtiliter; nam veritate inſpecta nec poſſit eſſe ſuus heres; quoniam tempore mortis ſeruus hoſtium fuit. Et ita tamen quoque loquitur ICtus in *L. lege 12. in f. de teſtam.* filium eius qui apud hoſtes deceſſit, inuitum (iure ciuili vt ſuum heredem) obligari hereditati, licet ſuus heres dici non poſſit, qui in poteſtate morientis non fuit. Nam poſita fictione L. Corneliæ, quæ fingit patrem non captum, ſed eo ipſo puncto cum capiendus eſſet, mortuum, vtique filius in poteſtate morientis fuit. Nec magis ſubtilis eſt altera exceptio h. text. in *verſ. per contrariam*; quamuis non diſſimiliter loquatur *Vlp. in l. 1. §. Interdum 3. de ſuis & legit.* quod ſuus heres excludatur per fiſcum. Etenim ſecuta damnatione, tempus ſententiæ coniungitur cum tempore delicti, vt retro & iam ante, delicti ipſius tempore pro condemnato habeatur: vt docet *l. poſt contractum 15. de*

donat.

donat. vbi ſcribitur, donationes poſt con[tra]-ctam crimen capitale non valere, ſi condemnatio ſecuta ſit. Illud autem ſpeciale habet crimen perduellionis, quod accuſatio & cognitio cœpta peragitur poſt mortem: cum cetera crimina regulariter reo etiam poſt litem conteſtatam ante ſententiam mortuo, vel eorum potius perſecutio extinguatur *l. ex iudiciorum 20. de accuſat. l. 2. C. ſi reus vel accuſ. mort.* Itaq; tanto magis hic verum eſt, cōiungi tempus damnationis cum tēpore delicti admiſſi: cum nec quidem manumittere poſſit reus perduellionis *l. quæſitum 15. in prin. Qui & à quib. manu.* Facit *l. donationes 31. §. vlt. de donat.* & quod omnes alienationes à die contracti criminis ſunt nullæ *l. quiſquis §. emancipationes. 4. C. ad L. Iul. maieſt & l. vlt. eod.*

Damnata memoria.] Scilicet, quia vt diximus non finitur morte perſecutio criminis, ſed ſentētia fertur in defunctum, vt proinde non ipſe iam mortuus, ſed memoria eius damnari videatur, *h. §. & l. vlt. C. ad L. Iul. maieſt.* cum & amplius contra heredem (ad hunc effectum vt bona ei auferantur) hoc crimen inchoari poſſit *d. l. donationes 31. §. vlt. de donat.* Fateor tamen plus eſſe & quid amplius, damnari memoriam, quam perſecutionem etiam durare poſt mortem: hoc enim & in aliis criminibus, quæ magis pecuniariam pœnam reſpiciunt, obtinet *l. iudiciorum 20. de accuſ. l. vlt. ad L. Iul. pecul.* ſed puto tamen in his magis in rem ſententiam latam fuiſſe, quam in perſonam. Plane an quæ ſpecialis hic ſententiæ formula fuerit, mihi non liquet: & plenius hic rem iſtam exſequi, extra rem eſt.

TEXTVS.

6. Cum filius, filiaue, & ex altero filio nepos neptisue exiſtunt, pariter ad aui hereditatem vocantur: nec qui proximior gradu eſt, vlteriorē excludit. Æquū .n. eſſe videtur, nepotes neptesue in patris ſui locum ſuccedere. Pari ratione, etſi nepos neptisue ſit ex filio, & ex nepote pronepos pronepti-ue, ſimul vocātur. Et quia placuit, nepotes neptesue, itē pronepotes proneptesue, in parentis ſui locum ſuccedere, conueniens eſſe viſum eſt, non in capita, ſed in ſtirpes diuidi hereditatem: vt filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex filio altero duo pluresue nepotes dimidiam alteram. Itē ſi nepotes, neptesue ex duobus filiis exſiſtant, ex altero vnus aut duo forte, ex altero tres & quatuor: ad vnum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel ad quatuor, altera dimidia.

COMMENTARIVS.

1 *Succeſſio in ſtirpes aut in capita.*

OMnis ſucceſſio ab inteſtato fit vel in capita † vel in ſtirpes, & duobus hiſce itidem modis fit diuiſio hereditatis. 1 In capita, vbi fiunt tot partes quot ſunt capita & perſonæ, Germanice in die Häupter / quod toties fit, quoties qui ſuccedunt defuncto æqualiter natura & citra repræſentationem coniuncti ſunt. Et igitur in ſtirpes ſuccedunt, qui ſuccedunt ex perſona alia & alterius iure in cuius locum ſucceſſerunt & ſubintrarunt: quomodo, vt prædiximus, ſubmoto primo gradu, filio, qui ex eo nati ſunt, in eius locū ſuccedunt: & conſequenter, cum eius iure veniant, & quotquot etiam ex eo nati ſunt, in eius vnius locum ſuccedant, in ſucceſſione quoq; aui non plus ferunt omnes, quam pater ſi adhuc viueret, accepiſſet: itaq; nulla fit eis iniuria: cum præſertim alias, à patruis ſuis, qui defuncti filii ſunt ex primo gradu, ipſi ſecundo gradu exſiſtentes, excluderentur, nec cum illis alia ratione quam iure repræſentationis & ita quaſi pari gradu exiſtentes cōcurrere poſſint. Idque etiam porro in vlterioribus gradibus obtinet: in hoc enim ordine deſcendentium gradus non quæritur, vt ait Iuſtin. in N. 118. c. 1. Illuſtrat hoc duobus exemplis Iuſt. quæ etiam

ictorum.

referuntur apud *Caium 2. Inſtit. 8. de inteſt. ſucc.* §. 2. & partim idem habetur apud *Vlp. tit. 26.* §. 1. 1. vbi mixta eſt ſucceſſio, vbi in ſucceſſione aui, filii & ex filio prædefuncto nepotes, in ſucceſſione aui concurrunt: & qui primo gradu ſunt vere, ſinguli tantum capiunt, quantum plures nepotes ex prædefuncto filio. Et ſi vnus ſit filius, & ex altero ſex nepotes, ille dimidiam hereditatem conſequitur, *h. §. verſ. vt ſiue.* Alterum exemplum eſt, vbi ſucceſſio tantum eſt in ſtirpes: veluti ſi nepotes ex duobus filiis concurrant, ex altero pauciores, ex altero plures: & hereditas itidem non diuiditur in capita, ſed in duas æquales partes: ita vt pauciores tantum ferant, quantum plures. In hoc quidem caſu, cum ſint æquales gradu, videri poſſit eos ſuccedere poſſe ex propriis perſonis, cum nemo ſit prior gradu, per quem excludantur, vt nihil ſit neceſſarium eos vti iure repræſentationis. Sed poſtquam ſemel ita ius conſtitutum fuit, vt vbi de ſucceſſione aſcendentium agitur, liberi in locum parentum ſuorum ſuccedant, non debuit hoc ius ex accidenti variari, quod nepotes ex pluribus filiis inter ſe concurrunt. Et ius hoc ex iſto fundamento deſcendere videtur, quod liberi propter ius ſuitatis quaſi bonorum paternorum adhuc viuo patre videntur eſſe domini *l. 11. de lib. & poſt.* itaque ius hoc ſibi quæſitum, ſi decedant quaſi transmittunt in liberos ex ſe natos, aut vtique (ſi enim ponantur emancipati non poſſunt videri transmittere) in nepotes hoc idem ius recta ſublato medio ab auo in eos deſcendit: vt neceſſario eos poſtea, iure patris ſubmoti, non alio ſuccedere oporteat. Et huius iuris fundamenta, & quæ hoc §. habentur, traduntur quoque in *l. 2. & 3. C. de ſuis legit. & hered. l. 1. §. ſi filius 4. de ſuis & legit. her. facit l. Papin. 8. § quoniam 8. de inoff. teſtam.* Et hęc ratio tantum procedit in linea deſcendente: ſecus in collaterali. Itaq; in fratris hereditate cum fratre ſuperſtite, prædefuncti fratris filius non concurrit (quod tamen poſt mutauit Iuſt.) &, ſi ex duobus fratribus prædefunctis, ex altero vnus, ex altero duo liberi ſuperſint, non in ſtirpes ſed in capita ſuccedatur: & hereditas non æqualiter, ſed in tres partes diuiditur *l. 2. §. 1. de ſuis & legit.* ſed & amplius hæc ratio procedit tantum in ſuis heredibus, quibus L. XII. tabb. & agnatis detulit hereditatem. Sed exemplo ſuorum, poſtquam liberis etiam matris & auiæ ſucceſſio data fuit, receptum & hoc fuit, vt eadem ratione hic quoq; hereditas inter liberos primi gradus & nepotes diuideretur *l. ſi defunctus 9. C. de ſuis & legit.* *de quo infr. tit* 4.

TEXTVS.

7\. Cum autem quæritur an qui ſuus heres exiſtere poſſit, eo tempore quærendum eſt, quo certum eſt, aliquem ſine teſtamento deceſſiſſe: quod accidit & deſtituto teſtamento. Hac ratione ſi filius exheredatus fuerit, & heres extraneus inſtitutus, & filio mortuo poſtea fuerit certum, heredem inſtitutum ex teſtamento non fieri heredem, aut quia noluit eſſe heres, aut quia non potuit: nepos auo ſuus heres exiſtet: quoniam quo tempore certum eſt, inteſtatum deceſſiſſe patremfamilias, ſolus nepos inuenitur: & hoc certum eſt.

COMMENTARIVS.

PRopter deciſionem huius §. monuimus, ad *pr. h. t.* intereſſe an inteſtatus quis ſit ipſo tempore quo moritur, non poſtea fiat. Et in eo qui teſtamentum non fecit, res certa eſt: nec enim eſt aliud tẽpus quod ſpectetur, delatæ hereditatis, quam tempus mortis. Sed vbi quis teſtamentum fecit, plurimum intereſt, (vbi ſcil. de ſucceſſione ab inteſtato quæritur hi termini ponendi ſunt) an vitiatum & irritum factum fuerit teſtamentum, viuo adhuc teſtatore: & itidem ſolum tempus mortis ſpectatur: an vero demum poſt eius mortẽ acciderit: idq; fere hoc vnico caſu (quoad hãc tractationẽ, vt ſpectetur quis ſit ſuus heres) quo heres poſt mortem teſtatoris non adiit here-

Digitized by Google

ditatem, & ita teſtamentum fuit deſtitutum. Etenim poſthumus poſt patris mortem natus, & ſe inueniens prætetitum, ita rumpit teſtamentum, vt ſibi ipſi faciat deferri hereditatem. Habebit tamen imo iſta tractatio in alio quoque caſu locum, finge patrem præterito poſtumo exheredaſſe filium ex quo habebat nepotem: ſi interim ventre adhuc pleno poſt mortem patris, mortuo filio exheredato naſcatur poſthumus, nepos ex filio auo ſuus heres erit: non ſecus ac ſi nec dum adita hereditate, & forte herede adhuc deliberante, interim mortuo exheredato filio, & poſt deſtituto teſtamento, nepos auo ſuus heres efficitur *h. §.* Atque ita qui mortuo eo de cuius ſucceſſione quæritur, ſuus non erat, ſuus tamen ei heres exiſtit *h. §. & l. 1. §. ſciendum 8. de ſuis & legit. l. ſcripto 7. vnde lib. l. ſi quis 6. §. 1. de iniuſt. teſtam.* Idem erit ſi filius exheredatus, alio inſtituto ſub conditione, hac pendente decedat, & poſt conditio deficiat, vt notat Theoph. hic. Idem eſt in ſucceſſione collaterali, vt tamquam proximus ab inteſtato ſuccedat in iiſdem terminis, qui tempore mortis proximus non erat *§. proximus 6. tit. ſeq.* Ratio communis eſt, quoniam quis ius ſucceſſionis habet, eo tempore ſpectandum eſt, quo defertur hereditas. Quamdiu autem ſpes eſt ſucceſſionis teſtamentariæ Legis inhibetur effectus, nec ea interim poteſt deferre legitimam hereditatem, quippe cum ipſa primas & potiores deferat partes diſpoſitioni hominis & ſucceſſioni ex teſtamento. Atquin in his terminis exheredato filio & alio ſcripto herede, nec dum defertur hereditas ab inteſtato, quam lex filio exheredato deferre non poteſt, cum validum ſit teſtamentum: neque fieri poſſit, vt duæ hæ ſpecies ſucceſſionum ſimul eodem tempore diuerſis perſonis deferantur. Et igitur ſi poſt mortem patris, heres extraneus moriatur, vel repudiet, ſublata ſpe ſucceſſionis teſtamentariæ iam ſe exſerit vis & poteſtas Legis quæ ab inteſtato defert hereditatem; quæ adeo cum tempore deſtituti teſtamenti filium exheredatum qui præcedebat, mortuum reperiat, (ſi enim tum viueret ipſe patri ab inteſtato ſuus exſiſteret heres *l. filium 20. de bon. poſſ. cont. tab.*) primo loco nepoti ſuperſtiti iure ſuitatis, aut ſi hic nec ſuperſit, proximo agnato defert hereditatem ab inteſtato *h. §. eod. §. 6. tit. ſeq.* Quam rationem innuit Papin. in *d. l. ſcripto 7. vnde lib.* non, inquit, videbitur pater obſtitiſſe, poſt cuius mortem defertur legitima hereditas: & *Vlp. in l. 6. §. 1. de iniuſt. teſta.* ab inteſtato, inquit, ſuccedit, cui ante eum alii non eſt delata hereditas; non fuiſſe autem filio (exheredato) delatam apparet hereditatem, cum inſtituto deliberante deceſſerit.

TEXTVS.

8. Et licet poſt mortem aui natus ſit, tamen auo viuo conceptus; & mortuo patre eius, poſteaque deſerto aui teſtamento, ſuus heres efficitur. Plane ſi & conceptus & natus fuerit poſt mortem aui, mortuo patre ſuo, poſteaque deſerto aui teſtamento, ſuus heres auo non exiſtet: quia nullo iure cognationis patrem ſui patris attigit. Sed nec ille eſt inter liberos aui, quẽ filius emancipatus adoptauit. Hi autem cum non ſint ſui quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, quaſi proximi cognati. Hæc de ſuis heredibus.

COMMENTARIVS.

1 *Poſt mortem conceptus, non ſuccedit ab inteſtato.*

Cohæret cum §. præced. quoniam loquitur adhuc de caſu quo pater mortuo auo adhuc ſupereſt, & poſt, eo mortuo deſtituitur aui teſtamentum. Neque alias hic caſus nepotis poſt aui mortem † concepti poni poteſt, quam ſi teſtamentum factum ſit, & filius fuerit exheredatus, iſque pendentibus adhuc & ſuſpenſis viribus teſtamenti poſt mortem patris ſui mortuus ſit. Quod ſi enim viuo patre ſuo filius deceſſiſſet, non poſſet non viuo

vino quoq; auo nepos conceptus eſſe. Quod ſi filius præteritus fuiſſet teſtamentum ipſo iure nullum eſſet. Et hic igitur nepos poſt mortem aui conceptus deſtituto quamuis poſtea teſtamento interim patre mortuo, auo ſuus heres exſiſtere non poteſt; ſicut nec alius quiſquis poſt mortẽ eius de cuius ſucceſſione quæritur, conceptus eſt, quocunque iure, ciuili aut prætorio, & nec vt cognatus ſuccedere poteſt *l. 1. §. ſi quis 8. vnde cognati.* idque & ſcriptum eſt in *l. 6. §. 1. inf. de iniuſt. teſt.* poſt mortem aui conceptum, neque vt ſuum neq; vt cognatum ad hereditatem vel bonorum poſſeſſionem admitti. Et in *l. Item. 8. de ſuis & legit.* proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem his promitti, qui cognati fuerint defuncto mortis tempore, quod idem in *l. Titius 6. eod. tit.* traditur. Atquin diximus ad §. præc. deferri hereditatem his qui eo tempore proximi ſunt, quo teſtamentum deſtituitur: quo tempore iſto nepos licet poſt mortem aui conceptus fuerit, vtique proximus eſt. Sed intelligendum eſt hoc ita, ſi & remotis illis obſtaculis, & nullo teſtamento facto, nec alio præcedente mortis tempore, habuere potuerit ius ſuccedendi: quod in hoc caſu deficit, nam vt ICtus in *d. l. Titius 6.* L. XII. tabb. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo de cuius bonis quæritur, in rerum natura fuerit. Hic tamen nonnullam iniquitatem notat Ioha. Faber: nimirum vt intelligo, vt tantum momenti in breui interſtitio temporis ponatur, vt nepos admittatur etiam tanquam ſuus, ſi modo vnico die, quin & hora ante patris mortem conceptus fuiſſet, qui vnica forte horula poſt conceptus, omnino excluditur. Sed hoc facit ratio iuris. Et nimirum adeo hic nepos non poteſt ab inteſtato & iure ſuo venire ad aui ſucceſſionem: ceteroquin ex perſona patris poterit vti querela, & præparata olim quidem, hodie etiam ſi non præparauerit eam pater *l. ſi quis 34. C. de inoffi. teſtam.*

Sed nec ille.] Adoptatus iis coniungitur & adgnatus cognatuſque fit, quibus adoptans agnatus eſt, *l. qui in adopt. 23. de adopt.* cum adeo emancipatus non ſit agnatus patri ſuo, ideo nec ab eo adoptatus, ſit auo & patri eius loco nepotis *h. §. & l. quem. 26. de adopt.* Et vix adeo ratio dubitandi erat, quin nepos nullo modo vt ſuus admitti poſſet, cum nec cognatus quidem ſit auo. Itaque apparet Iuſtinian. hoc exemplo & ſimili voluiſſe illuſtrare, quod de nepote poſt mortem aui concepto dixerat, & vtroſque inter ſe comparare.

Hi autem cum non ſint ſui.] Verbum SVI non agnoſcunt Contius & Hottoman. ſed poteſt ferri: ſiquidem hactenus de ſuis egit Iuſtin. & egiſſe ſe in extremo huius §. profitetur: Hæc, inquit, de ſuis heredibus.

Quantum ad hereditatem.] Recte hoc additum eſt, quoniam quo ad prohibitionem nuptiarum liberorum loco ſunt. & vtique ſanguine coniuncti ſunt iis qui deſcendunt ab auo, aut alias ei cognati fuerunt. Itemque quo ad ius patronatus *l. Paulus 47. §. Paulus 3. de bon. libert.* Et hoc quo ad eos, qui poſt mortem aui concepti fuerunt: nam quo ad adoptatos ab emancipato non poteſt ea res inducere prohibitionem nuptiarum.

Nec quaſi proximi cognati.] Adduximus paulo ante textus quibus hoc probatur: nec pro cognatis iſtos haberi, nec iure prætorio ad ſucceſſionem admitti.

TEXTVS.

9. Emancipati autem liberi Iure ciuili nihil iuris habent: neque enim ſui heredes ſunt, qui in poteſtate parentis eſſe deſierint: neq; vllo alio iure vocantur per L. XII. tabularũ: ſed prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum poſſeſſionem; *vnde liberi*, perinde ac ſi in poteſtate parentis mortis tempore fuiſſent: ſiue ſoli ſint, ſiue cum ſuis heredibus concurrant. Itaq; duobus liberis exiſtentibus, vno emancipato, & eo qui tempore mortis in poteſtate fuerit: ſane quidem is, qui in poteſtate fuit, ſolus iure ciuili heres eſt, & ſolus ſuus heres: ſed cum

emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, euenit vt ſuus heres, pro parte heres fiat.

COMMENTARIVS.

HActenus de liberis, qui ſunt ſui heredes: ſequitur de emãcipatis, capitis deminutione minima, quæ cõtingit per emancipationem legitimæ hereditates interuertũtur *l. tut. 7. de cap. min.* de qua re diximus ad §. *praterea ſup. Quib. modis ius pat. pot. ſolu.* & L. XII. tabb. tantum ſuis & agnatis defert hereditatem: familiæ autem & agnationis iura hæc capitis diminutio perimit *l. nam & 6. de cap. min.* quo reſpectu ait Iuſtin. hic, nullo iure emancipatos vocari ad ſucceſſionem patris per L. XII. tabb. Sed cum emancipati natura manerent liberi, prætor iis ſuccurrendum putauit ita vt capitis diminutionem eorum reſcinderet, vt loquitur ICtus in *l. ſed cum 6. §. 1. in f. de bon. poſſ.* non vt reuera eam reſcinderet: ſed quod eos ita vocaret ac ſi capite diminuti non eſſent, & ita effectu ius ſuorum heredum illis reſtitueret. Et hoc cum teſtamento facto, dum perinde vult exheredari aut inſtitui vt ſuos, ceteroquin bonorum poſſeſſionem contra tabb. illis promittit, de quo in §. *emancipatos 3. ſup. de exher. lib.* tum ab inteſtato, dum eis promittit bonor. poſſeſſionem, quæ appellatur *Vnde liberi h. §. verſ. ſed prætor.* (ſicut & ceteræ bonor. poſſ. à primis edicti verbis ita appellantur, *vnde legitimi, vnde cognati, vnde vir & vxor*) & *t. t. ſi tab. teſt. null. ext.* & inprimis *l. 4. eod. tit. d. l. 6. §. 1. de bon. poſſ.* & idem Iuſtin. in *l. vlt § 1. C. de legit. hered.* quod prætor filium emancipatum in patris ſucceſſionem vocet ſine vlla diminutione: idque eſt quod Iuſtin. *h. §. inf.* ait eum cum fratre ſuo herede, qui iure ciuili ſolus heres eſt, beneficio prætoris concurrere æqualiter: quod enim de parte ait, procul dubio de dimidia accipiendum eſt: quo eodem ſenſu *infr. de bon. poſſ. §. ſunt autem*, ſcribit Iuſtin. emancipatos ex edicto prætoris inter ſuos heredes vocari. Hodie autem hæc bonorum poſſeſſio emãcipato neceſſaria non eſt, ſed vocatur iure ciuili cum ſuis N. 118. *cap. 1.* non tamen vt eodem modo ſuccedat, ſed aditione opus ſit, vt notauimus ad *tit. de hered. qual. & diff.* Ætate noſtra cum vix vmbra ſuperſit patriæ poteſtatis, tota hæc differentia ieiuna pene & inanis videtur.

TEXTVS.

10. At hi qui emancipati à parente, in adoptionem ſe dederunt, non admittuntur ad bona patris naturalis, quaſi liberi, ſi modo cum is moreretur, in adoptiua familia fuerint. Nam viuo eo emancipati ab adoptiuo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac ſi emancipati ab ipſo eſſent, nec vnquam in adoptiua familia fuiſſent. Et conuenienter quod ad adoptiuum patrem pertinet, extraneorum loco eſſe incipiunt. Poſt mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptiuo patre, & quãtum ad hũc patrem adoptiuum pertinet, æque extraneorũ loco fiunt & quantum ad patris naturalis bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciſcuntur. Quod ſic ideo placuit, quia iniquum erat, eſſe in poteſtate patris adoptiui, ad quos naturalis patris bona pertineant, vtrum ad liberos eius, an ad agnatos.

COMMENTARIVS.

QVod dictum eſt §. *prac.* emancipatos à patre, vocari à prætore ad ſucceſſionem patris naturalis, ita limitatur & declaratur *h. §.* vt procedat, ſi eo tempore quo de ſucceſſione quæritur, & defertur hereditas, non ſint in aliena familia: ſecus ſi tum temporis ſint in poteſtate aliena *h. §. in pr.* medio enim tempore inter factam emancipationem & mortem patris in aliena familia fuiſſe, & ſcilicet cum ſe dediſſent arrogandos, iis non nocet, quo minus naturali patri iure prætorio ſuccedant *h. §. verſ. nam viuo.* Et nimirum prætor illis ſuccurrere

currere voluit quia emancipatis, & miſeratione quadam: nec eadem ratio eſt illis ſuccurrendi, qui ſe alii adrogandos dederunt, & alium ſibi patrem quæſierunt: nec ratio patitur, vt quis in duabus familiis ius ſui heredis habeat: prætor enim emancipatos inter ſuos, & perinde vt ſuos vocat, vtrumque hoc ſcriptum etiam eſt in *l. liberi* 4 *vnde lib.* Et prætor ex humanitate liberis rurſus à patre adoptiuo emancipatis ſeu conſeruare ſeu reſtituere voluit, vt patri naturali ante cuius mortem ab adoptiuo patre emancipati fuerunt, ſuccedere poſſent: quoniam in patris adoptiui bonis, nullum amplius ius habent: ſiquidem agnatio & coniunctio contracta per ſolam adoptionem & legem, ſecuta emancipatione penitus diſſoluitur, ita vt hi plane ſint extranei patri quondam adoptiuo, etiam prætorio iure, vt traditur §. *ſeq.* & de his ICtus in *l.* 4. *vnde liber.* quod nomen liberorum amittant per emancipationem: diſſolutis iuribus adoptionis *l.* 1. §. *liberos* 6. *eod. tit.* & finita poteſtate patris adoptiui, nullum ex priſtino remanere ſoleat veſtigium *l. in omni* 13. *de adopt.* Idque omnimodo verum eſt, vt nullum ius filius emancipatus in quondam patris adoptiui extranei bonis habeat, quandocunq; ſit emancipatus: ſiue ante mortẽ patris naturalis, ſiue poſt eam fuerit emancipatus. Sed multum intereſt, quo ad ius emancipati filii in bonis patris naturalis. His enim, vt ad *pr.* §. diximus, conſeruat prætor ius ſuccedendi, qui iam tempore quo pater naturalis moritur rurſus facti fuerunt ſui iuris: non autem iis qui poſt demum emancipati fuerunt *h.* §. *verſ. poſt mortem:* & mox in *verſ. quod ideo,* reddit rationem, ne in poteſtate patris adoptiui ſit, ad quos bona patris naturalis pertineant: quod futurum eſſet, ſi illo quandocunque poſt mortem patris naturalis emancipante, filius ad bona patris naturalis regreſſum habere poſſit. Ratio directa hæc eſt: quoniam cum filius ſui iuris eſt, nec in familia aliena eo tempore, quo pater naturalis moritur, prætor cõcurrit cum L. XII. tabu. & impedit, ne lex ſolidum tribuat ſuo, excluſo emancipato: tum enim defertur hereditas. Atquin vbi eo tempore, filius adhuc eſt in poteſtate patris adoptiui, prætor nullum ei auxilium præbet: atq; ita fit, vt bona patris naturalis tota & in ſolidum, aut aliis liberis, aut etiã agnatis deferantur: qui effectus legis, cum iam impletus ſit, & bona aliis plene adquiſita, non poteſt hoc poſt ex accidenti, emancipato demum filio retractari: nec bona iis auferri, quibus ſemel plene iam fuerint adquiſita: prorſus non poteſt de nouo tum deferri hereditas: nec inſuper iniuria fit filio, qui & ſponte ſe arrogandum dedit, & volens etiam fuit emancipatus: nam vt ſup. tractanimus ad §. *præterea. Quib. mod. ius pot. ſolu.* inuiti liberi non emancipantur: adde quæ dicemus ad §. *admonendo* 13. *inf. h. t.* Ait Iuſtin.

In adoptionem] Non in ſpecie dictam, ſed in arrogationẽ: quia agitur de eo qui ſui iuris eſt, qui eſt obiectũ adrogationis, iuxta § 1. *de ad. p.*

Patris naturalis.] Vltro perſpicuũ eſt intelligi eũ, qui filiũ ex legitimo matrimonio ſuſceptũ, emancipauit, qui opponitur patri adoptiuo.

Nihilo magis liberorum gradum.] Bene liberorum: agnatorum autem emancipatione amiſit: admittitur tamen tertio gradu (vt loquitur Iuſtin. rectius enim dicuntur *ordines* ſucceſſionis) inter cognatas iuxta §. *admonendi* 13 *inf h. t.*

TEXTVS.

11. Minus ergo iuris habẽt adoptiui filii, quam naturales. Namq; naturales emancipati beneficio prætoris liberorum gradũ retinent, licet iure ciuili perdant. Adoptiui vero emãcipati, & iure ciuili liberorũ gradũ perdunt, & à prætore non admittuntur: & recte. Naturalia enim iura, iuris ciuilis ratio non poteſt perimere: nec quia deſinũt eſſe ſui heredes, poſſunt deſinere filii filiæue, aut nepotes neptesue eſſe. Adoptiui vero emancipati extraneorum loco incipiunt eſſe, quia ius nomenq; filii quod per adoptionẽ conſecuti ſunt, ratione alia ciuili, id eſt, emancipatione, perdunt.

Com-

COMMENTARIVS.

QVæ ad explicationem huius §. pertinent diximus ad § *præc.* Nihil enim hic §. continet quam differentiam liberorum naturalium & adoptiuorum, vtrorunque emancipatorum. Illi manent liberi naturali iure, ſiue natura: itaque à prætore admittuntur ad ſucceſſionem patris: ſiquidem emancipatio ciuile inuentum, non facit, quo minus maneant filii & filiæ natura. Atquin adoptio ipſa ciuile commentum eſt *l fideicomm. 76. de cond. & dem.* itaque ius per eam quæſitum, penitus emancipatione extinguitur: & proinde nec prætor eos vllo modo ad ſucceſſionem quondam patris adoptiui admittit: quæ huius §. ſumma eſt. Et ita quoque in §. *vlt. ſup. de legit. agn. tut.* Iuſtinianus, ciuilis, inquit ratio, ciuilia iura corrumpere poteſt, naturalia vero non vtiq;.

TEXTVS.

12. Eadem obſeruantur & in ea poſſeſſione bonorum, quam contra teſtamenti parentis tabulas liberis præteritis (id eſt neque heredibus inſtitutis, neque vt oportet, exheredatis) prætor pollicetur. Nam eos quidem qui in poteſtate mortis tempore fuerint & emancipatos, vocat prætor ad eandem bonorum poſſeſſionem: eos vero, qui in adoptiua familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis pater moreretur, repellit. Item adoptiuos liberos ab adoptiuo patre emancipatos, ſicut nec ab inteſtato ita longe minus contra tabulas teſtamenti ad bona eius admittit: quia deſinunt in numero liberorum eius eſſe.

COMMENTARIVS.

COllatio bonorum poſſeſſionis ab inteſtato, cum bonorum poſſeſſione contra tabb. teſtamenti patris. Prætor liberis emancipatis præteritis à patre propoſuit bonorum poſſeſſ. cont. tabb. id eſt, ſi nec inſtituti eſſent nec exheredati, *vt oportet*: quoniam quemadmodum iure ciuili inſtituendi erant ſui, filii ſcilicet, nominatim, filiæ & nepotes inter ceteros: in *pr. ſup. de exhered. lib.* ita & ipſe voluit exheredari emancipatos, & niſi factum eſſet, bonorum poſſeſſ. contra tabulas illis pollicitus eſt, §*ſi emancipatos 3. d. t.* Et primo quidem pro emancipatis hanc bonorum poſſeſſionem introduxit, qui alio remedio deſtituebantur, neque vt ſui, teſtamentum nullum dicere poterant: poſtea autem etiam ſuis præteritis, qui nollent nullitatis arguere teſtamentum paternum, idem remedium conceſſit *l. 1. in princ. de bon. poſſ. cont. tabb. §. ſunt autem in pr. inſ. de bon. poſſ.* Iam comparatio huius bon. poſſeſſionis, cum ea quæ ab inteſtato competit in hoc conſiſtit, quod pariter & emancipatos & ſuos ad hanc quoque admittit. Deinde in duobus aliis quæ hoc §. proponuntur: tum quod hanc quoque bon. poſſeſſionem non dat liberis qui mortis patris naturalis tempore ſunt in aliena familia, *h. §. verſ. nam eos.* quia habent ſuum patrem: quod & teſtatur Iuſtin. idem in *l. pen. C. de adop. poſt pr.* tum quod emancipatis à patre adoptiuo, contra huius teſtamentum eam non concedit *h. §. in f.* ex rationibus ante dictis, quia amplius liberorum loco non ſunt. Et vt eſt in *f. huius* §. longe minus hanc dat, quam illam ab inteſtato; quoniam difficilius eſt, vt permittatur euerſio teſtamenti. Vnde & Iuſtin. qui adoptato ab extraneo reſeruauit ius ab inteſtato ſuccedendi, tamen bon. hanc poſſeſſionem ei omnino negat *d. l. pen. C. de adopt. §. ſed ea 14. infr h. t.*

TEXTVS.

13. Admonendi tamen ſumus, eos qui in familia adoptiua ſunt, quiue poſt mortem naturalis parentis ab adoptiuo patre emancipati fuerunt, inteſtato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum poſſeſſionem vocantur, non admittan-

mittantur, alia tamen parte vocati, ſcil. qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, ſi neque liberi ſui hæredes, neque emancipati obſtent, neque vllus agnatus quidem interueniat. Ante enim prætor liberis vocat, tam ſuos hæredes quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.

Commentarivs.

Limitatur quod hactenus dictum eſt, emancipatos à patre naturali, qui ſe adrogandos dederunt, dum adhuc in adoptiua familia ſunt, aut ſi ex patre adoptiuo poſt mortem patris naturalis rurſus emancipati fuerint ad patris naturalis ſucceſſionẽ nec iure prętorio admitti, vt ſcil. nec admittantur inter liberos ſiue ſuos, ſiue emancipatos alios: nec cum agnatis, ſed tum demum tertio ordine cum cognatis, imo vt ceteris cognatis præferantur. Et nimirum prætor tres ordines fecit ſuccedendi, liberos, agnatos, cognatos: ita vt agnatos licet remotiori gradu, cognatis proximioribus præferret: quod dediſſe videtur iuri ciuili, quod agnatos ſolos omnibus excluſis cognatis vocabat. Et iſtud quidem quod hic proponitur, perſpicuam habet rationem, vt tertio ſaltem ordine admittantur: quoniam licet in adoptiua familia ſint, & nec liberorum amplius rationem habeant, quo ad ius ſuccedendi ratione patris naturalis: licet etiam per emancipationem agnati eſſe deſierint, vt proinde ex duobus prioribus capitibus admitti non poſſint: at vtique cognati patri ſuo & ceteris manent, & ius hoc cognationis retinent, *l. 1. §. cognationem 4. verſ. euenit. vnde cognati.* Itaque mihi valde inſubtiliter alter caſus adiici videtur, de adoptatis, poſt mortem patris naturalis emancipatis ad hanc poſſeſſionem ex tertio capite admittendis, quippe quæ illis etiamnum exiſtentibus in aliena familia defertur, nec ius quod habent ad bona patris naturalis per hanc emancipationem minuitur, ſed magis augetur. Ceteroquin niſi illis adhuc in familia aliena deferretur, non poſſet illis demum poſt mortem patris naturalis emancipatis, iure iam aliis quæſito deferri, vt diſputauimus *ad §. ad hi 10. ſup h. t.* Iuſtin. autem *N. 118. cap 3* hac in re totum ius vetus mutauit, & differentiam agnationis & cognationis ſuſtulit, ſecundum quod ius, hi vtique de quibus hic agimus, cũ agnatis, imo propter prærogatiuam gradus ante ceteros agnatos & cognatos omnes vocabuntur. Alias quoque per *l. pen. C. de adopt.* iſtud ius circa adoptatos mutatum eſt, quod proponitur *in §. ſeq.*

TEXTVS.

14. Sed ea omnia placuerunt quidem antiquitati, aliquam autem emendationem à conſtitutione noſtra acceperunt, quam ſuper his perſonis expoſuimus, quæ à patribus ſuis naturalibus aliis in adoptionem dantur. Inuenimus enim nonnullos caſus, in quibus filii & parentum naturalium ſucceſſionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem ſoluta, ad neutrius patris ſucceſſionem vocabantur. Hoc corrigentes ſolito more, conſtitutionem ſcripſimus, per quam definiuimus: quãdo parens naturalis filium ſuum adoptandum alii dederit, integra iura omnia ita ſeruari, atque ſi in patris naturalis poteſtate permanſiſſet, nec adoptio penitus fuiſſet ſubſecuta: niſi in hoc tantummodo caſu, vt poſſet ab inteſtato ad adoptiui patris venire ſucceſſionem. Teſtamento autem ab eo facto, neque iure ciuili, neque prætorio, ex hæreditate eius aliquid perſequi poteſt: neque contra tabulas bonorum poſſeſſione agnita, neque inofficioſi

Digitized by Google

querela inſtituta: cum neque neceſſitas patri adoptiuo imponatur, vel hæredem eum inſtituere, vel exhæredem facere, vtpote nullo vinculo naturali copulatum, neque ſi ex SConſulto Sabiniano ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in eiuſmodi caſu neque quarta ei ſeruatur, neque vlla actio ad eius perſecutionem ei competit. Noſtra autem conſtitutione is exceptus eſt, quem adoptandũ parens naturalis ſuſceperit: vtroque enim iure tam naturali quam legitimo in hanc perſonam concurrente priſtina iura tali adoptione ſeruamus, quemadmodum ſi paterfamilias ſeſe dederit adrogandum, quæ ſpecialiter & ſingulatim ex præfatæ conſtitutionis tenore colligi poſſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Adoptati etiam extranei ius in ſucceſſione ab inteſtato.*

2 *De SC. Sabiniano, & adoptato ex tribus manibus.*

NImis prolixe hic proponitur ius nouum circa adoptatos, ex *l. pen. C. de adopt.* cuius & meminit ſupra §. *ſed hodie de adopt.* In ſumma diſtinguitur, an adoptauerit (adoptione in ſpecie ſumpta) extraneus, an parens naturalis.
1 Et nimirum auus maternus † aut etiam paternus ſi nepos poſt emancipationem ſit conceptus & natus: extra hunc vel hos omnes reliqui hac in quæſtione habentur extranei. Et adoptante naturali parente nihil mutatum eſt. Adoptante extraneo, nomine tenus fere adoptio eſt, cum adoptatus nec in familiam nec in poteſtatem patris adoptiui & pene imaginarii tranſeat, ſed omnia iura ei ſeruentur integra apud patrem naturalem: excepto hoc ſolo, vt ab inteſtato patri adoptanti ſuccedere poſſit. Ceteroquin contra teſtamentum factum, nec præteritus nec exheredatus, nec prætorio nec ciuili iure vllum remedium habeat: neque ſcil. teſtamentum aut nullum dicere, aut per querelam inofficioſi ſiue bonorum poſſeſſionem contra tabb. impugnare poſſit. Rationem iuris huius ipſe in pr. §. reddit Iuſtin. quia inuenerit caſus, quibus adoptatus & patris naturalis & adoptiui ſucceſſione fraudabatur: nimirũ ſi poſt mortem naturalis patris fuiſſet emancipatus: iuxta §. *at hi.* 10. *ſup. h. t.* adeoque videtur, dum ait, *nonnullos caſus*, numerum pluralem poſuiſſe pro ſingulari: nec enim alius caſus apparet. Sed quod ad ius ſuccedendi ab inteſtato attinet, ait diſerte *Iuſtin. in l. pen. C. de adopt.* §. 1. *in fi.* quod hactenus habeat ius ſui hæredis. Adeoque (quod tamen abſurdum videtur cum pene extraneus ſit) concurret æqualiter cum liberis legitimis & naturalibus: & patré quoque excludet: de quo v. autores aliquos citatos *ab Angelo hic.* Illud vtique ex *N.* 118. *c.* 3. pro limitatione addendum erit, vt cõcurrat tantum cum ceteris liberis ab vno latere coniunctis. Nam cum ex d. N. vtrinque coniuncti excludant conſanguineos & vterinos, multo magis hunc excludent adoptatũ: qui ad ſummum pro conſanguineo tantum poteſt haberi: nec plus etiam ex ratione iuris veteris conſequebatur. Ait Iuſtin.

Sed ea omnia.] Non tantũ ad adoptatos hoc referendum eſt, ſed etiam ad alia, vt patet ex §. *ſeq.* nam quod ait emendationem aliquam accepiſſe, fortaſſis non tantum ad cõſtitutionem *in l. pen. C. de adopt.* ſed etiam ad emendationem iuris quæ *in* §. *vlt.* proponitur, referendum eſt, quæ ſane de nepotibus ex filiabus, excluſo iure veteri nihil dum in præced. egit, itaq; rectius, iſtud ad adoptatos tãtũ refertur.

Quæ à patribus ſuis dantur.] Agit enim de adoptione in ſpecie dicta: cuius obiectũ ſunt, perſonæ non ſui iuris, ſed patris poteſtati ſubiectæ, cuius autoritate dantur in poteſtatem alienam.

Solito more corrigentes.] Vtinam illud ſolitus facere non fuiſſet: melius cum iure noſtro ageretur: correctiones enim iſtæ totam & omnem pene rationem iuris conturbarunt.

Vtpote nullo vinchlo naturali.] Nō bona eſt hęc illatio: Non eſt copulatus vinculo naturali: ergo non neceſſe eſt eum hæredem inſtituere &c. quoniam vinculum quod à lege eſt, huius effectum inducere poteſt; idq; ex iure veteri apertiſſimum eſt, in adoptiuis liberis: ſed & hodieque idem ius relinquit Iuſtin. in adrogatis, qui itidē nullo vinculo naturali ſunt copulati: & vt eſt *in l. 1. de adopt.* filiosf nō ſolum natura ſed & adoptiones faciunt. Nec illa quę ſtatim præcedit bona illatio eſt: non neceſſe eſt illos exheredare vel inſtituere. Ergo non habent querelā inofficioſi, nec bonorū poſſeſſionem contra tabb. Nam nec mater liberos, nec liberi parentes habent neceſſe aut exheredare aut præterire, quibus tamen remedia legitima contra teſtamenta eiuſmodi competunt.

Ex Sabin. SCto, ex tribus maribus.] Quale SCtum illud fuerit, & qualis adoptio hęc, quā ex tribus maribus vocat Iuſtin. non ſatis perſpicuum, imo obſcurum eſt. Ræuard. *c.* 6. *de auth. prud.* putat legendum eſſe, emancipationibus ſeu mancipationibus tribus. Sed magis ad literā ante eū, *Alc.* 4. *pareg.* 3. ex tribus maribus, recte tamē vt opinor reprehenſus à quibuſdam & à *Connano* 2. *comm.* 15. ex hac ſolida ratione, q vt explicauimus *ad pr. tt. de adopt. ſup. lib.* 1. in omni adoptione olim tres mancipationes interueniebant: hic a. de ſingulari caſu tractatur. Sed huius explicatio longe abſurdior & ineptior eſt, vt intelligatur, qui adoptatus eſt poſt tres mares, & ita in quartum filium. Quę explicatio tum eſt alieniſſima à verbis *ex tribus maribus*: tum & hinc improbabilis, quod nec probabile eſt, eum adoptaſſe, qui tres liberos & eos quidem maſculos habebat: neque erat vlla ratio, cur huic quarto beneficium ſpeciale daretur: Theoph. hic exponit textum ſimpliciter, cum Iuſtiniano, ſi quis fuiſſet ex tribus maribus adoptatus, ei ex Sabiniano SCto quartam fuiſſe relinquendā: ſicut & arrogato impuberi quarta ex Pii ſanctione debebatur: quod ipſum adfert, & nihil præterea *Ant. Auguſt. de SC. pop. Rom.* & præterea nihil quoq; *Cuiac. in l. vlt. C. de decur.* vbi ipſe tamē videri vult hāc rē belle explicaſſe. Refert hęc inter priuilegia patrū oportet, qui fœcundo matrimonio dediſſent reipub. ciues tāmultos. Et ieiuna eſt obiectio Connani d. loco. Cur non, inquit, ſi ex duobus fuerit adoptatus eodem gaudebit priuilegio: cur non ſi ex quatuor aut quinque, prorſus inepte. Nec vero dubitari debet, quin idem iuris obtinuerit, ſi pater qui plures tribus maribus habuerit, vnū in adoptionē dediſſet: & ſcilic. fit mentio triū vt minimum tres eſſe oportere intelligamus, & notiſſimum eſt, quod tres liberos non duos, habentibus multa olim erant cōceſſa priuilegia: iis vt Impp. hoc ſingularis beneficii loco concedere petentibus & non habentibus liberos ſolerent. Itaque inepte quærit Conn. cur non idem ius fuerit, vbi ex duobus maribus vnus adoptatus fuit. Facit huc quod habetur *in C. Theod. ſub tit. de decurionib. lib.* 12. *l. ſi quis* 132. Si tres mares filios ſuſceperit, vnum eum dare Senatui non vetari: quo reſpicit *l. vlt. C. de decurion.* vbi Iuſtin. propoſitis modis quibuſdam qui liberabant à curia (quoniā graue erat onus decurionum) reliquos improbat, & hunc quoque quo patri ex maribus tribus permiſſum erat vnum ſenatui maximo ſociare. Itaque apparet hoc vnum fuiſſe ex priuilegiis patrum: quod priuilegium velim etiam replicatum eſſe à Cuiac. *in d. l. vlt.* & quid ſit *ſenatui dare*, vt eſt *in Cod. Theod.* vel, vt loquitur Iuſtin. *ſenatui maximo ſociare.* Nam cū ſenatus maximus non poſſit alius intelligi quam qui Cōſtantinopoli eſt vel Romæ, vt cuiuis decurionum, quorum in repub. magnus erat numerus, ex tribus filiis vnum, liceret facere ſenatorem, abſurdiſſimū ſit, niſi intelligas, quod ex tribus liberis (poſitis terminis habilibus) vnus potuerit fieri ſenator, cum alias liberi decurionum, iiſdem decurionatus oneribus manerent perpetuum obnoxii, ſed hæc ſunt extra rem noſtram.

TEXTVS.

15. Item vetuſtas ex maſculis progenitos plus diligens, ſolos nepotes, qui queue ex virili ſexu deſcēdūt, ad ſuorū vocabat ſucceſſionē, & iure agnatorum

torũ eos anteponebat:nepotes a. qui ex filiabus nati ſunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, poſt agnatorum lineam eos vocabat: tam in aui vel proaui materni, quam in auiæ vel proauiæ, ſiue paternæ ſiue maternæ ſucceſſione. Diui autem Principes non paſſi ſunt, talem contra naturam iniuriam, ſine competenti emendatione relinquere: ſed cum nepotis & pronepotis nomen ſit vtriſque commune, tam qui ex maſculis, quam qui ex fœminis deſcendunt, ideo ordinem & gradum eundem ſucceſſionis eis donauerunt, ſed vt amplius aliquid ſit eis, qui non ſolum naturæ, ſed etiam veteris iuris muniuntur ſuffragiis, nepotum vel neptum vel deinceps, de quibus ſupra diximus, portionem, paulo minuendam eſſe exiſtimauerunt: vt minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel auia fuerat acceptura: vel pater eorum, vel auus paternus ſiue maternus, quando fœmina mortua ſit, de cuius hæreditate agitur: iisque, licet ſoli ſint adeuntibus, minime vocabant agnatos. Et quemadmodũ Lex duodecim tabularũ, filio mortuo nepotes vel neptes pronepotes vel proneptes in locũ patris ſui, ad ſucceſſionẽ aui ſui vocat. ita & diſpoſitio principalis in locum matris ſuæ vel auiæ, eos cum iam deſignata partis tertiæ deminutione vocat.

COMMENTARIVS.

1 *Inepta ratio Iuſtiniani & falſa adſertio.*
2 *Alia eiuſdem generis ratio.*
3 *Aliud vitium huius diſputationis.*
4 *Emendatio l.* 4. C.Theod. de legit. hæred.
5 *Obſeruatum aliud mendum,* in h. §.

CErtum eſt, iure XII. tabb. tantum ad ſucceſſionem, primo loco, ſuos, poſt agnatos, & nullos præterea vocatos. & qui ſolum cognati eſſent, penitus excluſos fuiſſe: quoniam L. XII. tabb. ad eos qui eiuſdem familiæ aut gentis eſſent deuolui voluit hæreditates. Et itaque quoniam ex filiabus progeniti in aliena familia erant, & à reliquorum eius familiæ, ex qua exierant in alienam, ſucceſſionibus penitus erant excluſæ: ita vt iuxta hunc §. nec nepotes ex filia auo ſuo materno poſſent ſuccedere: nec tantum à liberis maſculis defuncti, vel qui ex maſculis deſcenderant, ſed & ab omnibus agnatis excluderentur & demum ex edicto prætoris inter cognatos tertio loco admitterentur, quod refertur *in pr. huius* §. ſiquidem filia extra familiam cum eſſet, nec ij ſi agnati eſſent liberi ius vllum ſuitatis aut agnationis in liberos ex ſe natos tranſmittere non poterat. Et ait Iuſtin. vocatos hos nepotes neptesue fuiſſe poſt lineam agnatorum tam in aui vel proaui materni, quam in auiæ vel proauiæ, ſiue paternæ ſiue maternæ ſucceſſionem.

Agitur enim de hæreditate aſcendentis, & huius aut maſculi, qui nepotibus aut pronepotibus de quibus tractamus, eſt auus vel proauus maternus: Et nepotes quidem non poſſunt alii poni niſi qui nati ſunt ex fœmina: ſed quod ad pronepotes, nihil intereſt, an ex fœmina nati ſint an ex maſculo, videlicet, nepote ex filia. Aut agitur de ſucceſſione fœminæ, quæ eſt in linea aſcendente, auiæ ſc. vel proauiæ, vbi non intereſt an ſit auia materna vel paterna, veluti patris vel aui mei mater: quoniam filius matri nec ſuus nec agnatus eſt: itaque ex L. XII. tabb. matri non ſuccedebat: & SCto demum Orphitiano ius ſuccedendi datum eſt liberis primi gradus, vt tantum filii & filiæ matri ſuccedere poſſent, nõ etiam nepotes aut pronepotes, §. 1. *inf. de SCtum Orphit.* Et recte igitur ait Iuſtin., etiam vbi de proauię vel auiæ maternæ vel paternæ hæreditate agebatur, nepotes aut pronepotes liberorum ius non habuiſſe, ſed demum tertio loco & ex ea parte edicti prætoris, quæ cognatos vocabat,

bat fuiſſe admiſſos. Hæc eſt prima pars huius
§. quæ refert ius antiquius.

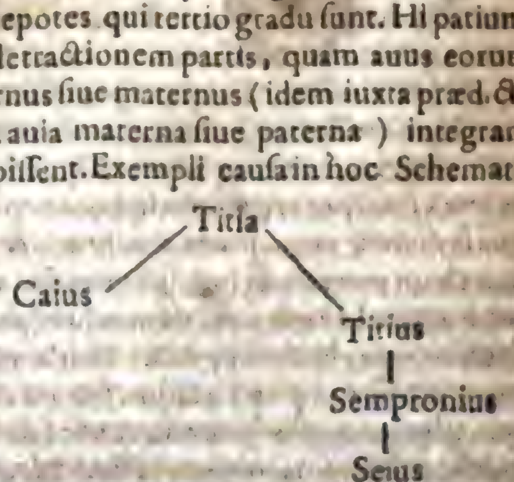
Sequitur altera pars *in verſ. Diui autem.* qua
refert Iuſtin. quid & quatenus per principum
(recentiorum ſcil. & Conſtantinopolitano-
rum)conſtitutiones, in iure illo veteri fue-
rit mutatum. Et initio duplicem inſinuat ra-
tionem propter quam ius iſtud vetus merito
fuerit mutatum. Prima eſt, quia ius vetus fue-
rit iniurioſum in naturam: quomodo idem
Iuſtin. *in l.vlt.C. de liber. præter.* maximum vitiū
hoc appellat antiquæ legiſlationis, quod dif-
ferentiam fecerit inter maſculos & fœminas,
& eos qui ita ſtatuerunt, accuſatores naturæ
1 eſſe dicit: ſed mirum † ſane ſit tot prudentiſ-
ſimos viros, tot ſeculis illam iniuriam naturę
non deprehendiſſe, donec tandem Græculi
illi & effœminati Impp. cornicum oculos
confixerint. Quid vero de lege Voconia,
quam commendat *Gell 20.cap.1.* diceret Iu-
ſtin. quæ nec filias paſſa eſt à patribus hære-
des inſtitui, ſumma ratione ius hoc nititur,
quod vult, vt hæreditates ad maſculos con-
fluant, vt loquitur Iuſtin. *in §. ceterum 3. tit. ſeq.*
& rationi hoc omnium gentium bene inſti-
tutarum conuenit, hoc agere vt ſplendor &
dignitas familiarum conſeruetur: quæ ſine
bonis & pecunia conſeruari non poteſt: fœ-
minæ autem extra familiam ſunt. Et cū morta-
les ſint omnes, quiſque hoc agere videtur,
vt per generationem prolis nomen ſuum
quaſi conſecret immortalitati: atqui filiæ
aliis & alienæ familiæ liberos pariunt: quæ
vt bona alieno ſudore parta in alienam trans-
ferant familiam, indignum eſt. Ratio etiam
œconomica hic militat: quod mulieres
dotatæ & diuites ſint feroces, ſuperbæ, &
in ipſos viros affectant imperium: & o-
mnino, vt ille apud Plautum ait, mactant &
malo & damno viros. Et ipſa Lex Dei filios
quoque filiabus præponit *Num.27.verſ.8.* Et
ſuauis eſt ratio Iuſtin. *in d.l.vlt. C. de lib. præter.*
quod ita accuſetur natura, quare non omnes
maſculos generauerit, &c. non enim ſi etiam
fœminarum opera in generatione neceſſaria
eſt, propterea earum rationem in ſucceſſione
haberi oportet: multo minus ex illis deſcen-
dentiū, qui ſuum patrē & ſuam propriam ha-
bent familiam. Sed hæc eſt Legiſlatoris homi-
nis, quam vel ex Procopio conſtat ſeruiturem
ſeruiuiſſe imperiis vxoris: in cuius etiam no-
men (quod indigniſſimum eſt) magiſtratus
iurare voluit, *N. 9.* nec dubitem ego hoc ap-
pellare vitiū legiſlationis Iuſtinianeæ: quod
ſi euagari liceret, non tantū ex rationibus ſoli-
diſſimis, ſed etiam ex cōmuniſſimo Interpp.
noſtrorum aſſenſu confirmarē: dū tractant &
probant ſtatuta Italię, quibus à ſucceſſionibus
fere fœminæ & cognati excluduntur.

Altera ratio qua vtitur Iuſtin. eſt à nomine:
† quod nepotis & pronepotis nomen com- 2
mune ſit vtriſq; tam qui ex maſculis quā qui
ex fœminis deſcendunt. Quæ nimis inſulſa &
puerilis ratio eſt, nec digna confutatione: vt à
generali cōmunione nominis argumētemur
ad inducendum æquale ius inter eos, quos i-
pſius rei ingens diuerſitas diſiungit, quæ à ſui-
tatis & familiæ ratione dependet. Quod ſi no-
men accipiamus pro iure, vt Weſ. & ineptā
exceptionē dabimus, & mera futura erit prin-
cipii petitio, quod idē ſit ius vtrorūq; nepotū.
Nolo iſta pluribus exagitare, & videamus iā
quid iſti Principes conſtituerint. Ait, donaſſe
nepotibus ex filiabus & ceteris de quibus hoc
§. agitur, eundē gradū & ordinē ſucceſſionis;
id eſt, vt cū aliis ſuccedere poſſint, qui à L. XII.
tabb. vocantur: ſed nō tamen vt æqualiter cō-
currerēt, quod ob reuerentiā iuris veteris ita ſta-
tutū exibit, vt aliquādo plus haberēt, qui iure
veteri plane hos nepotes vel neptes exclude-
bāt: vt nimirū admittātur cū diminutione ter
tiæ partis, quæ adcreſcat illis, qui prærogatiua
veteris iuris nitūtur. Quod ita cōſtituerūt, *Va-
lent. Theod. & Arcad. in l. ſi defunctus 4. Theod. de le-
git. her.* quā conſtitutionē ſed mutilatā, vt mox
dicemus, tranſtulit Tribon. in Cod. Iuſtin. *in l.
19. C. de ſuis & legit.* Ita v.c. ſi in ſucceſſione aui
materni nepos & filia concurrat cum auuncu-
lo, vel cū nepote ex filio, nepos ille ex filia tātū
tricentē habebit hereditatis: nā de ſemiſſe ter
tia pars & duæ ſc. vnciæ diminuuntur & de-
trahuntur: Atq; ita Iuſtin. conſtituiſſe ait prin-

cipes vt minus tertia parte acciperent, quam mater eorũ vel auus paternus ſiue maternus, quando fœmina mortua ſit, de cuius hæreditate agitur. Quæ verba pleniorem aliquam explicationem deſiderant. Ait

Minus tertia parte, quam mater eorum.] Vbi de ſucceſſione maſculi mortui agitur, & ſcil. aui materni: quoniã filia quæ patri agnata eſt, æqualiter cum fratribus ſuis ſucceſſiſſet: & æqualem partem abſtuliſſet, de qua minuitur tertia pars liberis eius. Eademque ratio eſt ſi de pronepotibus quæratur, & de ſucceſſione proaui materni, ex cuius bonis auia æqualem partem ſine diminutione accepiſſet. Neq; intereſt an qui hinc ex virili fœmineo ſexu veniunt, ſint pari an inæquali & impari gradu: illi enim ſemper his detrahunt tertiam. Dicimus ex fœmineo ſexu, ratione ſtirpis: nam vbi de ſucceſſione proaui materni quærimus ſtirps ex cuius perſona ꝓnepotes veniũt, eſt fœmina, & proaui materni filia, nec adeo intereſt, an pronepotes veniãt ex fœmina an ex maſculo, filiæ illius filio, & ita nepote ex filia. Ait

Vel pater eorum vel auus paternus ſiue maternus.] Hoc, velut mox ſubiicit, cum fœmina mortua eſt, de cuius agitur ſucceſſione. Repetẽdũ eſt a. hoc ex *tit. infr. de SCto Orphit.* quod ad hæreditatẽ matris eo SCto fuerint admiſſi filii & filiæ tantũ, & quidẽ pleno iure ſine alicuius partis diminutione, ſed liberi vlterioris gradus excluſi. Et ſi decedẽs itaq; reliquiſſet filiũ aut filiam: ex altero filio vel filia (nihil n. intereſt) nepotes aut pronepotes: hi ex SC. Orphit. per illos primi gradus liberos excludebantur: ſed cõſtitutiones eos ſimul admiſerunt, itidẽ cũ diminutione tertiæ partis: & dũ Iuſtin. ait, voluiſſe principes, vt plus haberent, qui ſuffragiis veteris iuris muniti eſſent, appellatione veteris iuris nõ ſolũ intelligit Leg. XII. tabb. ſed & SC. Orphit. quod recentioribus Impp. ſane ius vetus fuit. Et cũ igitur hoc SC. diſpoſuerit, quomodo ſuccedatur fœminis, apparet huius §. tractationẽ latius patere, quam innuit & promittit eius principiũ, ꝙ eſt de his qui ex maſculis ꝓgeniti ſunt, & per fœminas deſcen-
3 dunt: itaq; plane confuſim & † cõtra omnem methodi rationẽ mox cõiungit, caſus quo de aui vel proaui & auiæ vel proauiæ ſucceſſione quæritur, vbi nõ intereſt, an nepotes ex filio an filia deſcendant. Verũ vt explicemus verba textus noſtri; aut quæritur de ſucceſſione auię aut proauiæ. Et 1. Fœmina decedens reliquit filiũ ſiue filiã & ex defuncto filio, nepotẽ: hic concurrens cum illis, patitur diminutionem partis, quam pater eius ſuperſtes integram erat accepturus. Idemq; iuris eſt, ſi fœmina illa ex prædefuncta filia reliquerit nepotẽ: & proinde repetendũ eſt, quam pater, *vel mater* fuerant accepturi. Et recte igitur, cũ Iuſtin. dixiſſet *quam mater vel auia,* non adiicit, *cum maſculus eſt mortuus:* nam vbi quidem maſculus auus vel proauus mortuus eſt, in his terminis nepotũ à L. XII. tabb. excluſorum, tantũ poteſt poni caſus matris vel auiæ, quæ L. XII. tabb. ad patris ſucceſſionem admittebantur: ſed quando fœmina eſt mortua, auia vel proauia, nõ tantũ caſus patris vel aui ſed etiam matris vel auiæ locum inuenit. Quoniam ex maſculino ſexu deſcendentes omnes quocunq; gradu vbi de maſculi ſucceſſione quærebatur, à L. XII. tabb. admittebantur: ſed ex deſcendentibus ex fœminis, ſoli qui primo gradu erant, admittebantur ex Orphit. SCto. Vt redeamus vnde ſumus digreſſi, hic primus caſus eſt, vbi auia eſt mortua, & liberi primi gradus, cum liberis ſecundi gradus, ſiue ex filio ſiue filia natis concurrunt. Alter caſus eſt, vbi proauia mortua eſt, & cum liberis primi gradus concurrunt pronepotes qui tertio gradu ſunt. Hi patiuntur detractionem partis, quam auus eorum paternus ſiue maternus (idem iuxta prædicta eſt in auia materna ſiue paterna) integram accepiſſent. Exempli cauſa in hoc Schemate.



Prædefunctis Titio & Sempronio, Seius con-

concurrens cum Caio patitur diminutionem partis quá Titius eſſet accepturus, qui in hac ſpecie eſt Seio auus paternus: Quod ſi loco Sempronii ponas fœminam Semproniam, erit Titius Seio auus maternus. Sin loco Titii ponas fœminam Titiam erit illa Seio auia & prout in ſecundo gradu ponas fœminam aut maſculum erit Titio auia aut materna aut paterna, idque & Cuiac. & Hott. adnotarunt poſt verba, *vel pater eorum*, ſupplendum eſſe, *vel mater*: & ſtatim ſupplendum *vel auia paterna ſiue materna*, atque etiam hoc explicat Theoph. ſed vt dixi, Iuſtin. cum in caſu altero dixiſſet, *mater vel auia* ad hunc caſum voluit referri. Hæc paulo prolixius tradere viſum fuit ad explicationem loci paulo obſcurioris, in quo, vt Hott. ait, Iuſtin. ænigmata loqui videtur: & ipſe & ceteri quoque Weſenb. alii rem ſuccinctius & ob hoc obſcurius proponunt. Atque hæc ita ſi remotiori gradu liberi cócurrant cum liberis primi gradus in ſucceſſione fœminæ. Quid autem ſi hinc nepotes, hinc pronepotes concurrant? an hi patiuntur ex ratione iuris quod Iuſtin. anteceſſit detractionem? Hæc quæſtio non habet dubiú ſi quæratur de ſucceſſione maſculi, cum ex vna parte continua ſerie ex maſculis deſcendentes concurrunt, cum iis qui deſcendunt ex fœminis: cum enim illi quocunq; gradu vocantur veteri iure ex L. XII. tabb. haud dubie hi cú illis concurrentes patientur detractioné. Atquin vbi de fœminæ ſucceſſione quæritur, hæc ratio dubitandi eſt, quod nec nepotes ſecundo gradu ad ſucceſſionem auiæ ex SCto Orphit. admittuntur. Et itaque probo ſententiam Hottom. hic, nepotes & pronepotes cócurrentes, ſuccedere æqualiter: Siquidé nullá ex iure veteri prærogatiuam habent nepotes, qua ſe contra pronepotes tueantur, & ipſis detrahant partem. Et hoc ipſum tacite videtur innuere Iuſtinianus, dum caſum præcedentem, quo vlteriores gradus liberi concurrunt cum liberis primi gradus, ſeparat ab eo, quo talis concurſus non eſt, & vbi ſoli ſunt, videlicet qui remotiori gradu ſunt. Neque enim oppoſitiue ad caſum illum, exiſtentium liberorú primi gradus, ſoli tantú dicuntur liberi æqualis gradus, ſed etiam inæqualis, vbi alii ſecundo, alii tertio gradu ſunt. Et rurſum hic caſus non tantum contingit, vbi quæritur de ſucceſſione fœminæ, ſed ét maſculi: veluti ſi quis v.c. auus decedens, vel etiam reſpectiue auus & proauus ſimul ex filiabus vel neptibus pluribus prædefunctis nepotes neptesue aut pronepotes proneptesue reliquit. Et hi ſane haud dubie & L. XII. tabb. & SC. Orphitiano excludebátur, & agnatis locus fiebat, ſed vt Iuſtin. hic refert conſtitutiones eos etiá ſolos ad hæreditatem aſcendentium vocarunt, excluſis agnatis, ait enim, agnatos non fuiſſe vocatos. Quod ita accipiendum eſt, vt agnati non fuerint in ſolidum vocati: ceterum eos nó plane fuiſſe excluſos, ſed in quadrantem cócurriſſe, expreſſum eſt in ſupra citata conſtitutione. *Valent. Theod. & Arcad. in l. ſi defunctus* 4. † C. *Theod. de legit. hered.* 4
Si hic defunctus, inquiunt, habebit ex filia nepotes, & præterea filios non habebit, ſed qui præferri nepotibus poſſint (ſcil. ex iure veteri) habebit agnatos, in quandá Falcidiam & in dodrantem nepotes iure ſuccedent: vbi legendú putaré leui emendationi, Hi (ſcil. agnati) in quandam Falcidiam & in dodrantem nepotes ſuccedent: vt nimirú agnati detrahant nepotibus quartam: neq; n. vſquá dicitur aut dici poteſt dodrans, Falcidia, ſed Falcidia quadrans eſt. Et hanc partem conſtitutionis Tribonianus detraxit, & reliquum tantum inſeruit Codici Iuſtinianeo *in l. ſi defunctus* 19. *C. de ſuis & legit.* Loquitur quidem *d. l.* 4. *C. Theod. de legit. her.* de ſucceſſione defuncti maſculi; quoniam tamen Iuſtin. indiſtincte de vtroque caſu loquitur, niſi aperte erroris eum arguere velimus, fateri oportebit, idem obtinuiſſe in ſucceſſione fœminarum, quarum liberis primi gradus deferebat ſucceſſionem SCtum Orphitianum. Et cum illarum nepotes & pronepotes, cóſtitutiones admiſerint, cum liberis primi gradus (quos ſolos vocabat SC.) cú diminutione ſaltem tertiæ partis, abſurdú ſit exiſtimare, eos ſolos exiſtentes ab agnatis fuiſſe excluſos: Siquidem

Siquidem per ſæpe memoratū SCtum agnati per liberos primi gradus excludebantur in ſolidum.

5 In *fin.* §. docet Iuſtin. per † conſtitutiones principum admiſſos fuiſſe nepotes ex filiabus ſicut ex L. XII. tabb. admittebantur nepotes ex filiis: hac ſaltem differentia, quod his tertia pars detrahebatur. Sed rurſus non recte hoc proponit tantum de nepotibus ex filia, qui ſuccedunt auo materno, ſed addendū erat: quod ſicut SC. Orphitian. vocabat liberos ad ſucceſſionem matris: ita quoque nepotes, per cōſtitutiones, cum diminutione eiuſdem partis tertiæ admiſſos fuiſſe. Apparet adeo vitioſum eſſe Summariū, ꝙ huic §. præſcripſit Pacius. *De deſcendentibus ex fœminis, ſi concurrant cum ſuis hæredibus.* hoc enim tantum pertinet ad caſum quo agitur de ſucceſſione maſculi: latius autem patere tractationē huius §. probauimus. Et amplius ideo hoc non recte dicitur: quoniam licet hoc §. in terminis, aui mortui, tantum agatur de L. XII. tabb. quæ ſolum vocabat ſuos: tamen idem quoque adcommodandum eſt ad ius prætoris qui vocabat emancipatos vt ſuos. Itaque ſi hinc emancipatum filium, hinc ex filia nepotes ponamus: hi proculdubio per emancipatum filium iure prætorio olim excludebantur: quod huic loco omnino eſt addendum, ſed tandem manum de tabula.

TEXTVS.

Sed nos, cum adhuc maneret dubitatio inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem ſubſtantiæ defuncti, agnatis ſibi vindicantibus ex cuiuſdam conſtitutionis autoritate: memoratam quidem conſtitutionē à Codice noſtro ſegregauimus, neq; inſeri eam ex Theodoſiano Codice, in eo conceſſimus. Noſtra autem cōſtitutione promulgata, ſoli iuri eius derogatum eſt; & ſanximus: talibus nepotibus ex filia vel pronepotibus ex nepte, & deinceps ſuperſtitibus, agnatos nullam partem ſucceſſionis mortui ſibi vindicare: ne hi qui ex linea tranſuerſa veniunt, potiores his habeantur, qui recto iure deſcendunt. Quam conſtitutionem noſtram obtinere ſecundum ſui vigorem & tempora, & nunc ſancimus: ita tamen vt quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas ſtatuit, non in capita ſed ſtirpes diuidi hæreditatem: ſimiliter nos inter filios & nepotes ex filia, iubemus fieri diſtributionem, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes & proneptes, & alias deinceps perſonas vt vtraque progenies matris vel patris, auiæ vel aui portionem, ſine vlla diminutione conſequatur: vt ſi forte vnus vel duo ex vna parte, ex altera tres aut quatuor extent: vnus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.

COMMENTARIVS.

IVſtinianus amplius quam fecerant anteriores principes, ius nepotum adauxit: & quartam ademit agnatis, quam habebant antea in bonis defuncti, vbi nepotes ex filia, in caſu ſucceſſionis maſculi, vel ſimpliciter nepotes aut pronepotes, vbi fœmina mortua erat, ſoli ſupererant. Vtitur hac ratione, ne qui veniunt ex tranſuerſa linea, his habeantur potiores, qui recto iure deſcendunt: parum ſubtiliter: neque enim qui tantum conſequuntur quartam, potiores poſſunt dici iis, qui habent dodrantē. Itaque dicere debebat; ne qui ex tranſuerſa ſunt linea, concurrant cum iis, qui veniunt ex linea recta: quamuis ex rationibus dictis ad §. præced. in iſto concurſu nihil ſit abſurdi. Tum ſubiicit, in concurſu hæreditatem non in capita, vbi plu-

res v.c. ex vna filia ſunt nepotes, ſed in ſtirpes diuidi debere. Et potuit in concurſu nepotum ex pluribus filiabus hæc ratio dubitandi eſſe, quod ipſi veteri iure excluſi non tam repræſentationis, quam proprio iure ex nouis conſtitutionibus venire videbantur ad ſucceſſionem. Sed enim poſtquam hoc illis ius datum eſt, ad inſtar nepotum ex filiis, rationis eſt, vt eodem modo hæreditas diuidatur. Et hoc quoque §. Iuſtin. confuſim agit de ſucceſſione maſculi & fœminæ. Nam in *verſ. noſtra*, in verbis *talibus nepotibus ex filia* intelligit procul dubio eos qui volunt ſuccedere auo materno, & mox in *verſ. ſimiliter.* in verbis, *inter filios & nepotes ex filia*, ita vt de his tantum agere videatur, verum paulo inferius *in verſ. vt vtraque* ibi, *matris vel patris auiæ vel aui.* neceſſum eſt eſt intelligi caſum, vbi quæritur de ſucceſſione fœminæ: Siquidem neptis ex filio auo paterno ex veteri iure XII. tabb. ſuccedit: itaq; oportet intelligi tum quæri de ſucceſſione auiæ, cum neptis dicitur ex beneficio conſtitutionum & Iuſtiniani capere partem quam pater eius accepiſſet.

Cum porro *in pr.* §. proponat de quarta quã agnati detrahebant nepotibus, & hanc ſe ſuſtuliſſe profiteatur, conſequenter etiam fatendum videtur, quod in h. §. tantum tractetur caſus quo nepotes vel pronepotes ſoli ſunt, vel inter ſe concurrunt, aut ex filia tantum filiabusque vbi agitur de ſucceſſione maſculi: aut qualeſcunque nepotes & pronepotes ſoli, cum agitur de ſucceſſione fœminæ. Nã vbi cũ nepotibus ex filia cõcurrebãt olim circa ſucceſſionẽ maſculi, filii, vel ex filio nepotes: vel circa ſucceſſionẽ fœminæ cũ liberis primi gradus concurrebant nepotes vel pronepotes, nullus plane locus erat agnatis ſed illic filii aut nepotes ex filio, hic liberi primi gradus ceteris tertiam detrahebant. Et cõſequenter mutatio huius §. tantum pertinebit ad caſum priorem, vbi nulli ſuperſunt, qui ex L. XII. tabb. vel SCto Orphitiano, ſoli vocabantur, & quibus conſtitutiones poſteriores tertiam adiecerunt, & duas tertias nepotibus ante excluſis dederũt, quod & Weſ. hic adnotauit: Iuſtinianum hic ſuſtuliſſe ius, quod quartam dabat agnatis, non autem illud ius, quod filiis aut nepotibus ex filiis in ſucceſſione auiæ, vel quod liberis primi gradus in ſucceſſione fœminæ, nepotibus cõcurrentibus, tertiã dabat: ſed hoc demũ per N. 118. eſſe ſublatum. Quæ explicatio omnino videtur neceſſaria; tum quod Iuſtin. in *pr.* §. meminit conſtitutionis, quæ hanc quartam dabat agnatis, quam ait ſe non conceſſiſſe vt ponerentur in Codice ſuo, cui etiam ſolum ſe derogaſſe profitetur: tum conſequenter quod illa conſtitutio, quæ tertiam tribuit illis qui veteri iure prærogatiuam habebunt, diſerte eſt inſerta Codici Iuſtinianeo *in l. ſi defunctus* 19 *C. de ſuis & legit.* neque per *hunc* §. *Inſtit.* poteſt videri derogatum iſti conſtitutioni, quæ in ſecundum Codicem, qui Inſtitutiones ſecutus eſt, relata fuit. & ipſe hic §. oſtendit, conſtitutionem quam in Codicem ſuum tranſtulit Iuſtin. necdum fuiſſe abrogatam. Facit quod conſtitutio ipſi ius correctoria ad quam hic ſe refert *in l. vbi* C. *de legit. hæred.* tantum loquitur de veteri quarta agnatorum. Et huic tamen ſententiæ valde mihi refragari videntur ipſa huius §. verba, *in verſ. ſimiliter, nos,* inquit, *iubemus inter filios & nepotes ex filia, &c.* qui vtique caſus diſertiſſimus eſt, quando nepotes ex filia concurrunt cum auunculis in ſucceſſione aui: Et ſtatim: *vt vtraque progenies, &c.* nimirum & maſcula vel ex maſculis, & quæ ex fœmina eſt: & vtramque ſcil. vult percipere portionem matris vel patris ſui ſine vlla diminutione. Quæ faciunt vt iſta verba nõ poſſint referri ad diminutionem quartæ quæ per agnatos fiebat: ſiquidem in concurſu vtriuſque progeniei ex maſculis & fœminis his nullus locus erat. Et in verbis paulo ante propoſitis, apertiſſime Iuſtin. duplicẽ caſum proponit, quo nepotes, vel pronepotes & quo liberi vlterioris, & primi gradus concurrunt: & mihi non dubium eſt, quin in verbis, *inter filios & nepotes ex filia*, intelligat concurſum in ſucceſſione in bona maſculi, reſpectiue patris & aui materni. An ita ſocordem Tribonianum fuiſſe dicemus, vt non meminerit con-

ſtitutionis ſuæ *in l. 19. C. de ſuis & legit.* aut cum ſecundum Codicem ſcriberet, oblitum eorũ quæ hoc §. ſcripſit. Verum enimuero in primo Codice fuiſſe iſtas conſtitutiones euincit, quod hic meminit conſtitutionis nouæ ſuæ, qua derogauerit Iuri veteri: quæ vt diximus non eſt alia, quam *l. vlt. C. de ſuis, & legit.* qua tantum tollit quartam agnatorum: tertiam autem in paulo ante ſub *eod. tit.* poſita conſtitutione *in l.* ſi defunctus 19. relinquit. Ego ſubſiſto, nec hoc extrico. Ait Iuſtin. *in p.* §

Cum dubitatio maneret.] Id eſt controuerſia quædam, quam mouebant agnati nepotibus illis: neque enim fuit ius dubium, ſed expreſſa L. cautum.

Cuiuſdam conſtitutionis.] Intelligit *l. 4. C. Theod. de legit. hæred.* quam mutilam, expuncta illa parte, quæ erat de quarta agnatorum in Cod. Iuſtin. ſub *tit. de ſuis & legit. in l. 19.* collocauit Tribonianus.

Noſtra conſtitutione.] *L. vlt. C. de ſuis & legit.*

Ne potiores.] Nihil abſurdi eſt, vt aliqui collaterales, ob ius agnationis, aliquibus deſcendentibus, & his qui in aliena familia exiſtunt, ſint potiores, ſed aliud viſum fuit Iuſtiniano.

AD TITVLVM II. LIBRI TERTII INſtitutionum,

[DE LEGITIMA ADGNAtorum ſucceſſione.

TEXTVS.

Si nemo ſuus hæres vel eorum, quos inter ſuos hæredes prætor vel conſtitutiones, vocãt exſiſtat, qui ſucceſſionẽ quoquo modo amplectantur: tunc ex Lege XII. tabb. ad agnatum proximum pertinet hæreditas. Sunt autem agnati, (vt libro quoque primo tradidimus) cognati per virilis ſexus perſonas cognatione cõiuncti, quaſi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres agnati ſibi ſunt, qui & conſanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus fratris filio, & inuicem is illi agnatus eſt. Eodem numero ſunt fratres patrueles, id eſt, qui ex duobus fratribus procreati ſunt, qui etiam conſobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis peruenire poterimus. Ii etiam qui poſt mortem patris naſcuntur, iura cõſanguinitatis nanciſcuntur. Non tamen omnibus ſimul agnatis dat Lex hæreditatem, ſed iis qui tunc proximiore gradu ſunt, cũ certum eſſe ceperit, aliquem inteſtatum deceſſiſſe.

COMMENTARIVS.

1 *Diſtinctio ſuorum.*
2 *Explicatio* l. 5. vnde legitimi *circa definitionem agnatorum.*
3 *Notatur iCtus* in l. 1. § 9. & 10. cum l. ſeq. de ſuis & legit. *circa verbum conſanguineus.*
4 *Conſanguinei qui ſint.*
5 *Conſobrini qui.*

HActenus de ſuis, ſequitur de his qui ſecundo loco & ordine à L. XII. tabb. vocantur, ſui quoad hanc ſucceſſionem, alii ſunt vere tales, alii eorum iure vtuntur, vt vel ſoli vel cum aliis vere ſuis concurrant. Idque eſt
quod Iuſtin. *in pr.* ſcribit, quoſdam † eſſe ſuos 1
quoſdam inter eos vocari, & vocantur vel ex prætorio iure, vel ex conſtitutionibus: Ex illo emancipati: de quibus *tit. præced. §. emancipati 9.* Ex conſtitutionibus tum legitimati, de quibus *in §. 2. tit. præced.* tum nepotes & pronepotes illi, de quibus *in §. pen. & vlt. eiuſdem tit.* Hi propter autoritatem iuris prætorii & conſtitutionum præferuntur agnatis, qui alias L. XII. tabb. potiores eſſent. Itaque non ſatis ſubtiliter dicitur, poſt memoratas in pr. perſonas, TVNC ex L. XII. tabb. vocari

agna-

agnatos: nam ex L. XII. tabb. non tum demum & poſt ſuos ſiue vere ſiue per ꝓductionem, ſed poſt vere ſuos, vocantur agnati, ſed paulo pinguius locutus eſt Tribonianus: quod inhibita iure prætorio & conſtitutionibus poteſtas L. XII. tabb. deficientibus illis perſonis iam ſe exſerat, & deferat hęreditatem agnatis. Et L. XII. tabb. ſupr. *ad pr. tit. præced.* meminimus, ſi ei ſuus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto. Quis proximus hic ſit & dicatur, *infra* mox explicatur.

Sunt autem agnati.] Deſcriptio agnatorum etiam *ſup. lib. 1. tit. 15. de legit. agn. tut.* propoſita fuit, vbi diximus: Et ſubiecta exempla perſpicua ſunt: quæ confirmantur vna cum deſcriptione ex *l. 2. §. 1. de ſuis & legit. l. inter 5. in pr. vnde legit. l. vlt. §. inter 4. de grad. & adfin.* vbi confirmatur genus adnatorum, quod hic ponitur: Eſſe nimirum eos cognatos. Cognatio enim in ſpecie quidem adnationi opponitur: ſed generalius etiam comprehendit agnationem: itaque recte ICtus *in d. l. 4.* inter agnatos hoc intereſſe: quod inter genus & ſpeciem, (rectius dixiſſet, quod inter ſpeciem & genus, vt ordo eſſet idem verborum) & quod quiſquis agnatus eſt, etiam ſit cognatus, non vice verſa. Itaque alio ſenſu ICtus *in d. l. 5. vnde*
2 *legitimi* † ait, in agnatis contineri cognatos, non contra in cognatis agnatos. Vtique enim ſub genere continetur ſpecies, non contra. Quod ita defenditur, quatenus ſuo ſenſu plus eſt in ſpecie, quam in genere: Nam tota eſſentia generis eſt in ſingulis ſpeciebus, & ſpecies ſingulæ inſuper habent propriam differentiam. Ita homo habet totam eſſentiam animalis, & inſuper hanc differentiam, quod ſit rationalis, quæ nimirum in homine & in ſpecie quauis eſt determinate, ſed in genere tantum indeterminate; omne enim genus vt Logici docent, qua tale, manet indeterminatum, & differentiæ quibus determinatur ſpecies tantum potentia ei inſunt: ceteroquin fieri non poſſet, vt genus communicaret totam ſuam eſſentiam ſingulis ſpeciebus. Atque ita quoque accipienda & declaranda propoſitio, qua dicimus; quidquid eſt in ſpecie etiam eſſe in genere: vt quoad differentiam, indeterminate eam ineſſe intelligamus, ſed hęc obiter ad declarationem *d. l. 5. vnde legit.*

Ait porro Iuſtinianus de fratribus, eos agnatos eſſe, & conſanguineos dici. Cũ enim ſint tantum duo ordines ex L. XII. tabb. ſuorum & agnatorum, neceſſario hos inter ſe agnatos eſſe oportet: & certe parum ſubtiliter ſeparantur † à ICto *in l. 1. §. 9. & 10. cum l. ſeq.* 3
de ſuis & legit. vbi poſt conſanguineos, (quos diſtinguit & recte à ſuis) ait vocari agnatos: & ita agnatos demum accipit, qui poſt fratres ſequuntur, nulla plane idonea ratione: niſi forte ideo (quæ tamen ratio non ſufficit) quod hi ſpeciale nomen ſunt ſortiti. Conſanguineos eſſe ait itidem ICtus *in d. l. 1. §. 10.* eos, qui inter ſe ſanguine connexi ſunt. Quod incidit in duplicem reprehenſionem: tũ quod etiam ceteri agnati, tum quod imo etiam cognati in ſpecie dicti vtiq; ſanguine iuncti ſunt,
ſane conſanguinei à ſanguinis † coniunctione appellantur, & cum fratres in ſpecie conſanguinei appellentur, oportet etiam in ſpecie ipſis tribui propria quadam ratione coniunctionem ſanguinis: qui proxime & immediate ab eodem ſtipite deſcendit: & quidem ſi Ariſtotelis placita ſequimur, magis ex patre imo ex hoc tantum æſtimandus venit. Itaque fratres licet matrem communem non habeant, conſanguinei ſunt h. §. ceterum alias ius ſanguinis pro naturali coniunctione inter cognatos vſurpatur, vt notamus ad §. *ſeq.* & adeo non abſurde conſanguinitas à Cann. dicitur de omnibus cognatis. In ſpecie autem vſurpatur de duobus fratribus tantum ex vno patre ſiue talibus ſororibus *h. §. l. 1. §. 9. 10. & vlt. de legit. hær. l. ſi is 43. de adop. l. 2. §. ſi ſit 18. cũ §. ſeq. & l. 7. ad Tert. §. ceterũ 3. in fi. h. t. l. 3. C. de legit. hær.* 4

Fratres patrueles] de gradibus accuratius agetur *inf. t. 7.* vbi Iuſtin. *in §. 4.* ait conſobrinos magis ꝓprie dici duarũ ſororũ liberos, ꝙ & notatio nominis arguit, vt ſcribit Donat. *ad illud Terent. Hecyr. act. 3. ſcen. 5.* Quid reliqui Phania conſobrinus noſter. Et ita Nonius in extremo. Conſobrini, ex duabus editi ſororibus quaſi conſororini. Latius id verbum

Nnnn 2 acci-

accipit *Iſidor. lib. 9. cap. 6.* pro his, qui ex duabus ſororibus aut ex fratre & ſorore nati ſunt. Et inconcinnum ſane videatur, vt fœmininum contineat maſculinum, & appellatione ſororum fratres contineantur, quomodo tamen German. Geſchwiſterig dicuntur etiam pro fratribus. Et verbum conſobrinorum apud Latinos quoque latius, vt hic Iuſtiniano, vſurpatum videtur. Et in modo citato loco Terentii, omnino conſobrinus videtur ſignificare eum, qui eiuſdem erat familiæ, cuius hæreditatem proximitatis nomine Laches cereuerat. Et apud *Cicer. 1. offic.* Sequuntur fratrum coniunctiones, poſt conſobrinorum, &c. Et teſtatur *Paulus in l. vlt. §. quarto 15. verſ. matertera in fi. de grad. & adfin.* omnes qui ex fratribus & ſororibus nati ſunt, à pleriſque vero nomine conſobrinos dici. *add. notata ad §. 4. infr. de grad. cogn.* Hæc Grammatica ſunt.

Qui poſt mortem patris naſcuntur.] Competit enim iis omnino definitio conſanguineorum *l. vlt. vnde legit. l. 1. §. vlt. de ſuis & legit.* In remotioribus gradibus quo ad ius ſuccedendi, vt agnatus habeatur, oportet eũ viuo eo, de cuius ſucceſſione agitur, eſſe conceptum.

Non tamen omnibus.] Lex XII. tabb. diſerte proximum gradum vocat: quo tempore proximitas ſpectetur, dicemus cum Iuſtin *in §. proximus 6. infr. h. t.* Et ius hoc quoque §. propoſitum mutauit Iuſtin. Cum enim hæc omnia ad ius ſuccedendi referantur, & fratres conſanguinei tantum, haud dubie præferrentur vterinis tantum, & cum vtrinque coniunctis quoque concurrent, propter ius agnationis, vtrumque mutauit Iuſtinianus N. 118. *cap 3.* vt & per vtrimque coniunctos excluderentur, & vterini cum iis concurrerent.

TEXTVS.

1. Per adoptionem quoque agnationis ius conſiſtit: veluti inter filios naturales, & quos pater eorum adoptauit. Nec dubium eſt, quin ii improprii conſanguinei appellentur. Item ſi quis ex ceteris agnatis, veluti, frater, aut patruus, aut denique is qui gradu longiori eſt, adoptauerit aliquem, agnatos inter ſuos eſſe, non dubitatur.

COMMENTARIVS.

CVm ius ſuitatis quæratur per adoptionẽ, etiam & multo magis quæretur ius agnationis: quod ciuile nomen ait eſſe ICtus, *in l. 1. §. 4. de gradib. & Iuſtin. in §. vlt. de legit. agn. tut.* Adoptatus enim tranſit in familiam adoptantis, itaque quibuſcunque hic agnatus eſt iiſdem & ille efficitur agnatus *l. qui in 23. de adoptionib. l. 2. §. patui 3. de ſuis & legit.* Eos tamen improprie fratribus ſuis conſanguineos dici ait Iuſtin. ſiquidem, vt ſup. notatum, conſanguinei dicuntur, qui iuncti ſunt ſanguine *l. 1. §. 9. de ſuis & legit.* ius autem ſanguinis non affert adoptio *l. qui in 23. de adoption.* quem textum ad hoc adducit Hottom. ſed profecto imperite: probat enim illa ratione ICtus eo loco, quod adoptatus non fiat cognatus aliis cognatis patris adoptiui: adeoque ius ſanguinis accipit pro naturali coniunctione: prorſus vt *in l. iura 8. de reg. iur.* iura ſanguinis negantur iure ciuili dirimi poſſe. Tum etiam ſane adoptatus, licet fratri reuera conſanguineus non fiat, tamen ius conſanguinitatis cõſequitur, vt eſt *in l. ſi is 44. de adopt.* (vt conſanguineorum iure ei ſuccedat) *l. 1. §. vlt. de ſuis & legit.* quo & ſcil. effectus reſpectu ſimpliciter frater adoptatus conſanguineus vocatur *l. ſi quis 7. ad SC. Tertull.* Hoc autem hodie poſt conſtit. *l. pen. C. de adopt.* de qua *in §. ſed ea 14. tit. prec.* tantum habet locum in adoptione, quæ facta eſt ab aſcendente.

Agnatus inter ſuos eſſe.] In veteribus editionibus impreſſis, ſed & in quibuſdam manuſcriptis, legitur, *Inter ſuos hæredes*, ſed ſane vitioſe & vox *hæredes*, expungenda eſt: Illud autem parum intereſt, an legatur, inter *ſuos*, an *tuos.*

TEX-

TEXTVS.

2. Ceterum inter maſculos quidem agnationis iure hæreditas, etiamſi longiſſimo gradu ſint, vltro citroque capitur. Quod ad fœminas vero attinet, ita placebat, vt ipſæ conſanguinitatis iure tantum capiant hæreditatem, ſi ſorores ſint, vlterius nón capiant: maſculi autem ad earum hæreditates, etiamſi longiſſimo gradu ſint, admittantur. Qua de cauſa fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinebat: tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita conſtitutum erat, quoniam commodius videbatur ita iura conſtitui, vt plerunque hæreditates ad maſculos confluerent. Sed quia ſane iniquum erat, eas in vniuerſum quaſi extraneas repelli, prętor eas admittit ad bonorum poſſeſſionem ea parte, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur: ex qua parte ita ſcilicet admittebantur, ſi neque agnatus vllus, neque cognatus proximior interueniat. Et hæc quidem Lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, ſed ſimplicitatem Legibus amicam amplexa, ſimili modo omnes agnatos, ſiue maſculos, ſiue fœminas cuiuſcunque gradus, ad ſimilitudinem ſuorum inuicem ad ſucceſſionem vocabat. Media autem Iuriſprudentia, quæ erat quidem Lege duodecim tabularum iunior, Imperiali autem diſpoſitione anterior, quadam ſubtilitate excogitata differentiam præfatam inducebat, & penitus à ſucceſſione agnatorũ eas repellebat, omni alia ſucceſſione incognita, donec prætores paulatim corrigentes aſperitatem ciuilis iuris, ſiue quod durat implentes, humano propoſito alium ordinem ſuis addiderunt edictis, & cognationis linea proximitatis nomine introducta, adiuuabant eas per bonorum poſſeſſionem, & pollicebantur his bonorum poſſeſſionem, quæ *vnde cognati* appellatur.

COMMENTARIVS.

1 *Media Iuriſprudentia.*

REfertur duplex ius, alterum Legis XII. tabb. alterum mediæ Iuriſprudentiæ, quæ ſecuta eſt L. XII. tabb. circa ſucceſſionem fœminarum agnatarum, nam cognatæ tantum fœminæ, neutro hoc iure admittebantur. Lex XII. tabb. indefinite poſt ſuos, ſecundum ordinem fecit agnationis, nec excluſit fœminas quocunque gradu agnatas, quales ſunt fratris filiæ, itemque porro fratris neptes ex filio, itemque amita patris ſoror, aut amita magna aui paterni ſoror: quam ſententiam L. XII. tabb. etiam proponit *Iuſtin. in l. pen. & vlt. C. de legit. hæred.* & teſtatur *Paul. 4. ſent.* 8. Huic iuri derogatum poſtea fuit, per nimiam ſubtilitatem, vt ait Iuſtin. forte vt ſuſpicor, introducta diſtinctione inter agnationem & conſanguinitatem, quæ tantum eſt inter fratres & ſorores ὁμοπατρίως vt hic concluderetur ius ſuccedendi fœminarum, reliquis remotioribus repulſis. Contra quam ſententiam more ſuo *d. l. pen. C. de legit. hæred.* multa, ſed inepte, ſicut in ſimili caſu *in §. Item vetuſtas pen. tit. præc. & in l. maximum C. de liber. præter.* diſputat Iuſtin. cuius iudicio qui plus tribuerit, quam tot prudentum, næ ille Iuſtiniano homini vxori fuerit ſimilis. Videndum autem quænam ſit † illa, vt eam hic appellat, media Iuriſprudentia. 1

dentia. Et Hottom. non putat intelligi diſputationem ICtorum, ſed νομοθεσίαν, & leges latas poſt XII. tabb. & nimirum Legem Voconiam de qua non pauca diximus ad *pr. tit. ſup. de fideicomm. hæred.* & ita ſane exſtat apud *Paul.* 4. *ſent.* 8. videri effectum rogatione Voconia, vt ne vltra ſorores conſanguineas aliæ fœminæ ad ſucceſſionem admitterentur. Sed mihi iſtud probabile ideo non fit, quoniam d. loco ſolide demonſtrauimus, nec patrem quidem potuiſſe filiam, vtique non in ſolidum, hæredem inſtituere, & difficilius eſt, vt quis repellatur à ſucceſſione teſtati: ceteroquin parentes potius qui hæreditatem ad filias pertinere voluiſſent, inteſtati deceſſiſſent. Quod ſi ex Lege Voconia non ſucceſſerunt filiæ patri, multo minus ſuccedere fratribus potuerunt, vt forte quis exiſtimare poſſet per diſputationem ICtorum mitigatam Voconiam, & ab ea receſſum hactenus vt ſorores ius capiendæ hæreditatis haberent: nam vt diximus ad *d. pr. de fideicomm. hær.* iampridem & ætate Gellii Lex Voconia in deſuetudinem abierat: vt proinde mihi iſtud quod hic refertur, Legi Voconiæ non recte tribui videatur. Et conſtat ius iſtud, vt ſorores conſanguineæ tantum ſuccederent fratribus, etiamnũ temporibus ICtorum noſtrorum obtinuiſſe, vt conſtare poteſt *ex Paulo d. loco*, & ex *Vlpian. tit. de legitim. hæred.* §. *ad fœminas.* Igitur ſi per mediam Iuriſprudentiam intelligimus diſputationes ICtorum, quod Weſenb. placet, & videtur ita accepiſſe Iuſtinianum Theoph. dum vocat τοὺς μετὰ τὸν δωδεκάδελτον σοφούς, iam iniuriã illis facit Iuſtinianus hic, ſiquidem, vt diximus, iam olim per Legem Voconiam fœminis ius ſuccedendi etiam in bona patrum, ademptum fuit. Et ſiquidem à LL. XII. tabb. computamus, Iuriſprudentiam mediam, ea ſane latiſſimum ſpatium & circiter 600. annos occupatura eſt: Nec enim dubito falli Weſenb. qui eam tantum porrigit vſque ad tempus, quo Reſp. ab Impp. occupata fuit: quippe cum priores principes parciſſime & raro derogarint iuri veteri: & nominatim ex hac diſpoſitione & ſanctione iuris nihil eos mutaſſe ex iam dictis apparet. Et ego potius porrigendam putarem mediam Iuriſprudentiam vſque ad tempora ſedis Imperii in Orientem tranſlatæ, tum enim fere tota forma Reſp. immutata Impp. illi ſecuti veræ iuris rationis, cui plurimum priores Impp. tribuerant, omnia pro libitu mutare & innouare, & nouam pene Iuriſprudentiam conſtituere cœperunt: quod præ ceteris egregie præſtitit Iuſtinianus. Et ita accipio & limito, quod Iuſtin. ait hoc loco, mediam Iuriſprudentiam fuiſſe anteriorem Imperiali diſpoſitione, quæ videlicet eſt Impp. Græculorum & Conſtantinopolitanorum. Hæc de duplici iure ciuili veteri. Tertium additur, quod Iuriſprudentiæ rigorem vt cum Iuſtiniano loquamur, mitigauit aliquatenus, & fœminas agnatas, quæ eſſent vltra conſanguineas, inter cognatos tertio ordine vocauit: adeoque poſt omnes agnatos etiam gradu remotiores (quia agnatorũ ordo omnimodo præcedit cognatos cuiuſcunque gradus) & ſimul poſt cognatos proximiores, quia nulla prærogatiua agnationis, ſed tantum vt cognatas vocauit, vbi enim concurrit ordo agnatorum cum ordine cognatorum, agnatus ſimpliciter præfertur, ſine conſideratione gradus. Ceteroquin in ſingulis ordinibus ex prærogatiua gradus eſt ſucceſſio: excepto ordine ſuorum aut generalius, liberorum, in quo eſt locus iuri repræſentationis, iuxta notata *ad tit. praeced.* Ait Iuſtin. *in pr.* §.

Etſi longiſſimo gradu.] An vltra decimum gradum ſit ſucceſſio, videbimus *infr. ad* §. *vlt. de ſucceſſ. cognat.*

Quia commodius erat.] Hanc rationem defendimus *ad* §. *pen. tit. praeced.*

In vniuerſum repelli.] Iure ſane ciuili, omnes cognati tantum in vniuerſum repelluntur, ſed prætor putauit iis ſaltem locum faciendum poſt agnatos.

Proximitatis nomine.] Hoc verbum late patet: hic in ſpecie diſtinguitur ab agnatione: vel ſignificati quia vtique coniunctæ erant defuncto, æquum fuiſſe eas admitti. Weſ. putat

Digitized by Google

tat maxime de fœminarum coniunctione hoc verbum dici, *arg. l.4. vnde cognat.*

Lex XII. tabb.] Commendat hic L. XII. tabb. & *in l. pen. C. de legit. heredit.* ait bene per L. XII. tabb. humano generi proſpectum fuiſſe. At enim *tit. ſeq. in pr.* eam, vt ſtricte nimis ſucceſſionis iura concludentem, accuſat: & quam longiſſime paſſim, & maxime N. 118. ab ea receſſit, vbi plane ſublata, omni prærogatiua agnationis æqualiter & fœminas, & per has coniunctos admiſit: & tam prudenter à veteribus conſtituta ſucceſſionum iura penitus peruertit & corrupit, γυναικοκρατούμενος. Imperator.

Donec pretores.] Nimis loquax hic eſt, & iterum odioſe inculcat, quod paulo ante hoc eodem §. *in verſ. ſed quia* dixerat. Videtur autem hic innuere, quod agnatarum per ius ciuile excluſarum gratia tertium ordinem adiecerit prætor Edicto ſuo, dum ait; prætores humano propoſito, & adiecto alio ordine proximitatis nomine, agnatas illas vocaſſe. Verum cum multi alii naturaliter coniuncti iure ciuili excluderentur, non crediderim, propter fœminas has primo motum fuiſſe prætorem vt ſtatueret tertium iſtum ordinem ſuccedendi.

TEXTVS.

4. Nos vero Legem XII. tabb. ſequentes, & eius veſtigia in hac parte conſeruantes, laudamus quidem prætores ſuæ humanitatis, non tamen eos in plenum mederi huic cauſæ inuenimus. Quare enim gradu vno eodemque naturali concurrente, & agnationis titulis, tam in maſculis quam in fœminis æqua lance conſtitutis, dabatur maſculis quidem ad ſucceſſionem venire omnium agnatorum: ex agnatis autem mulieribus nulli penitus niſi ſoli ſorori ad agnatorum ſucceſſionem patebat aditus? Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad ius duodecim tabularum eandem diſpoſitionem exæquantes, noſtra cõſtitutione ſancimus omnes legitimas perſonas, id eſt, deſcendentes per ſexum virilem, (ſiue maſculini generis, ſiue fœminini ſint) ſimili modo ad iura ſucceſſionis legitimæ ab inteſtato vocari, ſecundum ſui gradus prærogatiuam: nec ideo excludendas, quia conſanguinitatis iura, ſicut germanę nõ habẽt.

COMMENTARIVS.

PRima mutatio Iuſtinianea, iuris veteris, vt iuxta L. XII. tabb. fœminis omnibus ſint iura agnationis in ſucceſſionibus integra, & illæ perinde vt maſculi agnationis iure ex prærogatiua gradus admitantur *h. §. & l. pen. C. de legit. hæred.* Quæ ſumma eſt: & nimis multa verba fundit Tribonianus.

In hac parte] Bene, *in hac parte.* nam alibi nimio quam à L. XII. tabb. diſcedit, cuius veſtigiis inſtitiſſe fuerat rectius.

Laudamus pretores ſua humanitatis.] Hic opus noua regula in Syntaxi: quis non intelligat Græculum loqui ἐπαινοῦμεν τοὺς στρατηγοὺς τῆς ἰδίας φιλανθρωπίας: quomodo fere hoc etiam reddidit Theoph.

Non tamen in plenum.] Nec voluerunt quidem, nec debuerunt.

Quare enim.] Inepte rogas: & ſupra h. §. commodius exiſtimatum dixiſti. vt hæreditates ad maſculos confluerent. Hæc ſolidiſſima ratio eſt: quæ etiam mouit populum Romanum, vt iuberet Legem Voconiam. Quid vtilius inquit ille apud *Gellium 20. noct.* 1. plebiſcito Voconio, de coercendis mulierum hæreditatibus? Nunquam iſtud perſuaſiſſet ſane Triboniano. Sed aliter catuli olent, aliter ſues. Ineptior diſputatio eſt & prolixior *in l. pen. C. de legit. hæred.* Et quis ſanæ mentis non æquiſſimum putat, plus tribui maſculis, quibus foris domique bello & in pace adminiſtratur Reſpublic. cuius etiam intereſt,

non

non inſoleſcere diuitiis impotentem ſexum, quod & Hottom. hic notat. Et veriſſime Theoph. quod vtiliores ſint maſculi Reipub. πολιτεύοντες, λειτουργοῦντες, ἄρχοντες ad §. 3. ſup. tit.

Omnes legitimas perſonas.]Reſpicere videtur ad edictum prætoris , cuius ſecundo capite ſub appellatione legitimorum vocantur agnati. Quia Lex XII. tabb. prætor ſuos tantum agnoſcit agnatos: & Lex per excellentiam intelligitur XII. tabb.

TEXTVS.

4. Hoc etiam addendum noſtræ conſtitutioni exiſtimauimus , vt vnus transferatur tantummodo gradus à iure cognationis in ſucceſſionem legitimam: vt non ſolum fratris filius & filia, ſecundum quod iam definiuimus, ad ſucceſſionem patrui ſui vocentur, ſed etiam germanæ conſanguineæ vel ſororis vterinæ filius & filia ſoli, & non deinceps perſonæ, vna cum his ad iura auunculi ſui perueniat, & mortuo eo, qui patruus quidem eſt ſui fratris filiis, auunculus autẽ ſoboli ſororis ſuæ, ſimili modo ab vtroque latere ſuccedant, tamquam ſi omnes ex maſculis deſcendentes iure legitimo veniant, vbi frater & ſoror ſuperſtites non ſunt, (hic etenim præcedentibus perſonis, & admittentibus ſucceſſionem ceteri gradus remanent penitus ſemoti) videlicet hæreditate non in ſtirpes, ſed in capita diuidenda.

COMMENTARIVS.

1 *Germanus frater quis.*

ALtera mutatio Iuſtinianea ex *l. pen §. in his C. de legit. hæred.* vt non tantum ſoror quæ agnata eſt, ſed etiam huius liberi, qui cognati tantum ſunt, iure agnationis auunculo, cum aliis eiuſdem gradus agnatis ſuccedant. Semel aggreſſus temerare iura vetera, ſtatuere ſibi modũ nõ potuit, fauente vt ſuſpicari licet, impenſius ſexui ſuo Theodora, & imo ipſa Leges ferente, aut an forte Triboniano in ſingulos caſus, (vt ne crederetur precio corruptus) generales LL. ferente: quo nomine eum notat Suidas : & ſi forte non fides Grammatico, Procopius autor eſt, eum hoc egiſſe, vt quotidie nouas LL. conderet. Rupta tandem modeſtia N. 118. omnia turbauit, & cognatos cum agnatis maſculos & fœminas pariter admiſit, & pleraque in Codice conſtituta, & in hos titulos relata euertit.

Addendum noſtræ conſtitutioni.] Eſt enim pars *l. pen. C de legit. hæred.* itaque errat Hottom. qui hanc conſtitutionem deſiderari ait.

Vnus tantummodo gradus.] Tertius videtur, ſed vt iam diximus *N.* 118. omnibus gradibus cognationis æqualia iura cum agnatis dedit.

Germanæ conſanguineæ vterinæ.] Qui vterini ſint, ſatis conſtat ὁμογάστριοι diuerſo patre nati: diximus enim ſupra qui ſint conſanguinei in ſpecie, Germanos eſſe putant, qui αὐτάδελφοι dicuntur, qui vtrumque parentem communem habent: idque huic loco conuenire videtur; quamuis ipſe Iuſtin. in extremo *§. præced.* innuat, eum qui conſanguineus eſt, & † germanum dici. Eſt apud *Terent. act. 1. ſc. 5.* 1
ſi te in germani fratris dilexi loco, & in *Adelp. act. 2. ſc. 4.* ô mi germane, & *ibid. act. 5. ſc. 8.* Nunc tu mihi es germanus pariter corpore & animo. *Feſtus.* Germen, eſt, inquit, quod ex arborum ſurculis naſcitur, vnde & Germani quaſi eadem ſtirpe geniti. Iſidorus 9. *Orig. 6.* Germanos ait dictos , quaſi de eadem genitrice manantes. Sed ita fuerint vterini. Cicero *pro M. Fonteio,* cum virgo Veſtalis ex altera parte fratrem germanum complexa teneat. & pro Milone, meminit ſororis Germanæ, Ex quibus tamen quis nam reuera frater Germanus ſit, an vtrimque coniunctus, an tantum ὁμογάστριος, mihi non liquet. Illud conſtat germanum paſſim pro vero, ſincero, & non fucato accipi, & ad varias res transferri.

Ceteri

Et ſucceſſionem admittentibus.] Si enim repudient, admittitur ſecundus gradus, de quo dicemus in §. *placebat infr. h. t.*

Ceteri gradus manent ſemoti.] Hoc mutatum eſt *N.*118. *cap.* 3. ex qua defuncti fratris vel ſororis liberi cum patruis & auunculis concurrunt.

Hæreditate non in ſtirpes.] Vbi videlicet hinc fratrum, hinc ſororum liberi concurrunt: quoniam in linea collaterali non eſt locus iuri repræſentationis; niſi in caſu iam dicto *N.*118. *cap.* 3.

TEXTVS.

5. Si plures ſunt gradus agnatorum, aperte Lex 12. tabb. proximum vocat. Itaque ſi, verbi gratia, ſint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamuis ſingulari numero vſa Lex duodecim tabularum, proximum vocet, tamen dubium non eſt, quin ſi plures ſint eiuſdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium quin licet vnus ſit gradus agnatorum, ad eos hæreditas pertineat.

COMMENTARIVS.

1 *An fratrum liberi ſoli in capita ſuccedant.*

EXplicatur Lex 12. tabb. cuius verba hæc ſunt, *Agnatus proximus familiam habeto.* Proximus ſcil. gradu: & proinde qui ſecundo gradu eſt & ſcil. frater defuncti excludit eum qui tertio gradu eſt, defuncti patruum, aut defuncti fratris filium: quod poſterius quoque dixit §. *præc.* ſed mutauit *N.*118. *cap.* 3. quæ fratris liberis, quod olim non habuerunt *leg.* 5. *Cod. de legit. hæred.* ius repræſentationis dedit: nimirum ſi concurrant cum patruis.

Quod ſi plurium prædefunctorum liberi, † nullo patruo aut auunculo ſuperſtite inter 1
ſe concurrunt, notiſſima controuerſia eſt, an veniant iure repræſentationis, & adeo an hæreditas in ſtirpes an in capita diuidatur. Iure veteri certum eſt in capita diuiſam fuiſſe §. *præced. in fin. l.* 2. §. 1. *de ſuis & legit.* Et proinde ego ſententiam plerunque conſtitutione quoque Imperij probatam ſequor, vt & hodie in capita diuidatur: cum nihil expreſſum ſit ſatis dare in *d. N.*118. *capit.* 3. ſed tantum inductionibus quibuſdam vtantur diuerſæ ſententiæ autores. Et ius alias nimis correctorium non eſt temere citra verba expreſſa extendendum: neque captanda ſunt verba *d. Nou.*118. *in prin.* quod omnes controuerſiæ ex ea ſint decidendæ: hoc enim pertinet ad gradus & ordines nouos quos fecit Iuſtinianus, non vt nullo penitus modo ad textus iuris veteris prouocare poſſimus: licet illa opinio quæ vult eos ſuccedere in ſtirpes à gl. Br. & magis communiter ſit probata, atteſtante etiam Fabro hîc.

Dixit L. 12. tabb. *Proximus* ſingulari numero: neque enim potuit diuinari, quot cuique agnati futuri eſſent: & ridiculum ſit dicere voluiſſe Legem, ſi plures eſſent, omnes excludere. Atquin aut omnes eſſent excludendi, cum nemo poſſit altero potior eſſe, omnibus gradu eodem exſiſtentibus: aut omnes admittendi; quod & haud dubie conuenit menti 12. tabb. legis: ſicut & tutela legitima ad proximum gradum & omnes qui eo gradu ſunt (videlicet habiles) pertinet §. *vlt. ſup. de cap. dim.* Et quod verbum iſtud ſingularis numeri, *proximus* non ſit captandum, hinc arguit Iuſtin. quod alias ſi tantum vnus eſſet gradus agnatorum, ille excluderetur, per verbum, *proximus.* quoniam hoc ſignificat ex pluribus gradibus eum qui eſt proximior. Illud autem & abſurdum & falſum haud dubio eſt, & admittuntur agnati tamquam proximi, licet vnus tantum eorum ſuperſit gradus *h.* §. *in fin. & l.* 2. §. 2. *&* §. 4. *de ſuis & legit.* vbi Vlpianus & Paulus *in l. proximus* 92. *de V. S.* hunc proximum dicunt eſſe, quem alius non antecedit:

Digitized by Google

& idem Vlp. in *l.1.§.proximus 5.vnde cogn.* proximus eſt, inquit, etiam qui ſolus eſt, quamuis proprie proximus ex pluribus dicitur: idem *Licinius in l.proximi 155. & Pomponius in l. in vulgari 162. de V.S. & Triphoninus in l.qui duos 9. in f. pr.de reb.dub.*

TEXTVS.

6. Proximus autem, ſiquidem nullo facto teſtamento quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus eſt is, de cuius hæreditate quæritur. Quod ſi facto teſtamento quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo certum eſſe cœperit, nullum ex teſtamento hæredem exiturum; tunc enim proprie quiſque inteſtatus deceſſiſſe intelligitur; quod quidem aliquando longo tempore declaratur: in quo temporis ſpacio accidit ſæpe, vt proximiore mortuo, proximus eſſe incipiat, qui moriente teſtatore non erat proximus.

COMMENTARIVS.

VBi quis inteſtatus, id eſt, nullo facto teſtamento deceſſit, nullum aliud eſt tempus, quod ſpectemus quam quo mortuus eſt. Sed rationem, cur ſpectemus eo caſu, quo quis teſtamentum fecit, illud tempus, quo conſtat inteſtatum patremfam. deceſſiſſe, ſatis perſpicue expoſuimus ad §.*cum autem 7. tit.præced.* ne eam hic repetere neceſſe ſit.

Tunc quiſque inteſtatus.] Qui teſtamentum non fecit, protinus eſt inteſtatus. Qui teſtamentum fecit, quod poſtea deſtituitur & irritum fit, tum demum dicitur inteſtatus, vbi conſtat, neminem ex eo teſtamento hæredem futurum, tum demum enim Lex defert hæreditatem, vt dictum ad *d.§.7.*

In quo ſpatio temporis.] In ſpecie quam proponit *Vlpian. in l.2.§. Interdum 5. de ſuis & legit. hæred.* qui habebat patruum & patrui filium fecit teſtamentum, deliberante hærede ſcripto patruus deceſſit, mox hæres ſcriptus repudiauit, patrui filius admittitur: Inſubtilius autem videtur ibi loqui Vlpianus, dum hoc caſu ait non proximum, ſed vlteriorem admitti: ſiquidem iuxta hunc §. dicimus & æſtimamus proximum, in caſu teſtamenti facti, non qui proximus eſt tempore mortis, (quo reſpectu eum vlteriorem dicit Vlp.) ſed tempore deſtituti teſtamenti. Et eadem ratione & iiſdem terminis euenit, vt qui non erat ſuus mortis tempore, tamen ſuus hæres exſiſtat defuncto, vt Iuſtin. tradit *in d.§ cum autem 7. tit. præced.*

TEXTVS.

7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hæreditatum ſucceſſionem non eſſe: id eſt, vt quamuis proximus, qui ſecundum ea quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut ſpreuerit hæreditatem, aut antequam adeat, deceſſerit, nihilo magis ſequẽtes iure legitimo admittantur. Quod iterum imperfecto iure prætores corrigentes, non in totum ſine adminiculo relinquebant, ſed ex cognatorum ordine eos vocabant, vtpote agnationis iure eis recluſo. Sed nos perfectiſſimo iuri nihil deeſſe cupientes noſtra conſtitutione, (quam de iure patronatus ſuggerente humanitate pertulimus,) ſanximus, in agnatorum hæreditatibus ſucceſſionem eis non eſſe denegandam: cum ſatis abſurdum erat, quod cognatis apertum eſt, hoc agnatis eſſe recluſum: maxime cum in onere tutelarum quidem, & primo gradu deficiente, ſequens ſuccedit; & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permiſſum.

COMMENTARIVS.

LEx 12. tabb. hæreditatem proximo defert, & ſemel, & in hac delatione poteſtas eius conſumitur. Itaque proximo delatam hæreditatem repudiante, aut antequam adeat defuncto, ceſſante Legis poteſtate & alia delatione, non poteſt qui ſequenti gradu eſt, admitti: idque eſt, quod Iuſtin. ait, non fuiſſe in hoc genere ſucceſſionem, vt videlicet in eodem ordine agnatorum gradu priore deficiente ſequens admittatur legitimo iure, vt hic Iuſtinianus ait, id eſt iure agnationis. Et in hanc ſententiam *Vlp. in l. 2. in pr. de ſuis & leg.* ſi ſint conſanguinei licet hæreditatem non adierint, legitimis (cæteris nimirum qui oppoſiti conſanguineis ita dicuntur in ſpecie) non defertur; & idem *tit. 26. de legit. hær. §. ſi plures 4.* ſi nemo ex proximo gradu adierit, ad inſequentem gradum ex Lege hæreditas non tranſmittitur: quoniam in legitimis hæreditatibus ſucceſſio non eſt. Et *Paulus 4. ſent. 8.* In hæreditate legitima non eſt locus ſucceſſioni. Et ideo fratre decedente antequam adeat, fratris filius admitti non poteſt, quia omnis (pro quo male Hottom. legit *omiſſa*) hæreditas proximiori defertur. Cæterum quia gradus proximus & omnes in eo vocabantur, vno repudiante, reliquis pars eius accreſcebat, vt d. loco ſcribit Vlp. & traditur *in §. vlt. infr. de SC. Orphit.* Prætores autem eos vt agnatos excluſos vocarunt & admiſerunt in tertio ordine inter cognatos: ſed Iuſtinianus vult eos vt agnatos admitti. Differentiam inter ius prætorium & Iuſtinianeum, tantum in ſubtilitate poſitam fuiſſe putat Hottom. & quod æque per ius prætorium ſuccurſum fuerit adgnatis: & quod prætores cum directo non poſſint ire contra ius vetus & Legem 12. tabularum, per obliquum eodem effectu agnatis ſuccurrerent. Sed labitur aperte: Ea enim in re ipſa differentia fuit, quod prætor in ordine cognatorum obſeruauit prærogatiuam gradus. Et igitur ſi ponamus, reliquiſſe defunctum ex vno fratre filium, ex altero fratre, agnatum nepotem, qui quarto gradu eſt, eundemque reliquiſſe ex ſorore prædefuncta liberos cognatos tertio gradu: repudiante fratris filio, & per L. 12. tabularum excluſo nepote ex altero fratre, in ordine cognatorum ſororis liberi, huic nepoti prælati fuerunt: nihil enim habuit iſte nepos agnatus, quo præferretur ſororis liberis, cum eum prætor non niſi vt cognatum vocaret. Recte igitur ait Iuſtin. prætorium ius imperfectum fuiſſe: quoniam ita fiebat, vt per cognatos proximiores excluderentur agnati remotiores. Hodie autem nihil proderit remotiori gradui vocari vt agnatum, ſublata prærogatiua agnationis per *Nou. 118. cap. 3.* Vtitur autem hic Iuſtinianus duplici ratione ob quam ſucceſſio etiam in agnatorum ordine admitti debeat 1. quia admittitur in ordine cognatorum *l. 1. §. qui ſemel 6. §. quibus 10. de ſucceſſ. edicto.* & ſane ne admittatur ſequens agnatus in ſubtilitate quadam iuris conſiſtit. Altera ratio eſt: Quod quæ eſt ratio oneris, eadem quoque ratio lucri eſſe debet. Atqui in onere tutelæ, quod imponitur agnatis, eſt locus ſucceſſioni *l. 3. §. pen. de legit. tut.* Ergo etiam debet ſucceſſioni eſſe locus in commodo hæreditatis, ex vulgata regula. quod qui ſentit incommodum, is & lucrum ſentire debet: & maxime, quod propter commodum hæreditatis tutela proximis agnatis defertur, vt eſt *in fin. tit. ſup. lib. 1. de legit. patron. tut.* Ait Iuſtinianus,

Adgnationis iure eis recluſo.] & mox *adnatis eſſe recluſum.* Vbi recluſum accipit pro præcluſo & occluſo. Quod eſſe contra autorum loquendi conſuetudinem adſcripſit Pacius. Et ſane ita eſt, vt *recludere* notiſſima ſignificatione ſit aperire, in quam rem infinita exempla adduci poſſent. *Virg. 8. Aen.* regna recludere. *1. Aen.* theſauros recludere *&* *4 Georg.* recludere cælum. *&* *4. Aeneid.* recludere enſem. *Ouid. 7. metam.* iugulum recludere. *Horat. 1. Epiſt. 5.* operta recludere, & ſexcenta talia. Occurrit tamen iam vnus locus, quo *Recludere* ſignificat *claudere*, apud Iuſtinum *lib. 1.* Per internuntios (Oſtanes) quærit de filia, quæ inter regias pellices erat, an Cyri regis filius Rex eſſet.

Illa nec ſe ipſam ſcire ait, nec ex alia poſſe cognoſcere, quia ſingulæ ſeparatim recludantur: quod ſane ibi concludere ſignificat.

TEXTVS.

8. Ad legitimam ſucceſſionem vocatur nihilominus etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat: quod ex noſtra conſtitutione omnino inducitur, vt emancipationes liberorum, ſemper videantur quaſi contracta fiducia fieri: cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, niſi ſpecialiter contracta fiducia parens manumiſiſſet.

COMMENTARIVS.

OLim cum ex L. Romuli pater ius haberet filium tertio vendendi, ita vt filius ſecundo venditus & manumiſſus in poteſtatem patris recideret, & poſt tertiam demum venditionem ex poteſtate patris exiret, introductis poſt in locum veteris obſeruationis, imaginariis venditionibus & manumiſſionibus, & imaginario emptore & manumiſſore, ſolebat pater naturalis fiduciam contrahere cum emptore illo, vt poſt tertiam venditionem filius ſibi remanciparetur: quo ita in eius manumiſſi bonis & in ipſo pater ipſe ius patroni haberet: quod præcipue poſitum erat in iure ſuccedendi, quod verbi cauſa ex L. 12. tabb. patronus habebat: qua de re & ſolemnibus illis veteris iuris prolixe egimus *in §. præterea ſup. quib. mod. ius pat. pot. ſolu.* Eas ſolemnitates imaginarias ſuſtulit Iuſtin. *l. vlt. C. de emancip.* ſaluo iure veteri patris, & vt ſcil. ſuccedat filio, non minus ac olim, cum fiducia contracta pater emancipauerat: vt in *fine* §. loquitur Iuſtin. dicitur autem paulo pinguius aut obſcurius, contracta fiducia manumittere: pro eo, quod eſt, manumittere filium, ex pacto fiduciæ ſibi remancipatum. Sed & amplius cum nulli amplius ſtipulationi aut pacto fiduciæ locus ſit, parum ſubtiliter dicitur h. §. quod emancipatio ſemper hodie intelligatur contracta fiducia fieri: quomodo enim aut cur ſubintelligatur, quæ penitus ſublata eſt? Quod autem in *prin.* §. dicitur patrem admitti ad legitimam ſucceſſionem, qui contracta fiducia filium emancipat, vt ex iure veteri relatum intelligendum eſt; cuius mutationem mox ſubiicit. Sed iſta quoque diſpoſitione hodie non opus eſſe videtur *poſt N.* 118. quamuis per d. N. mater cum patre & fratres quoque concurrunt: at iure patroni potiora iura patris erunt. Tractat ad hunc tit. Baro an pater ſit adnatus filio, quod negat, nec agnati appellatione L. 12. tabb. patrem comprehenſum: ſed inepte ita feciſſet L. 12. tabb. in materia ſucceſſionis, cum eo iure fruſtra de ſucceſſione filij patri competente quæreretur: niſi qua patroni ſi filium emancipaſſet. Cæteroquin etiam certum eſt non poſſe dici, quod pater agnaſcatur filio: ſed cum agnatorum nomine comprehendimus omnes qui ſunt eiuſdem familiæ, vtique pater & filius ſibi agnati ſunt.

AD TITVLVM III. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SENATVSCONSVLto Tertulliano.

TEXTVS.

Lex 12. tabb. ita ſtricto iure vtebatur, & præponebat maſculorum progeniem: & eos qui per neceſſitudinem fœminini ſexus ſibi iunguntur, adeo repellebat, vt ne quidem inter matrem & filium filiamue, vltro citroque ius hæreditatis capien-

Digitized by Google

capiendæ daret: niſi quod prætores ex proximitate cognatorum eas perſonas, ad ſucceſſionem, bonorum poſſeſſione, *vnde cognati*, accommodata, vocabant.

COMMENTARIVS.

SÆpe diximus, quod L. 12. tabb. ab inteſtato tantum vocet ſuos & agnatos, mater nec ſuos habet hæredes *l. nulla 13. de ſuis & legit. §. cæteri 3. ſup. de hæred. qual.* & matri liberi, & his illa non ſunt inuicem agnati. Vere igitur ait hic Iuſtinianus, quod ex L. 12. tabb. inter matrem & liberos inuicem ius capiendæ hæreditatis non fuerit. Itaq; demum tertio ordine inter cognatos à prætore admittebantur, & quidem procul dubio primo loco propter gradus propinquitatem. Ait Iuſtin.

Præponebat maſculorum progeniem.] Id eſt, ex maſculis natos: nam vt *tit. præced.* docuit, indiſtincte cum aliis agnatis, fœminas etiam agnatas & ſcilicet per maſculos coniunctas L. 12. tabb. admiſit.

Niſi quod prætores.] Debebat dicere, *ſed prætores.* Illa enim verba inferunt, quaſi ipſa Lege 12. tabb. iuuarentur.

TEXTVS.

1. Sed hæ iuris anguſtiæ poſtea emendatæ ſunt. Et primum quidem D. Claudius matri ad ſolatium liberorum amiſſorum legitimam eorũ detulit hæreditatem. Poſtea autem Senatuſconſulto, quod D. Hadriani temporibus factum eſt, pleniſſime de triſti ſucceſſione, matri, non etiam auiæ, deferenda, cautum eſt, vt mater ingenua, trium liberorum ius habẽs, libertina, quatuor, ad bona filiorum filiarumve, inteſtato mortuorum admittatur: licet in poteſtate parentis ſit: vt ſcilicet, cum alieno iuri ſubiecta eſt, iuſſu eius adeat hæreditatem, cuius iuri ſubiecta eſt.

COMMENTARIVS.

LEx 12. tabb. non agnoſcebat matrem: prætores demũ poſt omnes agnatos eam admittebant. Has iuris anguſtias poſt emendatas fuiſſe ait Iuſtin. nec video, quare Contius id tantum ad ius prætoriũ referat: an forte, quod cum L. 12. tabb. nihil plane de matre diſpoſuerit, & eam omnino neglexerit; non poteſt ſatis ſubtiliter dici, anguſte cum iis egiſſe. Sed non perſuaderi mihi facile patiar, ita captaſſe verba Tribonianum.

Primus D. Claudius.] Solet citari Suetonius in Claudio: apud quem nihil aliud reperio, *c. 19.* quam quod conſtituerit fœminis ius quatuor liberorum. Quod ſane obſcure dicitur: nec ita vllo modo accipi poteſt, ſicut olim ius trium liberorum à principibus conceſſum pro beneficio legimus, orbis, ad euitandas Legis Papiæ pœnas, quarum & hæc vna fuit, quod vtique in ſolidum capaces non erant, quo pertinet illud Iuuen.

Iura parentis habes, propter me ſcriberis hæres,
Legatum omne capis nec non & dulce caducum.

Id quidem ius etiam poſtea à principibus matribus orbis pro beneficio datũ fuiſſe ſcribit *Paul. 4. ſent. 9. §. vlt.* ſed initio à Claudio, cum ante eum nec ius ſuccedendi habuiſſent, datum fuiſſe non poteſt. Nec aliter videtur accipi poſſe Sueton. quam quod Claudius fœminas, quæ quatuor liberos ſuſtuliſſent, ad ſucceſſionem eorum vel vnius defuncti admiſerit. Nec ſatis perſpicue loquitur Iuſtin. hic, Claudium conceſſiſſe matri legitimam hæreditatem ad ſolatium liberorum amiſſorum. Et diuinat Hottom. intelligi liberos in bello amiſſos. Puto nihil aliud intelligere Iuſtinianũ, quam cenſuiſſe Claudium æquum eſſe, vt mater luctum liberorum amiſſorum, qualicunq; ſolatio hæreditatis leuare poſſet & ſolari: eodem ſenſu quo dicitur mortua filia dos eſſe reſtituẽda patri, vt ei ſolatij loco cedat, & ne filiæ

Digitized by Google

amiſſę amul & pecuniæ damnum ſentiat. Nec vllũ veſtigium aliud iſtius conſtitutionis Claudij apparet. Et igitur videamus cum Iuſtin. de SCto Tertulliano. Ait eo *pleniſſime* cautum fuiſſe: nimirũ quia accurate omnia de ea re, & quis matri obiiceretur vel præferretur, & ſi qua alia eo pertinent, cauta fuerunt. Ait de *triſti* ſucceſſione: quoniam eſt cõtra votum matris, quæ filium optat ſibi ſuperſtitem, vt notauimus *ad* §. *ſup. de inoff. teſtam.* Ait:

Matri, non etiam auiæ.] Ita LL. veterum reuerentes tum fuerunt, vt primum gradum excedere non auderent: quod hodie mutatum. *N.* 118. *c.* 2. Nec inſuper ſimpliciter matribus dare auderent, ſed his demum, quæ ciues Reipubl. peperiſſent, & ingenua tres, libertina quatuor *h.* §. Ait:

Inteſtato mortuorum.] Et igitur oportet vt defunctus de cuius ſucceſſione quæritur, fuerit ſui iuris: nam qui in poteſtate patris erant, eo iure nullo modo ab inteſtato in quibuscunq; bonis habere potuerunt hæredem. Quod hodie ſecus eſt, *poſt N.* 118. *c.* 2. ex qua ſuccedit mater aut ſola, aut cum patre, vel etiam fratribus vtrimq; coniunctis defuncto, proprio iure: vt SCti iſtius, & tit. huius nulla amplius ſit vtilitas. Non tamen neceſſe fuit, vt mater ſucceſſura filio eſſet ſui iuris, vt docet hic §. iuxta quem admittitur, licet ſit in poteſtate parẽtis, cuius iuſſu adeat hæreditatem. Itaq; ad rationem illius temporis, quo omnia aduẽtitia pleno iure parentibus adquirebantur, ſucceſſio hæc matri non magnum attulerit emolumentum. Sed hodie pater tantum habebit vſumfructum. Porro per Hadrianum putat *in pr.* §. Cuiac. intelligi D. Pium, qui ab illo adoptatus nomen Hadriani adſumpſit: ſicut & Epiſtola Hadriani vulgo dicta, quæ beneficium diuiſionis dedit fideiuſſoribus D. Pio rectius tribuitur, vt dicemus *infr. de fideiuſſorib.* & Antonino Pio iſtud, vt matri eſſet ius ſuccedendi liberis, tribuit *Zonaras lib.* 2. quem hic refert Hottomannus: & confirmatur, quod in faſtis, viceſimo anno Antonini Pij ponuntur Conſules, Tertullius & Sacerdos.

TEXTVS.

2. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui ſui ſunt, quive ſunt ſuorum loco, ſiue primi gradus, ſiue vlterioris, ſed & filiæ ſuæ mortuæ filius vel filia præponitur ex conſtitutionibus matri defunctæ, id eſt auiæ ſuæ. Pater vero vtriusque, non etiam auus & proauus anteponitur matri, ſcilicet cum inter eos ſolos agitur de hæreditate. Frater autem conſanguineus tam filij, quam filiæ, matrem excludebat. Soror autem conſanguinea pariter, cum matre admittebatur. Sed ſi fuerant frater & ſoror conſanguinei, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hęreditas ex partibus æquis, fratribus & ſororibus.

COMMENTARIVS.

PErtinent & iſta ad limitationem iuris ſuccedendi, quod mater ex SCto Tertulliano accepit. Et ad explicationem huius §. diſtinguitur, quod cum matre defuncti defunctæve, cõcurrunt aut deſcendentes, aut alij aſcendentes aut collaterales. Et rurſus horum ordinum aliqui ſoli, aut mixtim concurrunt.

Et 1. potiori iure ſunt liberi defuncti, à quibus mater defuncti ſuperſtes excluditur *in pr. h.* §. vbi agitur de defuncto filio nominatim, quia fit mẽtio ſuorum hæredum, quos nullos fœmina habet. Et ait Iuſtin. præferri eos, qui ſunt defuncto ſui hæredes, *l.* 2. §. *liberi.* 6. *h. t.* vel inter ſuos; cuiusmodi ſunt emancipati, quos prætor inter ſuos & iure ſuorum, vel cum vero ſuis vel ſolos admittit ad patris hæreditatem. Sui etiam ſunt adoptiui, qui & ipſi adeo excludunt matrem *d.* §. 6. dum ſcilicet ſui & adhuc adoptati ſunt; emancipati enim, cum iuxta ſupra *tit.* 1. dicta, amittant ius liberorum, non obſtant matri, niſi fuerint ex naturalibus liberis

Digitized by Google

beris adoptati, veluti nepos adoptatus ab auo *d.l.2.§.6.h.tit.* Quod tamen de adoptiuis adhuc dicitur ibi, videri poſſit hodie verum non eſſe in adoptatis ab extraneo. Sed his tamen ius ſuccedendi ab inteſtato, de qua ſpecie ſucceſſionis hic agitur, conſeruauit Iuſtinianus: quamuis durum videatur, vt hic præferatur matri: de quo diximus aliquid *ad §.ſed ea. 14. ſupra de hered. ab int.* Quid ſi pater liberos dederit in adoptionem, & hi etiamnum in ea ſint tempore mortis? Equidem hi ſunt in aliena familia, nec à prætore inter ſuos vocantur. Sed tamen vna cum matre eos concurrere voluit ex Edicto, vnde cognati *l.2.§.ſed ſi 9.* Porro cum Iuſtinianus omnino inter ſuos & cum ſuis vocet liberos & nepotes ex filia iuxta *§.penult. & vltim. d. tit.* hi quoque præferentur matri: neque enim tantum ſui, qui primo gradu, ſed etiam, qui vlteriori gradu ſunt, excludunt matrem *h.§.in prin.*

Atque hic eſt primus caſus huius §. cum maſculus defunctus eſt, qui reliquit matrem & liberos.

Alter caſus eſt *in verſ. ſed & filia.* vbi fœmina defuncta eſt. Ait Iuſtin. *filia ſua*, quod fortaſſe dixit reſpectu matris, quæ ſupereſt & filiæ ſuæ vult ſuccedere, id eſt ei, quæ eius filia fuit, cum conſtet alias liberos ſuos hæredes matri non dici: aut dixit ſuam pro ea, quæ eſt ſui iuris: nam vt in pr. monuimus, vt SCto huic ſit locus oportet defunctum vel defunctam ſui iuris, nec in poteſtate patris fuiſſe. Vbi itaq; defuncta eſt fœmina, quæ & matrem reliquit & liberos, hi præferuntur matri, & quidem ex conſtitutionibus, vt Iuſtin. ait, quæ ſunt *in l.4. C.de SC.Orphit.l.ſi matre 11.C.de ſuis & legit.* Itemque *in l.3.& pen.C.Theod. de legit. hæred.* Etenim ideo cõſtitutionibus opus fuiſſe videtur, quod tum liberi, tum mater pari iure niti hic videbantur, cum mater ex SC.Tertullian. liberi ex Orphitiano vocarentur.

Tertius caſus eſt *in verſ.pater*, & ait Iuſtin. quod pater vtriuſque, id eſt, & filij & filiæ defunctorum, de quibus ante diſtinctim egerat, præferatur matri; negat autem præferri auum aut proauum: cum ſcilicet (hanc enim limitationẽ addit) inter eos ſolos, id eſt, patrẽ & matrem de hæreditate agitur: vt quidem explicant *Pac. & Weſemb.hic.* Sed omnino vitioſe: nam pater excludit omnimodo matrem: Itaq; quod ſuadet & contextus, vt ad proxime antecedens hoc referatur, ſentẽtia huius loci eſt: quod auus & proauus non præferantur matri, vbi inter eos ſolos agitur de hæreditate, id eſt, vbi patre defuncti præmortuo, ſoli ſuperſunt mater & auus, quem illa excludit. Quod ſi enim ſuperſit pater, quo potior eſt auus, fit, vt auus matrem excludat: quæ ſcilicet eſt ſpecies *in l.æquiſſimum.5.§.2.h.t.* Si auus manumiſerit nepotem quem ex filio habuit, & filiũ in poteſtate retinuerit, mortuo nepoti ſuccederet mater ex hoc SCto, ſi pater non ſupereſſet: hic autẽ cum matri ex ipſo SCto præferatur, auus autem iura patroni habeat in nepote emancipato, & propterea patri in ſucceſſione nepotis præferatur, fit inde vt auus, qui præfertur patri, excludat matrem, quam alias excluderet pater: neq; enim prodeſſe debet matri: quod ſpeciali iure patroni auus patrem excludit. Quem caſum procul dubio hic reſpexit Iuſtinianus. Et cum hic auus ſpeciali manumiſſionis iure ſit tanquam patronus vincat patrem, non procedit hic regula, ſi vinco vincentem te multo magis vinco te, de qua hic tractant Dd. cum & amplius filius hic & reſpectiue pater, ſit in patris ſui, qui defuncto auus eſt, poteſtate.

Quartus caſus huius §. eſt *in verſ. frater*, vbi cum matre concurrant collaterales. Et quoniam tantum de fratribus ſororibuſve hic tractat Iuſtinianus, apparet ceteris omnibus collateralibus haud dubie præferri matrem. Fratres autem ſororeſve aut ſunt vterini, quos excludit mater, quia horum quoq; nulla hoc §. mentio: (In quo agitur de ſententia huius Senatuſconſulti: ſed Iuſtin. vterinis quoque ius agnationis quo ad hunc effectum dedit, & eos cum matre admiſit, *§. hoc quoque ſupra de legit. agn. ſucc. & §. ſed cum 5. infra h. tit.*) aut ſunt conſanguinei. Et hic aut tantum ſuperſunt ſorores conſanguineæ, & cum iis concurrit mater in

ter in partes viriles; aut fratres conſanguinei: & per hos excluditur mater; & conſequenter licet ſuperſit, cum fratre ſoror conſanguinea, hoc non prodeſt matri, vt ſuccedere poſſit, vtcunque ſoror conſanguinea, cum fratre concurrat: neq; enim ipſa excludit matrem, ſed frater, qui tamen ſororem excludere non poteſt. Hæc eſt ſolida huius §. explicatio: cuius tamen, vt ante monuimus, non eſt magna imo pene nulla hodie vtilitas, poſtquam Iuſtin. N. 118. totum ius vetus immutauit, & de ſucceſſione ſimul matris ſiue filij, ſiue cum patre aut ſororibus & fratribus concurrentis, ius diuerſum plane conſtituit: iuxta quod cum patre concurrit, & cum fratribus vtrimq; coniunctis, fratres autem etiam conſanguineos tantum, excludit.

Onerata liberis.] Equidem liberi ſunt oneri matri & labori. Sed cum hic agatur de Senatuſconſulto Tertulliano, ex quo mater, quæ tres vel quatuor liberos habet admittitur ad ſucceſſionem, & hoc propter liberos, non recte liberi hactenus pro onere haberi poſſunt. Et proinde probabilis eſt coniectura Cuiac. in notis ad Vlp. *tit. vlt.* vt legatur, *honorata*, quomodo etiam in alio caſu ibi apud Vlp. legitur, & ita *Theoph. in §. ſed cum ante inf. h t.* vocat matrem *δικαίῳ παίδων κεκοσμημένην*, iure liberorum ornatam.

T E X T V S.

3. Sed nos, conſtitutione, quam in Codice noſtro nomine decorato, poſuimus, matri ſubueniendum eſſe exiſtimauimus, reſpicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & ſæpe mortẽ ex hoc caſu matribus illatam. Ideoq; impium eſſe credidimus, caſum fortuitum in eius detrimentum admitti. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur ſucceſſione ſuorũ liberorum. Quid enim peccauit, ſi non plures, ſed paucos peperit? Et dedimus matribus ius plenum legitimum, ſiue ingenuis, ſiue libertinis, etſi non fuerint ter enixæ, vel quater, ſed eum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti ſunt, vt ſic vocentur in liberorum ſuorum legitimam ſucceſſionem.

Commentarivs.

MVtatio iuris veteris, per Iuſtin. *in l. vlt. de iur. liber.* vbi Iuſtin. dedit matri ius ſucceſſionis, licet ingenua tres vel libertina quatuor liberos non pepererit. Et vellem vt ſimpliciter pro ſua autoritate & imperio ita ſtatuiſſet, quam ſolito more diſputando, ineptũ ſe præbuiſſet. Sane ſi matri Romanis LL. ius, liberis ſuccedendi competiiſſet, & iis aliquid Tertullianum SCtum ademiſſet, ita probabiliter aliquatenus diſputaretur. Verum per SCtum hoc ius matris melius factum eſt, ideoq; nec habet, quod conqueratur. Et eadem ratione quæſiuerit Tribonianus, cur L. Papia Poppæa non tantum cælibibus pœnæ fuerint indictæ, ſed & orbis patribus, etiam qui infœcundum matrimonium nulla ſua culpa fuiſſent experti. Et Romanus Legiſlator ſtudium omne ſuum direxit, vt ciues ad prolem tollendam inuitaret: vtcunq; forte in vno atq; altero aliquid iniuriæ id ſapere videretur. Et qui tum temporis fuerint mores, quæ libido & flagitia fœminarum, quæ etiam frequenter abortionibus operam dabant, licet vel ex vnico Iuuenalis loco intelligere.

Sed iacet aurato vix vlla puerpera lecto,
Tantum artes huius, tantum medicamina poſſunt,
Quæ ſteriles facit atq; homines in ventre necandos
Conducit.

T E X T V S.

4. Sed cum antea conſtitutiones, iura legitimæ ſucceſſionis perſcrutantes, adiuuabant partim matrem, partim eam prægrauabant, nec in ſolidum eam

eam vocabant, ſed in quibuſdam caſibus tertiam ei abſtrahentes partem, cæteris legitimis dabant perſonis: in aliis autem contrarium faciebant: nobis viſum eſt recta & ſimplici via, matrem omnibus legitimis perſonis anteponi, & ſine vlla diminutione filiorum ſuorum ſucceſſionem accipere: excepta fratris & ſororis perſona (ſiue conſanguinei ſint, ſiue ſola cognationis iura habentes) vt quemadmodum eam toti alij ordini legitimo præpoſuimus, ita ſorores & fratres omnes, (ſiue ſint legitimi, ſiue non) ad capiendas hæreditates ſimul vocemus: ita tamen vt ſiquidem ſolæ ſorores agnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ ſuperſint, mater quidem dimidiam, alteram vero partem dimidiam omnes ſorores habeant. Si vero matre ſuperſtite, & fratre vel fratribus ſolis, vel etiã cum ſororibus, (ſiue legitima, ſiue ſola cognationis iura habentibus) inteſtatus quis vel inteſtata moriatur, in capita diſtribuatur eius hæreditas.

COMMENTARIVS.

PErtinet hoc ſimul ad caſum quo mater liberis non erat honorata, nec ter aut quater enixa: nam & conſtitutiones principum his matribus ante Iuſtinianum ſuccurrerunt, non autem plenum ius ſuccedendi dederunt, ſed partem eamque maiorem agnatis, reuerentia quadam veteris iuris reliquerunt. Verba breuiter percurramus. Ait:

Cum antea conſtitutiones.] Exſtat plane huiuſmodi conſtitutio Conſtantini, quæ matrem partim adiuuat, partim prægrauat *in l. 1. C. Theod. de legit. hared.* Adiuuat eam, quia matri etiam non honoratæ liberis, ſiue non habenti ius liberorum, tertiam partem ex bonis defunctorum liberorum tribuit, detractam agnatis, qui alias ſolidum habuiſſent: prægrauat eam, dum matri habenti ius liberorum, detrahit partem tertiam & eam proximis vltra fratrem agnatis, nimirum patruo, huiusque filio & nepoti, & non vltra, tribuit: cum tamen hoc caſu SCto Tertulliano mater ſolidum habuiſſet, idque ita quoque Theoph. explicat. Pertinet & ad hanc rem ſub eodem tit. conſtitutio ſecunda, ſed ea in priori parte ita corrupta, vt eius ſententiam adſequi non poſſim. Sed & *l. pen. eod. tit.* matri licet ius habenti liberorum, ſi tamen iterum nupſerit, adimit proprietatem bonorum defuncti filij, quæ à marito priori prouenerunt.

Tertiam partem abſtrahentes.] Matri liberis honoratæ, vt eſt *in d. l. 1. C. Theod. de legit. hared.*

In aliis contrarium faciebant.] Dum matri ius liberorum non habenti, tertiam partem dabant *d. l. 1.*

Nobis viſum eſt.] *In §. prac. & l. vlt. C. de iur. lib.* omnibus matribus (oportet enim matres eſſe vt de ſucceſſione liberorum quæri poſſit) datur ius trium quatuorve liberorum. Sed necdum hoc ſatis erat: nam & quæ ius liberorum habebat, tamen ex SCto Tertull. per fratrem defuncti excludebatur. §. 3. *ſup. h. t.* Hoc mutauit Iuſtin. *in l. vlt. C. h. t.* vbi matrem etiam cum fratre admittit. Nam ne matri præferantur aliæ perſonæ legitimæ & agnati præter fratres, itemq; ne mater tantum tertiam habeat, quæ ius liberorum non habet, iſta conſequuntur *ex §. praced. & ex l. vlt. vlt. C. de iur. liber.* quibus locis indiſtincte matribus datur ius trium aut quatuor liberorum. Illud autem corrigendum ſupererat, quod matri etiam ius liberorum habenti patruus & eius liberi detrahebant tertiam *d. l. 1. C. Theod. de legit. hared:t.* quod ſcilicet hoc §. tollitur *hoc verſ.* vt mater omnibus agnatis præponatur ſine vlla diminutione videlicet tertiæ partis.

Excepta fratris & ſororis perſona.] Ex SCto Tertulliano frater conſanguineus excludebat matrem: ſoror conſanguinea cum ea concurrebat. Sorores & fratres vterini per matrem excludebantur. Hoc mutauit Iuſtinianus, & hos

Digitized by Google

quoq; cum matre admiſit. Dixerit quis, cum Iuſtinianus auxiſſet iura matris & pleniora feciſſet, quam eſſent ex SCto Tertulliano, non debuiſſe eum hactenus deterius ius matrum facere, quam erat ex hoc SCto. Huic quaſi obiectioni occurrit Iuſtin. *in verſ. vt quemadmodum,* in hanc ſententiam: nõ habere matrem, quod conqueratur, cuius conditionem tot modis fecerit potiorem, contra omnes omnino agnatos (vt nihil plane ei detraheretur, etiamſi iura liberorum non haberet) ſi etiam altera parte ius fratrum & ſororum ampliauit, & vterinos quoq; cum ipſa matre admiſit: quippe quæ ex ipſa quoq; editi ſunt.

Ita tamen.] Modus ſuccedendi & diuidendi hæreditatem, inter matrem & fratres ſororesque defuncti: vt mater cum ſororibus ſolis in dimidiam partem: cum fratribus ſolis, aut cum fratribus & ſororibus ſimul in æquales partes concurrat. Sed totum hoc mutatum eſt *Nou.* 118. ex qua, vt diximus, mater omnimodo fratres & ſorores ex vno latere coniunctos excludit, cum cæteris æqualiter ſuccedit.

TEXTVS.

5. Sed quemadmodum nos matribus proſpeximus, ita eas oportet ſuæ ſoboli conſulere: ſcituris eis, quod ſi tutores liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excuſati in annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium ſucceſſione merito repellentur.

COMMENTARIVS.

1 *Mater à ſucceſſione impuberum non poſito tutore excluditur.*

2 *An excuſetur mater, ſi pupillus intra annum mortuus ſit.*

Reipublicę intereſſe creditur, vt pupilli habeant tutores arg. *l. 2. §. diuus qui pet. tut.* Itaq; conſtitutum eſt, vt & magiſtratus ex officio dent tutores: & quia ſæpe magiſtratus ignorant, an pupilli habeant tutores, vt alij tutores pupillis petant, qui vel ab initio non habent, vel quorum tutores excuſati, mortui aut remoti fuerunt, aut alias eſſe deſierunt; Et hoc quibusdam eſt voluntatis, veluti in cognatis, familiaribus, amicis, &c. *d. l. 2. in pr.* in quibusdam neceſſitatis, ita vt ſi hoc officium negligant vel coërceantur, irrogata multa & pœna: veluti liberti *d. l. 2. §. 1. qui pet. tut.* vel lucro ſucceſſionis priuentur, veluti matres *d. l. 2. §. 1.* vbi ſimpliciter dicitur, quod repellantur à legitima hæreditate liberorum: & ibidem §. *diuus* 3. quod non habeant ius vindicandorum bonorum, inteſtatorum liberorum, idemq; *in l. 2. §. ſi mater. 23. h. t.* Sed enim id tum demum locũ habere, ſi filius impubes moriatur, probat *hi. §.* ibi, *impuberum morientium.* & apertius *in l. ſciant. 10. C. de legit. hæred. & in l. omnem. 6. C. h. t.* ibi, *ſi impubes moritur,* & adhuc apertius *in l. 3. C. eod.* vbi cum Cõſtantinus dicat id eſſe certum, quod non excludatur ab illorum puberum defunctorum ſucceſſione, puto id iam olim ita obſeruatum, non primo à Conſtantino temperatum, vt putat Hottom. hic. Et ratio eſt, quod cum pubes teſtamentum facere potuerit, inteſtatus dum moritur iniuriam, ſi qua fuit, matri remiſiſſe & tacite illi hæreditatem reliquiſſe videtur, *arg. l. 8. de iur. codicill.* & hanc limitationem etiam expreſſe ponit *Theoph. hic.* Iſta autem pœna & hodie obtinebit, ſi mater nec tutores petat, nec ipſa bona adminiſtret. Id enim hodie matri eſt conceſſum *N. 118. c. 5.* vt ſi velit adminiſtrare, in tutela liberorum omnibus agnatis & datiuis tutoribus præferatur. Quod ſi pater teſtamento dederit tutorem, non opus eſt, vt mater petat.

Intra annum.] Late de hoc tractat *Ang. hic.* & refert communem eſſe ſententiam, quod omnimodo excuſetur à pœna mater, ſi nec dũ anno elapſo pupillus mortuus ſit. Sed falſa ſententia eſt: & *in l. 2. §. diuus. qui pet. tut.* requiritur: vt *confeſtim* petat tutores. Nec mouet *l. 2. § confeſtim. 43. h. tit.* quia excuſatur mater vſque ad annum, ſi iuſta cauſa impedita fuerit: vult autem ibi ICtus nullam cauſam admitti, quæ

matrem

matrem vltra annum excuſet. Quod ſi nullum impedimentum obſtet, confeſtim & vbi copia prætoris haberi poteſt, petendum eſſe tutorem. Non diſplicet tamen Bartoli ab Angelo relati ſententia, vt ſatis ſit intra quinquaginta dies tutorem eſſe petitum : cum quiuis tutor tantum temporis habeat ad interponendam excuſationem *l. ſuis. 13. de excuſ. tut. l. qui autem. 16. ſup. eod.*

TEXTVS.

6. Licet autem vulgo quæſitus ſit filius filiave : poteſt tamen ad bona eius mater ex Senatuſconſulto Tertulliano admitti.

COMMENTARIVS.

Matri liberi nec ſui, nec agnati ſunt: ſed tantum naturalem cognationem ſpectauit SCtum Tertullianum : itaque non mirum eſt, ſi ad cuiuscunque filij aut filiæ ſucceſſionem ex SCto mater admittitur *hoc textu & l. 2. in pr. & §. 1. eod.* licet ſpurius aut vulgo quæſitus ſit, *dd. text.* mater enim ſemper certa eſt: cum nec qui vulgo quæſitus eſt, & qui patrem non habere intelligitur, à quo ſunt agnationis & familiæ iura, vllos agnatos habeat, qui matris ius & ſucceſſionem dubiã facere poſſint. Hæc magis confirmantur ex *l. ſi ſpurius. 4. vnde cognati.*

AD TITVL. IV.
LIBRI TERTII INſtitutionum,
DE SENATVSCONSVLto Orphitiano.

TEXTVS.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum inteſtatarum admittuntur, ex SCto Orphitiano, quod Orphitio & Rufo Conſulibus effectum eſt D. Marci temporibus : & data eſt tam filio, quam filiæ legitima hæreditas, etiamſi alieno iuri ſubiecti ſint : & præferuntur cõſanguineis & agnatis defunctæ matris.

COMMENTARIVS.

Quæ ratio fecit, vt ex L. [illegible] tabb. mater non poſſet ſuccedere liberis, eadem fecit, vt liberi nõ poſſent ſuccedere matri, quippe cui nec ſui, nec agnati ſunt. Sed cum placuiſſet hoc tribuere naturali coniunctioni, vt ſuccederet mater liberis, merito etiam placuit vt liberi poſſent ſuccedere matri, cum & potior ſit conditio liberorum, qui ex voto parentum ipſorum, ſuperſtites eſſe debent. Itaque potius erat vt primo conſuleretur liberis: quod tamen cõtra factum hinc apparet, quod iſtud SCtum poſterius fuit Senatuſconſulto Tertulliano, quod ſub Hadriano ſeu potius eius ſucceſſore Antonino Pio factum fuit: hoc autem ſub Imp. Marco & Antonino Phiſoſopho, Antonini Pij ſucceſſore. Itaq; hic eſt intelligendus ſacratiſſimus princeps *in l. pen. ad SC. Tertull.* cuius oratione id effectum eſſe ibidem ſcribit ICtus : vulgo enim notũ eſt, quod quæ obtinere volebant principes boni, ea Senatui prius proponerent, vel coram, vel per epiſtolam : quas principum orationes poſtea SCta ſubſequi ſolebant. Ex hoc itaq; SCto liberis primi gradus datum eſt ius ſuccedendi matribus inteſtato defunctis: non etiam vlterioribus. Nec obſtat *l. Modeſtinus. 8. vnde cognat.* quoniam ibi agitur de Edicto, vnde cognati, ex quo etiam nepotes ad auiæ ſucceſſionem poſt agnatos venire poſſunt. Sed ex hoc SCto vocantur cum prærogatiua ante omnes agnatos liberi primi gradus. Et vocantur etiamſi alieno iuri ſubiecti ſint *h. princ. & d. l. pen. eod.* ſi. ut & verſa vice matres ſuccedunt liberis, licet ipſi ſint in aliena poteſtate *§. 2. in fin. tit. praced.* & nimirum, & hic liberi adibunt iuſſu patris,

ſicut illo caſu matres *d.§.2.* Matrem autem de cuius ſucceſſione quæritur, ſui iuris fuiſſe oportet, ex illius iuris ratione, nam hodie poſt N.118. in aduentitiis, quorum proprietas liberis eſt reſeruata licet in poteſtate ſint, ab inteſtato tamen poſſunt hæredem habere. Hoc autem potius ex hoc Senatuſconſulto liberi habent, quód non tantum cæteris agnatis, ſed etiam matris defunctæ fratribus etiam cõſanguineis in ſucceſſione præferuntur *h.pr. in fin.* cum ex SCto Tertulliano frater defuncti præferatur matri *§.3. tit. præced.* Dicitur autem legitima hæreditas, vel oppoſite ad teſtamentariam, quo ſenſu etiam prætoria hæreditas legitima dici poteſt: vel potius, quia Senatusconſulta faciunt partem iuris ciuilis; & ita ſimpliciter hæredes fieri dicuntur ex Senatusconſultis *in l.3. in fin. de petit. hæred.* & quod per SCta quoque vere hæres fiat non bonorum poſſeſſor, docet Iuſtin. *inf. de bonor. poſſ. in pr. verſ. Quos autem.*

TEXTVS.

1. Sed cum ex hoc SCto nepotes & neptes ad auiæ ſucceſſionem non vocarentur, poſtea hoc conſtitutionibus principalibus emendatum eſt, vt ad ſimilitudinem filiorum filiarumq́;, & nepotes & neptes vocentur.

COMMENTARIVS.

SIcut SCtum Tertullianum tantum matri non ibidem auiæ detulit liberorum hæreditatem: ita quoq; Orphitianum nimia iuris veteris reuerentia, tantum in gradu primo liberorum ſubſtitit, & excluſit nepotes neptesve, quos poſtea admiſerunt conſtitutiones. Extat conſtitutio *in l. ſi defunctus. 4. C. Theod. de legit. hæred.* quæ vocat etiam nepotes & neptes ad ſucceſſionem auiæ, ſed cum diminutione quartæ; de qua diximus *ad §. pen. & vlt. ſup. tit. 1.* Hodie poſt N.118. *c.1.* ius liquidum eſt, ſublata omni prærogatiua & differẽtia ſexus, & agnationis.

TEXTVS.

2. Sciendum autem eſt, huiuſmodi ſucceſſiones, quæ ex Tertylliano & Orphitiano, SCtis, deferuntur, capitis diminutione non perimi, propter illam regulam, qua nouæ hæreditates legitimæ capitis diminutione nõ pereunt, ſed illæ ſolæ, quæ ex L. 12. tabb. deferuntur.

COMMENTARIVS.

CVm etiam inter ſpurios liberos & matrem, hincinde ſit capiendi ius, *§. ſeq. h.t. & §. vlt. tit. præc.* apparet, quod hoc ius per capitis diminutionem minimam amitti non poſſit: *h.§. & l. capitis. 11. de ſuis & legit.* hac quoque perſpicua ratione, quod emancipatio ſiue adrogatio, ius ſuitatis & familiæ tollit aut mutat: atquin liberi & mater ſibi nec ſui, nec agnati ſunt, quæ ſolidiſſima ratio eſt: quæ eadem oſtendit cur hæreditates, quæ deferuntur L. 12. tabb. hac capitis diminutione perimantur: quoniam deferuntur tantum ſuis & agnatis. Eodemq; pertinet ratio ICti *in l. tutelas. 7. verſ. ex nouis de cap. min.* quod ex nouis LL. ita deferantur hæreditates, vt perſonæ deſignentur naturaliter, veluti, mater, filius, quæ nomina etiam manẽt poſt hanc capitis diminutionem. Lex autem 12. tabb. detulit hæreditatem ſub nominibus ſuorum & agnatorum: quæ ſunt ciuilia nomina, & minima quoq; capitis diminutione euaneſcunt. Illa autem alias ratio qua Iuſtin. *h.§.* vtitur videri poſſit petere principiũ, *in verſ. propter:* ſed ita vt dixi eſt explicanda. Perſpicuum autem eſt, intelligi hoc §. minimam capitis diminutionem: nam ſiquidem ea interuenerit, quæ ciuitatem tollit, ſucceſſioni nulli amplius poteſt eſſe locus. Idq; docet Vlpianus *in l. 1. §. capitis 8. h.t.*

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

3. Nouiſſime ſciendum eſt, etiam illos liberos, qui vulgo quæſiti ſunt, ad matris hæreditatem ex SCto admitti.

COMMENTARIVS.

Ratio patet ex prædictis, præſertim ad §. *vlt. tit. præced.* nec ab inteſtato tantum veniunt ſpurij, ſed & præteriti à matre inofficioſi querelam habent *l. ſi ſuſpecta* 29. §. 1. *de inoff. teſtam.* Et idem quod hoc §. *eſt in l.* 1 §. 2. *h. t.* Itaque non tantum cum ſoli ſunt, ſed etiam cum legitime natis liberis concurrent: ſiquidem ſimpliciter admittuntur *dd. textibus* & probat *l. pen. in f. §. h. t.* vbi tantum *in pr.* excipitur mater illuſtris.

TEXTVS.

4. Si ex pluribus legitimis hæredibus, quidam omiſerint hæreditatem, vel morte vel alia cauſa impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis qui adierint accreſcit illorum portio: & licet ante deceſſerint, ad hæredes tamen eorum pertinet.

COMMENTARIVS.

Diximus ſup. *ad tit.* 2. non quidem fuiſſe olim ſucceſſionem in agnatis de gradu in gradum; ſed cum Lex omnes qui proximo gradu ſunt, ſimul vocet, vno deficiente partem eius reliquis qui adeunt hæreditatem, accreſcere, non ſecus ac ſi vnus ex pluribus hæredibus inſtitutis, defeciſſet, vt proinde non tantum in ſucceſſione teſtamentaria, ſed etiam quæ ab inteſtato defertur, ſit locus iuri accreſcendi, vt hic §. docet & *l.* 1. § *ſi nemo* 9. *D. eod. l. ſi ex pluribus* 9. *de ſuis & legit.* eſt enim hic §. generalis ad totam materiam ſucceſſionis ab inteſtato. Et ratio, quod nemo pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedere poſſit, particularis eſt: generalis autem, quod nemo poſſit habere hæredem pro parte, aut diuerſi generis hæredes: vt partem habeat qui v. c. ab inteſtato venit, & partem occupet fiſcus.

Et licet ante deceſſerint.] Poſtquam ſcil. iam adquiſierunt partem ſuam, ſiue ipſo iure adquiſitam, (quæ ita tranſmittitur porro in hæredes; quod in ſuis locum habet, & qui hactenus ius ſuorum acceperunt ex *l. vn. C. de his qui ant. apert. tabb.* ſiue per aditionem hæreditatis, quæ extra caſus iam dictos, neceſſaria eſt, & ante quam non poteſt tranſmitti hæreditas, quippe non adquiſita: itaque ſi ante deceſſerit, qui ex Lege vocatur, non poteſt portio deficiens ad eius hæredes pertinere: & apparet adeo, quod hic in f. dicitur, *licet ante deceſſerint.* non hoc ſignificare, ſi deceſſerint antequam acquirerent hæreditatem, ſed antequam altero repudiante pars adcreuiſſet: cum ipſi iam partem ſuam legitimo modo adquiſiſſent: quo facto cum ipſis mortuis portio illa ad hæredes peruenerit, quod poſtea deficit, portioni illi aggregatur & accedit: quandoquidem portio accreſcit portioni *l. ſi Titio* 33. *inf. de vſufr.* Idem eſt in *l. ſi pluribus* 9 *de ſuis & legit.*

AD TITVLVM V.
LIBRI TERTII INſtitutionum,
DE SVCCESSIONE COgnatorum.

TEXTVS.

Poſt ſuos hæredes eoſq; quos inter ſuos hæredes prætor & conſtitutiones vocant: & poſt legitimos (quo numero ſunt agnati, & ij quos in locum agnatorum, tam ſupradicta SCta, quam noſtra erexit conſtitutio) proximos cognatos prætor vocat.

ed by Google

COMMENTARIVS.

Continuatio eſt ad *tit. præcedd.* Ex L. 12. tabb. ſunt duo ordines ſuccedendi, ſuorum & agnatorum: & ita vt qui vere tantum ſunt ſui agnatique ex hac L. ſuccedant. Recentiora iura non quidem addiderunt ordinem nouum, ſed aliquibus perſonis iura ſuorum & agnatorum dederunt, de quibus hactenus actum eſt, & quibus addendus eſt emancipatus quo ad ius ſuccedendi fratri de quo §. 1. *h. t.* Sed prætor tres gradus & ordines ſuccedendi fecit, liberorum (non enim dixit *ſuos*, vt latius pateret ille ordo) leg itimorum, ſub quo vocauit agnatos, & ius agnatorum habentes: ex SCtis & aliis LL. præter L. 12. tabb. *l. 2. §. vlt. & l. 3. vnde legit.* & cognatorum: quibus reliquos ſanguine naturaliter coniunctos, & prioribus ordinibus excluſos, admiſit: ſed Iuſtinianus eos pari iure cum agnatis vocat *Nouell.* 118. *cap. 3. & 4.* modo ex iuſtis nuptiis procreati ſint, prout ſunt perſonæ de quorum ſucceſſione agitur.

Inter ſuos.] De quibus tit. 1. & quæ notauimus *ad pr. tit. 2.*

Senatuſconſulta.] De quibus tit. duobus præced. actum eſt.

Noſtra conſtitutio.] De qua *in §. hoc etiam 4. ſup. de legit. agn. ſucc.*

TEXTVS.

1. Qua parte naturalis cognatio ſpectatur: nam agnati capite diminuti, quique ex his progeniti ſunt, ex Lege 12. tabularum inter legitimos non habentur: ſed à prætore tertio ordine vocantur; exceptis ſolis tantummodo fratre & ſorore emancipatis, (non etiam liberis eorum,) quos Lex Anaſtaſiana cum fratribus iuris integri conſtitutis vocat quidem ad legitimam hæreditatem fratris ſiue ſororis, non tamen æquis partibus, ſed cum diminutione, quam ex ipſius cōſtitutionis verbis facile eſt intelligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet diminutionem capitis non ſint paſſi, tamen anteponit, eos, & procul dubio cognatis. Eos etiam qui per fœminini ſexus perſonas ex tranſuerſo, iunguntur cognatione, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad ſucceſſionem vocat. Liberi quoque qui in adoptiua familia ſunt, ad naturalium parentum hæreditatem, hoc eodem gradu vocantur, vulgo quæſitos agnatos nullos habere manifeſtū eſt, cum agnatio à patre ſit, cognatio à matre: hi autem patrem intelligantur nullum habere. Eadem ratione, ne inter ſe quidem conſanguinei videri poſſunt: quia conſanguinitatis ius, eſt ſpecies agnationis. Tantum ergo cognati ſunt ſibi, ſicut & matri cognati ſunt. Itaq; omnibus iſtis poſſeſſio bonorum competit ex ea parte, qua cognati vocantur proximitatis nomine.

COMMENTARIVS.

Placuit coniunctim hæc vno contextu proponere, in quo referuntur hi qui ex tertio capite, Edicti prætoris, *vnde cognati*, vocantur. Et primo loco hi ſunt, qui cum etiam agnati eſſent, per capitis diminutionem minimam eſſe deſierunt, & cognati tantum manſerunt: ius enim cognationis minima capitis diminutione non perimitur: quia eſt à iure ſanguinis *l. iura 8. de reg. iur. §. pen. ſup. de cap. diminut.* itaque hoc modo legitimarum hæreditatū ius perit, quoniā vt *in pr. huius textus* ait Iuſtin. ita capite diminuti ex L. 12. inter legitimos non habentur; & diximus *ad §. 2. tit. præced.* ſed ſaluum manet, quod eſt à ſanguine & cognatione naturali, quam hoc edicto ſpectaſſe prætorem *in pr. huius textus*

Digitized by Google

textus ait Iuſtin. Nam bonorum poſſeſſionem ex ſecundo capite, vnde legitimi, his qui capite diminuti ſunt prætor non concedit *l.1.vnd.legit. l.legitimis 5.vnd.cogn.* Ex hoc numero ſunt emancipati, & proinde frater emancipatus ex capite ſecundo fratri ſuo ſuccedere non poterat, vel ſolus vel cum aliis fratribus integri iuris, id eſt, qui capitis diminutionem non paſſi, ius adgnationis integrum habebant. Sed Anaſtaſius Imp. ius agnationis ei dedit, vt fratri ex capite *vnde legitimi*, & vt agnatus ſuccedere poſſet, attamen cum diminutione partis, (vt ſcil. integri iuris frater duplum & alterum tantum haberet, vt Theoph. hic ſcribit) vt hic refertur & in *l.vlt.§.1.C de legit. hered.* Ad quam conſtitutionem cuius veſtigium eſt *in l.4. C. de legit.tut.* Iuſtin. hic nos remittit: quæ ſcil. extitit in primo Codice, poſtea in ſecundo omiſſa; quoniã dupliciter ei derogauit Iuſtin. tùm quod æquo iure admiſit emancipatum ſine diminutione aliqua *d.l.vlt.§.1.* tum quod emancipati quoq; liberos iure agnatorum admiſit, *d.l.vlt.§.cum autem 3.C.de legit.her.* quos non admiſerat Anaſtaſius hoc textu: adeoq; ipſe hic §. ſimul hactenus correctus eſt per *d.l.vlt.* niſi tantum relatiue id hic propoſitum quis putet, ſed ſane *d.l. vlt.* poſterior eſt Inſtitutionibus, quarum *in d.l. vlt.* meminit. Hodie ex N.118. ſublata cognationis & agnationis differentia, ius liquidum eſt: & fit ex eadem Nou. vt non amplius omnibus cognatis anteponi poſſit, contra quam olim vt *h.textu verſ.aliis vero*: ſiquidem ſi ſit conſanguineus tantum, & ſiue emancipatus ſiue non, frater ſiue ſoror vterini, & ita tantum cognati, cum eo concurrunt. Et ex eadem expeditius eſt, quod hic traditur emancipatum omnibus agnatis inferioris gradus anteponi. Cæterum ad hanc claſſem eorum qui capitis diminutione ius agnationis amiſerunt, pertinent etiam qui in adoptionem à patre dati ſunt, aut etiam ipſi cum emancipati eſſent, aut alias ſui iuris, adrogandos ſe dederunt: nam & iſti hoc tertio capite, cum natura cognati maneant, vocantur *h. text. verſ. liberi §.admonendi 13. ſup.tit.1.* de quo itidem hodie poſt *Nou.* 118. non eſt dubitatio, ex ratione *l.1. §. cognationem 3. vnde cogn.* qui cum *dicto verſi.ul. liberi* eſt coniungendus.

Deinde vocantur ex tertio capite, qui numquam agnati, ſed ſemper cognati in ſpecie, dicti fuerunt: & nimirum per fœminas coniuncti *h. text. verſ. eos.* vbi addit, *ex tranſuerſo gradu.* quia qui ſunt in recta linea, vocantur ex priori capite, cum ius legitimum ex SCtis & conſtitutionibus habeant, iuxta ſupra tradita. Neque intereſt an illa coniunctio per fœminam ſit ex legitimo concubitu matrimonij, an ex concubitu extra matrimonium, iuxta *verſ.vulgo h.textu*; veluti ſi ſint nati ex concubina vel etiam ex ſcorto: qui concubitus iure Romano liciti, vtique extra pœnam erant. Secus dixerim non tantum in adulterinis & inceſtuoſis liberis, quibus nec alimenta deberi traditur vulgo ex *N.89.cap.vlt.* ſed etiam in natis ex ſimplici ſtupro: qui ipſi tamen ſub verb. *damnatis* contineri poſſunt. Et iſti ſcil. de quibus agitur *in d.verſ.vulgo.* penitus ex nullo alio capite quam cognatorum admitti poſſunt, cum nullos habeant agnatos, vt ibi ait Iuſtin. quos tantum habere poſſunt ex iuſtis nuptiis editi, eos videlicet. qui ipſis per patrem cõiunguntur, quem hi liberi extra nuptias concepti habere non intelliguntur *l.vulgo 23.de ſtat.hom.& h.text.* in quo agitur de vulgo quæſitis: nam quod naturales attinet, dicitur concubinatus permiſſus Legib. ſed hi tamen quoq; nihilo magis poſſunt habere agnatos, quoniam non ſunt in familia & poteſtate patris, ex quo pendet ius agnationis: & generaliter traditum eſt, liberos qui extra nuptias nati ſunt, nõ ſequi patrem ſed matrem *L.cum legitimæ 19. & L. lex naturæ 24. de ſtat. hom.* Quod ſi huiuſmodi liberi non ſunt agnati, nec poterunt, & multo minus eſſe inuicem cõſanguinei, *d. textu l.ſi ſpurius 4.vnde cogn.* quoniam aliquanto plus hoc eſt, quippe ſpecies agnationis, & ſemper differentia addita ad genus facit ſpeciem. Relinquitur igitur vt & matri & ſibi inuicẽ, tantũ cognati, & quod tandem concluditur, nõ poſſint ſuccedere niſi ex tertio c. quo prętor pollicetur bonorũ poſſeſſionẽ nomine proximitatis. Quod verbũ quidem ex ſui ſignificatione ꝑpriꝰ latius patet: ſed fere in hac materia pro coniunctione ea vſurpari ſolet, quæ eſt

eſt inter eos qui tantum ſibi cognati ſunt, vt *hoc textu verſ. eos. & verſ. vulgo & §. ſeq. h.t. & ſup. de SC. Tertull. in pr. & §. cæterum 3. verſ. ſed quia & verſ. donec prætores ſup. de legit. agn. ſucc. l. 4. vnde cogn. in pr. infr. de ſeruil. cognat.*

TEXTVS.

1. Hoc loco illud neceſſario admonendi ſumus, agnationis quidem iure admitti aliquem ad hæreditatem etſi ſit decimo gradu, ſiue quæramus de Lege 12. tabularum, ſiue de edicto, quo prætor legitimis hæredibus daturum ſe poſſeſſionem bonorum pollicetur. Proximitatis vero nomine iis ſolis prætor promittit poſſeſſionem bonorum, qui ſunt vſque ad cognationis gradum ſextum, & ex ſeptimo, à ſobrino ſobrinaque nato nataue.

COMMENTARIVS.

1 *An vltra decimum gradum detur ſucceſſio.*

De termino ſucceſſionis vſque ad quem porrigatur: & proponit differentiam inter eam ſucceſſionem, quæ eſt ex tertio capite *vnde cognati*: & quæ ex capite *vnde legitimi*: quod ex illo tantum ſuccedatur vſque ad ſextum gradum, ſed ex capite *vnde legitimi*, & omnino iure agnationis ſuccedi etiam decimo gradu: Et prius illud ſatis conſtat, vltra ſextum gradum cognatos à prætore vocatos non fuiſſe: *h. textu & l. 1. §. hæc autem, 3. l. pen. vnde cognati*: nec dubitatur ab Interpp. quin ſublata differentia agnationis & cognationis *Nou. 118.* ita quoque differentia ſublata ſit: cum & indiſtincte *in d. Nou. 118. cap 3. inf.* vbi pariter de cognatis & agnatis agitur, ſcriptum ſit, omnes deinceps ſuccedere: idque ita receptum ab omnibus teſtatur *Forſter. 3. de ſucceſſ. cap. 9.* Et ieiuna eſt diſputatio an idem procedat, ſi cognatus non beneficio *Nou. 118.* ſed ex edicto prætoris velit ſuccedere: de quo *Myſ. hic & Forſt. d. loco.* Sed hinc differentiæ veteris ratio petenda eſt, quod plus tribui debuit ſucceſſionis ordini qui eſt ex iure ciuili, veteri & agnationis iure nititur; quam ei quæ nitebatur mera indulgentia prætoris. Cur autem prætor ſexto gradu & non quinto vel ſeptimo terminare voluerit ſucceſſionem, vix dari ratio poteſt: niſi forte hæc eum mouit, quod in ſexto gradu finiuntur nomina & appellationes perſonarum, vt patet ex *tit. ſeq. & l. 10. §. ſexto 17. cum ſeq. de gradib. l. 4. §. 2. de in ius vocand.* quam rationem perſpicue ponit *Paul. 4. ſent. 11. in fin.* Iſtud autem controuerſum eſt, an quod dicitur hic de decimo † gradu quo ad ordinem agnationis, pariter determinet, ſicut illud quod dicitur de ſexto gradu quo ad ordinem cognatorum, ita vt vltra decimum gradum cognati non admittantur. 1
Quod ex hoc ipſo rationis videtur, vt æqualis ſit determinatio: cum nec appareat ratio, cur decimi gradus mentionem facere debuiſſet, ſi vltra eum agnatos admitti putaſſet: quod ſuadet vel maxime collatio cum ordine cognatorum, vt vtrobique numerus terminum ſuccedendi deſignet: quem aliquem eſſe ratio videtur ſuadere, & quem ſi tollas hodie præſertim exæquato agnationis & cognationis iure, numquam quarto capiti ex quo vocantur coniuges, futurus ſit locus: poſſit alicui ſine vllo vſu videri iſta diſputatio, ſi verum eſt quod hic Weſembecius ait, quod natura non aut vix patiatur vltra ſextum gradum vitam cognatorum conſiſtere: quanto minus vltra decimum gradum: & ita quoque *Paulus 4. ſent. § vlt.* ſucceſſionis, inquit, idcirco ſeptem (ait autem ſeptem, quia duæ perſonæ ex iſto gradu vocantur) ſunt conſtituti gradus, quia vlterius per rerum naturam nec nomina inueniri, nec ſuccedentibus vita prorogari poteſt. Sed quod Paulum attinet, puto ego cum maxime ad ſucceſſionem ſuperiorum ſiue in recta ſiue in tranſuerſali inæquali lineam reſpexiſſe; cæteroquin quo ad æqualem lineam præcipue, & in ea collaterales, non animaduerto, quominus etiam in gradu viceſimo inuicem à ſe diſtantes reperiri poſſint; veluti

veluti ſi ex duobus fratribus hinc inde continua ſerie propagatam ſobolem ponas, ideoque ridicula eſt ratio differentiæ reddita à Mynſ. quod natura neminem vltra ſeptimum gradum viuere permittat, ſed iura ciuilia in infinitum iura agnationis ciuilia producere potuerint. Nam 1. non agitur hic de ſucceſſione deſcendentium, ſed collateralium: quos vltra ſeptimum gradum non reperiri, credere & dicere ſit inſanum. 2. vtiq; qui per patrem & maſculos naturali generatione coniuncti ſunt, natura quoque ſibi ſunt coniuncti: quos ridicule vltra ſeptimum gradum admitteret ius ciuile, ſi natura eos viuere nō permitteret. Et vero vltra decimum gradum quoq; admiſſos fuiſſe agnatos & admitti hodieque debere, facit, quod nulla ratio dari poteſt, quæ decimo gradu hoc ſuccedendi ius conſtringat: cum etiam L. 12. tabularum indiſtincte ſine aliqua determinatione gradus proximo agnato detulerit hæreditatem: conuenit quod ſup. *in §. cæterū. in pr.* bis & iterato, itemque *in §. vlt. verſ. amotis inſr. de ſeruil. cognat.* dicitur agnatos admitti, etiamſi longiſſimo gradu ſint: quod non videtur ad decimum reſtringi poſſe. Et in *l. 2. §. 1. de ſuis & legit.* agnati dicuntur in infinitum: & quoniam ibi de ſucceſſione tractatur, etiam eo reſpectu & effectu hoc dictum accipiendum eſt. Et *in N.* 118. *cap.* 3. *in f. omnes* deinceps à latere cognati vocantur: Et hanc ſententiam probat etiam *Weſemb. hic & Forſter.* 3. *de ſucc. ab int. c.* 10. *inſ.* moribus hoc receptum ait: quam ſententiam ſi tenemus, reſpondendum erit ad hunc §. quod exempli tantum cauſa decimi gradus facta ſit mentio, qui numerus etiam extremus eſt in numerando: vel quod Iuſtin. non loquatur determinatiue tamquam excluderet ſequentem, ſed, *etſi decimo gradu ſit.* Alteram tamen opinionem tamquam receptam, ſimpliciter referunt & probant *Schneid. & Mynſing. hic*, & eſt vterque praxeos & fori peritus: & ita *Tib. Faber, Angel. & Porcius* accipiunt hunc locum, tanquam eo haud dubie decidatur, quod vltra decimum gradum agnati non admittantur. Quod autem hoc §. dicitur, cognatos ſuccedere vſque ad ſextum gradum, & quidem, vt apparet, incluſiue, obiicit *gl. l. 2. de veter. & mil. ſucceſſione.* vbi tantum ad vſque gradum quintum admittitur. Et eſſe ſane ibi ſpeciale aliquid inde eſt manifeſtum, quod etiam hæres legitimus qui cognato ibi opponitur, ex quinto tantum gradu admittitur. Communis eſt reſponſio, quod ſpeciale ſit in bonis caſtrenſibus, de quibus ibi nominatim agit ICtus, quæ cum ſpeciali iure & priuilegio militi conceſſa ſint, potuerit etiam circa ſucceſſionem eorum aliquid ſpecialiter eſſe definitum. Alij eum locum de milite damnato ex delicto militari *arg. l. 1. eiuſdem tit.* accipiunt. Plane in *l ſi quis* 6 §. *eius* 7. *inſ. de iniuſt. teſt.* militis inteſtati bona indefinite cognatis tribuuntur, & poſt hos, legioni, *fac. l. 2. C. de hæred. decur.* Quis porro ſit ſobrinus cuius mentio in *f. §.* tractatur tit. ſeq.

Ad Titvlvm VI.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE GRADIBVS COgnationis.

TEXTVS.

Hoc loco neceſſarium eſt, exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare inprimis admonendi ſumus, cognationem aliam ſupra numerari, aliam infra, aliam ex tranſuerſo, quæ etiam à latere dicitur: ſuperior cognatio eſt parentum: inferior, liberorum: ex tranſuerſo fratrum, ſororumue, & eorum qui quæue ex his generantur: & conuenienter patrui, amitæ, auunculi, materteræ. Et ſuperior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea quæ ex tranſuerſo numeratur, à ſecundo.

Digitized by Google

Commentarivs.

VErbum cognationis hoc tit. ſumitur generaliter, vt etiam agnationem comprehendat, quamuis ſane cum in §. *pen.* moneat Iuſtin. agnationis gradus eodem modo numerari: prædicta tantum ad cognationem retuliſſe videatur: ſed vtique exempla quæ ſingulis §§. proponuntur etiam agnatorum ſunt: qua de cauſa *Hott. d. §. pen.* refert ad prox. antecedẽs, hoc ſenſu, quod itidem agnationis gradus ita computandi ſint, vt ſemper perſona generata adiiciat gradum. E linea cognationis, in qua gradus collocantur, vt hic docet Iuſtin. eſt vel recta vel tranſuerſa. Illa eſt aſcendens & deſcendens: hæc vel æqualis vel inæqualis. In recta ſunt parentes & liberi: In tranſuerſa, fratres, & qui porro ab his deſcendunt. Semper autem in hac tractatione ponenda eſt perſona, de cuius cognatione, & quoad hanc materiam, ſucceſſione quæratur. Recta linea vtrimque incipit à gradu primo: quoniam quot generationes, tot gradus: &, ſi de patre quæras hic recta generat filium; & rurſus filius à patre recta eſt generatus, ſed tranſuerſa linea incipit à ſecundo gradu: neque enim generat frater fratrem, ſed fratrum coniunctio dependet à ſtipite patre: itaque à filio ad patrem aſcendendum, & ab eo rurſus ad alterum filium deſcendendum eſt, vt quo gradu vterque inter ſe ſit, poſſit cognoſci: nec ratio patitur, vt eodem gradu quo pater & filius, etiam frater diſtet à fratre, quod tamen non obſeruarunt Canoniſtæ, quibus etiam frater à fratre primo gradu diſtat. Et hoc late perſpicue & eleganter explicat Theoph. *ad pr. tit. de leg. agn. ſucc.* quod in linea tranſuerſa, cum quæritur, quoto gradu alter ab altero diſtet, ſit recurrendum & aſcendendum ad τὸ συνέχον αἴτιον τῆς γενέσεως id eſt ad communem ſtipitem, & ab eo rurſus ad alteram perſonam de qua quæritur, deſcendendum. Et igitur fratrem eſſe ſecundo gradu, quia communis ſtipes eſt pater, ad quem ab vno fratre aſcenditur, & inde mox ad alterum deſcenditur. Hinc patruum eſſe tertio gradu: quia communis ſtipes eſt auus, ad quem duobus gradibus à me aſcenditur, & inde vno gradu deſcendendo inuenitur patruus meus.

T E X T V S.

1. Primo gradu eſt ſupra, pater, mater: infra filius, filia. Secundo gradu ſupra, auus auia, infra, nepos neptis: ex tranſuerſo, frater, ſoror. Tertio gradu, ſupra, proauus, proauia: infra, pronepos, proneptis: ex tranſuerſo, fratris ſororiſque filius, filia: & conuenienter, patruus, amita; auunculus, matertera. Patruus eſt frater patris, qui Græce πατράδελφος appellatur: Auunculus eſt frater matris, qui Græce μητράδελφος dicitur, & vterque promiſcuè θεῖος appellatur. Amita eſt fratris ſoror, quæ Græce πατραδελφὴ appellatur: Matertera vero matris ſoror, quæ Græcè μητραδελφὴ dicitur, & vtraque promiſcuè θεῖα appellatur.

Commentarivs.

1 *Auus vnde dictus, Item auunculus.*
2 *Amita & matertera vnde.*
3 *De appellatione θεῖος.*

PErſpicua fere ſunt omnia, & quoad res & verba, pater eſt filio primo gradu coniunctus, & hic illi: Eadem ratione nepos ab auo ſecundo gradu diſtat. Et hic in tranſuerſa linea incipit computatio. Tertius gradus ex tranſuerſo ſemper eſt in linea inæquali, verbi cauſa fratris filius, & patris frater: nec obſcuritatem habent aut dubitationem, nomina quæ hic referuntur & explicantur. Auum Festus ait dictum † vel ductum à Græca voce πάππος, vel à Græca voce πάπα, quod ſignificet magnum, mutatis quibuſdam literis: vel, 1 quod ad duos attineat, quaſi ad duum, vel quia ad patrem ſit additus. *Iſid. 8. orig. 5.* auum dictum

Auum ſcribit ab æuo, id eſt, antiquitate. Auunculum, idem Feſtus dictum ait, quod ſit æque tertius à me vt auus, ſed non eiuſdem iuris, ideoque vocabulo factam diminutionem: ſiue ita appellatum, quod aui locum obtineat, & proximitate tueatur ſororis filium. Ami-
2 tam idem † dictam refert, quia ſimiliter tertia à me atque auia: ex eo quod antiquioribus auita ſit vocata: vel quia à patre meo amata eſt: nam plus ſorores à fratribus, quam fratres diligi ſolent. De matertera denique idem Feſtus, eam dictam, quaſi matrem alteram. Græca nomina huius §. ſunt expeditæ ſignificationis: præterquam quod dicitur, Patruum & a-
3 uunculum vna voce θεῖος † dici, quomodo non ſemel in *Nou.* 118. *cap.* 3. ratio quidem nominis non apparet: ſed hac appellatione Græcos vſos fuiſſe apparet. Et in Lexicis vulgatis ſcribitur, πρὸς πατρὸς θεῖος, & ὁ πρὸς μητρὸς θεῖος, patruus & auunculus: & in Lexico Phauorini Camertis hæc extant. Θεῖος ὁ κοινὴ γένος καλοῦμεν, πατρὸς ἀδελφός. Item Suidas in verbo τήθη, notat τηθίδας appellatas θείας τὰς πατρὸς ἢ μητρὸς ἀδελφάς, & mox τηθίς, θεία. πατρὸς ἢ μητρὸς ἀδελφή: & Lucianus quoque tom. 1. de vita ſua in pr. habet θεῖον πρὸς μητρός. Addamus huc ex Polluce, qui de verbis reliquis teſtimonium perhibet ὁ πατρὸς ἀδελφὸς πατράδελφος ἢ πάτρως. ὁ δὲ μητρὸς ἀδελφὸς θεῖος ἢ μητράδελφος ἢ μήτρως ἢ γένος. ἡ δὲ πατρὸς ἀδελφὴ θεία ἢ πατραδέλφη: ἡ δὲ μητρὸς θεία ἢ μητραδέλφη, ἢ τηθίς. Hæc Pollux. Variat autem quo ad Græca verba huius §. lectio: & pro πατράδελφος & μητράδελφος, pleræque editiones, πατρῷον & μητρῷον habent: quam lectionem magis probat Ruſſardus: eamque Hottomannus & Weſembecius ſunt ſequuti, itemque Contius & Cuiacius, & ex Theophilo confirmatur: qui itidem non agnoſcunt illa verba, (quæ Græce πατραδέλφη appellatur (nec mox illa, (quæ Græce μητραδέλφη dicitur) quæ etiam notat abeſſe debere Ruſſardus, & vt ſpuria virgulis incluſit Gothofr. Et ſane Græci non efferunt compoſita fœminina terminatione: & diſerte Pollux ſupra citato loco patris & matris ſororem μητραδέλφην & πατραδέλφην dici ſcribit: itaque plane probabile eſt, Iuſtinianum noluiſſe ea repetere quæ iam dixerat de patruo & auunculo, pleræque etiam editiones in f. §. poſt verba *& vtroq; promiſcue* θείας, addunt, & à quibuſdam τίτθη, (alij τηθὶς) appellatur. *Cuiac. Hott. Cont. Weſemb. & Theophilus*, quamuis Theoph. ſæpe multa de ſuo vt paraphraſtes addat. Cæteroquin teſtantur Pollux & Suidas citatis locis θείαν etiam dici τίτθην. Et Heſych. τηθὶς ἡ τῆς μητρὸς καὶ πατρὸς, ἡ καὶ μάμμη, καὶ ἡ τῶν γονέων ἀδελφή. Hæc pro curioſis.

TEXTVS.

2. Quarto gradu ſupra abauus, abauia, infra abnepos, abneptis: ex tranſuerſo, fratris ſororiſque nepos neptiſue: & conuenienter, patruus magnus, amita magna, id eſt, aui frater & ſoror: item auunculus magnus & matertera magna, id eſt, auiæ frater & ſoror: conſobrinus, conſobrina, id eſt, qui quæue ex ſororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte conſobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus ſororibus progenerantur, quaſi conſororinos: eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari: ſi autem ex duobus fratribus filiæ naſcantur, ſorores patrueles appellari. At eos qui ex fratre & ſorore progenerantur, amitinos proprie dici putant. Amitæ tuæ filij te conſobrinum appellant; tu illos, amitinos.

COMMENTARIVS.

1 *Matrueles qui ſint.*

CVm ſemper addita perſona per nouã generationẽ, addat gradum, perſpicua ratio

 eſt,

eſt, cùr perſonæ hic enumeratæ ſint quarto gradu: in recta linea abnepos & abauus: quem *Iſid.* 8. *orig.* 5. putat dictum, quaſi longe ab auo: ſicut proauum, quaſi prope auum. Incipit autem hic in quarto gradu, ex transuerſo linea æqual s, in qua ſunt, qui ex fratribus & ſororibus vtrimque primo gradu progenerati ſunt: de quorum appellationibus ſatis prolixe hic Iuſtinianus: & de conſobrinorum nomine, an ſit commune etiam his qui ex fratribus naſcuntur, ſatis diximus *ad* §. 1. *ſup. de legit. agn ſucc.* Patrueles Nonius in extremo ait eſſe marium fratum liber s: ſcil. quod alias fratrum appellatione & ſorores continentur: & *Iſidor. 9. orig* 6. fratrum filios patrueles dici. Amitinos Nonius citato loco, fratrum, maris & fœminæ liberos eſſe ait: quod & hic refert Iuſtin. & apparet ſane dictos ab amita, quæ eſt patris ſoror, & ita amitæ meæ liberos. Et eadem diſtinctio huius §. refertur à *Paulo in l. vlt.* §. *quarto* 15. *verſ. matertera, de gradib.* in cuius fin. ait, omnes à ple ſque generali nomine conſobrinos appellari: idemque *Caius in l.* 1. §. 6. *in f. de gradib.*

Amitæ tuæ filius.] Recte hinc notat Hottom. diſcrimen inter amitinos, & conſobrinos patrueleſque. Nam duorum ſororum fratrumque filij inuicem ſibi ſunt conſobrini & patrueles: at duo inuicem non poſſunt ſibi eſſe amitini: nam ex amita mea & ſcil. patris ſorore natus mihi eſt amitinus: at ego ipſi non ſum amitinus, quia pater meus eſt ipſi auunculus, & conſequenter ego ipſi conſobrinus ſum: adeoque patet, conſobrini nomen ad ſororum duarum liberos reſtringi non poſſe. Videtur tamen amitinorum nomen laxius vſurpatum, vt vtrimque ex fratre & ſorore natos ſignificet, vt apud Nonium citato loco: & *Paul. in d. l. vlt.* §. 15. *de gradib. & Caium in l.* 1. §. 6. *eod. tit.* & confirmat *Cui. hic.* Sed quinam ſint matrueles *in l.* 1. *ad L. Pomp. de parric.* Goth. ibid. interpretatur fratres ex eadem matre, qui ſunt *ὁμομήτριοι*. Sed quia præcedit *patrueles*, magis eſt vt ſint materteræ meæ, id eſt, duarum ſororum liberi: quod & hic probat *Cuiac. v. & Hottom.* 5. *obſ.* 31.

TEXTVS.

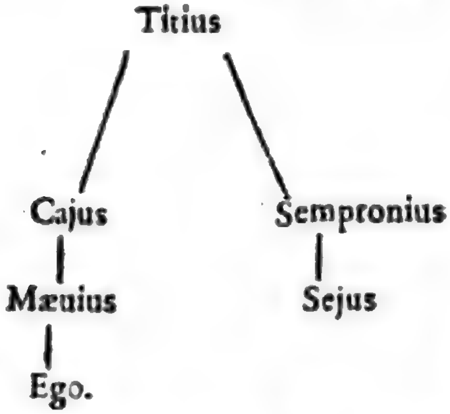
3. Quinto gradu ſupra, atauus, atauia: infra, atnepos, atneptis: ex transuerſo fratris ſororiſque pronepos proneptis: & conuenienter propatruus proamita, id eſt proaui frater & ſoror: & proauunculus & promatertera, id eſt, proauiæ frater & ſoror: item fratris patruelis, vel ſororis patruelis, conſobrini & conſobrinæ, amitini & amitinæ filius filia: propius ſobrino, propius ſobina: hi ſunt patrui magni, amitæ magnæ, auunculi magni, materteræ magnæ, filius, filia.

COMMENTARIVS.

1 *Propior ſobrino.*

IN linea recta, proauo & pronepoti additi duo gradus, abauus & atauus, item abnepos & atnepos faciunt quintum gradum. Sed in transuerſa, quoniam frater mihi ſecundo gradu eſt, conſequenter, qui huic in linea recta pronepos tertio gradu eſt, mihi quinto gradu eſt coniunctus: eodemque gradu proaui mei frater à me diſtat. Eodem gradu ſunt duorum fratrum hinc nepos inde filius: id eſt, conſobrini, patruelis vel amitini mei qui mihi quarto gradu eſt, filius aut filia: quib. ego propria appellatione dicor propior ſobrino: quoniam, vt iſtam appellationem hic explicat Iuſtin. ego ſum eius, qui ipſi eſt patruus magnus, filius, veluti in hoc ſchemate: (nam de hac appellatione & nomine propioris ſobrini, controuerſia eſt, de qua pluribus ad §. ſeq.

Titius



Me Sejus dicit patruelis filium, ipſe mihi dicitur propior ſobrino, quoniam patruus meus magnus eſt Sempronius, aui mei frater, cuius filius eſt Seius. Et cum ſobrini ſint ſexto gradu, veluti ſi addas Seji filium, Lucium, qui meus eſt ſobrinus, qui huic in linea aſcendenti proximus eſt, propior ſobrino appellatur.

TEXTVS.

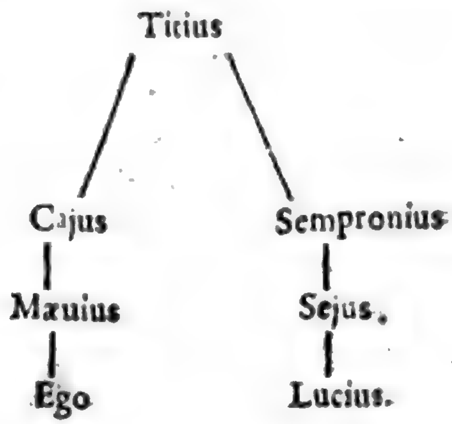
4. Sexto gradu ſupra, tritauus, tritauia: infra, trinepos trineptis: ex transuerſo, fratris ſororiſque abnepos, abneptis: & conuenienter abpatruus, abamita, id eſt, abaui frater & ſoror, abauunculus, abmatertera: id eſt, abauiæ frater & ſoror. Item, propatrui proamitæ, proauunculi, promaterteræ, filius filia. Item, propius ſobrino ſobrinave filius filia: Item, ſobrini ſobrinæ, id eſt, qui quæve ex fratribus, vel ſororibus patruelibus, vel cõſobrinis, vel amitinis progenerantur.

COMMENTARIVS.

1 *Tritauus vnde.*
2 *Propius ſobrino ſobrina.*

TRitauum dictum putat Iſidor. 8. *orig.* 5. quaſi tetrauum, qui ſit quartus ſupra auum. Ineptè, vt vox ſit hybrida. Aperta ratio nominis mihi videtur, quod tritauus ſit tertius auus.

Nam primus auus eſt ſecundo gradu. Huius auus quarto gradu dicitur abauus: & huius rurſus auus, dicitur tritauus, qui auus eſt tertius, quem Theophil. τριτόπαππον vocat. Circa exempla lineæ transuerſalis non conueniunt exemplaria, & videtur ex textu prout illum deſcripſi aliquid expungendum eſſe. Abpatruum ſexto mihi gradu eſſe ſatis conſtat: item propatrui filium: itaque verba vſque ad, *promatertera filius filia*, omnino recte ſe habent: itemque quod eſt in fine, de ſobrinis, qui ſunt in ſexto gradu lineæ transuerſæ æqualis, nati ex patruelibus, vel conſobrinis (qui quarto gradu ſunt) videlicet vtrimque, Germani dicunt Nachgeſchwiſtrig. Neque porto video, quare proxime antecedentia verba omiſerint. Hottomannus & alij, *item conſobrini conſobrinæ nepos neptis*, qui enim conſobrino meo, quarto gradu mihi coniuncto, nepos eſt, is vtique mihi ſexto gradu eſt: & cum *in* §. *præced.* retulerit Iuſtin. conſobrini mei filium, qui eſt quinto gradu, probabile eſt, eum hoc quoque §. referre voluiſſe conſobrini mei nepotem: Illa ſolummodo verba ſuſpecta ſunt, *propius ſobrino ſobrinave filius filia*, & videntur eſſe à gloſſ. & ab interpretatione: faciunt enim ταυτολογίαν. Et ponatur hoc ſchema.



Et initio explicandum accuratius eſt; quis ſit propior ſobrino, ſobrina. Et explicat Iuſtinia-

nianus *in §. præced. in fin.* eſſe patrui magni, amitæ magnę, &c. filium. Itaq; mihi Seius eſt propior ſobrino. Et nimirum vt recte ita quis dicatur, ratio ſuadet, vt ſit aut ſobrini filius, aut ſobrini pater. Aut ſobrini mei filius eſſe non poteſt, hic enim mihi eſt ſeptimo gradu. Ergo neceſſe eſt vt ſit ſobrini pater, qui mihi ſcilicet quinto gradu coniunctus eſt. Ex qua ratione efficitur, vt ego viciſſim Seio nō recte poſſim dici propior ſobrino, quia apertiſſimum eſt, me ſobrini neq; patrem, neq; filium eſſe. Itaq; propius ſobrino eſt, qui ſobrini mei pater, & patri meo conſobrinus eſt: quod latius confirmat *Ant. Auguſtin. 2. emend. 5.* Quoniam tamen iſta inter ſe habent relationem, ſicut ſupra diximus, amitinos vtrimq; dici & mutuo fratrum & ſororum liberos, cum tamen proprie loquēdo, amitæ meæ liberi mihi tantum ſint amitini, nō ego viciſſim illis amitinus ſim: ita quoq; fortaſſis obtinuiſſe videtur, vt viciſſim conſobrini mei filius mihi diceretur propior ſobrino, & ita in propoſito ſchemate ego quoq; Seio propior ſobrino dicar. Et ita ſane Sextus Pompejus, quem & Cuiac. hic probat, ſcriptum reliquit. Propius ſobrino mihi eſt, conſobrini mei filius, & patris mei conſobrinus. Vbi vtramque appellationem cōiungit. Et ita poſt Accurſ. Dd. vulgo acceperunt, §. *præced in fin.* quaſi verba, *propius ſobrino, propius ſobrina*, pertinerent ad explicationem præced. & conſobrini mei filius ita appelletur. Sed ſane licet admittamus iſtam alteram quoq; acceptionem cum Pompejo, quam citato loco improbat Ant. Auguſt. tamen probabilius eſt propriam ſignificationem à Iuſtin. in hunc titulum relatam eſſe: Et, ſi ſequaris Accurſium, verba *d. §. 5.* quæ ſequuntur, *Hi ſunt patrui, &c.* cōmodum ſenſum nullum admittunt. Itaq; omnino rectum eſt, quod cenſet Auguſtin. his verbis *d. §. 5. propius ſobrino, &c.* contineri nouum exemplum quinti gradus, quod mox explicetur *per ſeqq.* verba *hi ſunt &c.* ſcilicet, qui propius ſobrino ſobrina appellantur: quod ibidem ex *l. 1. §. vlt. in fin. de gradibus* cōfirmatur. Sed vt redeamus ad rem noſtram, dico, quomodocunq; accipiamus propiorem ſobrino, tamen verba, quæ paulo ante notaui, *item propius ſobrino ſobrinave filius filia* eſſe inducenda. Nam ſi iuxta veram ſignificationem, propiorem ſobrino ponas patris mei conſobrinū, huius filius mihi ſobrinus eſt, & nempe in ſchemate Seij filius Lucius mihi eſt ſobrinus: atqui ſobrinorum nominatim *in fin. §.* huius eſt mentio. Sin ponas conſobrini mei filium mihi eſſe propiorem ſobrino, huius filius vtiq; cōſobrini mei nepos eſt; quod exēplum ibidem hoc §. proponitur: nec quidquā intereſſe poteſt, ſi in ſpecie propoſita, ex Lucio porro Mæuium addas, an hunc Mæuium Lucij filium, an Seij nepotem appelles. Itaq; eſſet ταυτολογία, ſi hoc iterū aliis verbis idem ſignificantibus repeteretur. Et vel hac de cauſa exiſtimo, retinenda eſſe verba huius §. *item conſobrini conſobrinæ nepos neptis*: quamuis illa nec Theophilus agnoſcat: à quo etiam abeſt, *verſ. Item propatrui*, nec neceſſum habuit Iuſtinianus, nimis multa exempla cumulare, ſed rem aliquibus ſaltem ob oculos ponere ſatis eſſe duxit: vtiq; hæc verba optimum ſenſum habent: & non recto iudicio Gothofr. ea expunxit: contra vero ea retinuit, quæ inducenda eſſe probauimus.

TEXTVS.

5\. Hactenus oſtendiſſe ſufficiat, quemadmodum cognationis gradus numerentur. Namq; ex his palam eſt intelligere, quemadmodum vlteriores quoq; gradus, numerare debeamus, quippe ſemper perſona generata adiicit gradum: vt longe facilius ſit reſpondere, quoto quisq; gradu ſit, quā propria cognationis appellatione quemquam denotare. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur. Sed cum magis oculata fide, quam per aures animis hominum infigatur: ideo neceſſarium duximus, poſt narrationem graduū eos etiam iam præſenti libro inſcribi, quatenus poſ-

Digitized by Google

poſſint & auribus, & inſpectione oculorum adoleſcentes perfectiſſimam graduum doctrinam adipiſci.

COMMENTARIVS.

QVoniam plura cognationũ nomina ſunt, & ex relatis gradibus, quidam nomine careant, & cum alias nimis operoſum ſit futurum, gradus plures ita enumerare, ideo Iuſtin. monet, ex hactenus dictis facile intelligi, quo modo porro gradus ſint numerandi, & ita inuenire, quo quisq; gradu ab altero diſtet: addita hac generali regula, quod ſemper generata perſona adiiciat gradum.

Adgnationis quoq;] De ſententia huius loci diximus *ſup. ad pr. huius tit.*

Magis oculata fide.] Pertinet ad locum communem, de ſenſibus, vter certior, & vtri magis fides habenda. Vulgatum illud eſt. teſti de auditu vix ac ne vix quidem fidem haberi. Sed eſt illud forte paulo hinc alienius. Et non fuerit difficile hic farcire centones. Notum eſt illud Horat. de arte Poët.

Segnius irritant animos demiſſa per aures,
Quam quæ ſunt oculis ſubmiſſa fidelibus, & quæ
Ipſe ſibi tradit ſpectator.

Et ille apud Herodotum lib. 1. τὰ ὦτα, inquit, τυγχάνει ἀνθρώποισι ἐόντα ἀπιστότερα τῶν ὀφθαλμῶν. Auribus minus fidei tribuitur, quã oculis. *Ariſt. in lib. de ſenſu & ſenſili cap. 1.* κρείττων ἡ ὄψις καὶ καθ᾽ αὑτήν: πρὸς δὲ νοῦν κατὰ συμβεβηκὸς ἡ ἀκοή, quod ſtatim explicat; κατὰ συμβεβηκὸς εἰς φρόνησιν πλεῖστον ἡ ἀκοὴ συμβάλλεται μέρος, ὁ γὰρ λόγος αἴτιός ἐστι τῆς μαθήσεως ἀκουστὸς ὤν, οὐ καθ᾽ ἑαυτὸν, ἀλλὰ κατὰ συμβεβηκός. Sed nolo plura: neque enim illa docere Iuriſconſulti officium eſt. Hæc autem deſcriptio ocularis Iuſtinianea iniuria temporum, aut negligentia deſcriptorum periit. Et teſtatur Contius in quibusdam manuſcriptis, aliquid vacui ſpatij hic relictum: ſed nusquam extare, nec vſquam aut cuiquam viſam illam deſcriptionem.

AD TITVL. VII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SERVILI COGNATIONE.

TEXTVS.

Illud verum eſt, ad ſeruiles cognationes illam partem Edicti, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſio promittitur, non pertinere: nam nec vlla antiqua lege talis cognatio computabatur, ſed noſtra conſtitutione, quam pro iure patronatus fecimus, (quod ius vſq; ad noſtra tempora ſatis obſcurum, atque plenum nube, & vndique confuſum fuerat) & hoc humanitate ſuggerente conceſſimus, vt ſi quis in ſeruili conſtitutus cõſortio, liberum vel liberos habuerit, ſiue ex libera, ſiue ex ſeruilis cõditionis muliere, vel contra ſerua mulier ex libero, vel ſeruo habuerit liberos cuiuscunq; ſexus, & ad libertatem his peruenientibus, ii, qui ex ſeruili ventre nati ſunt, libertatem meruerint: vel dum mulieres liberæ erant, ipſi in ſeruitute eos habuerint, & poſtea ad libertatem peruenerint: vt hi omnes ad ſucceſſionem patris vel matris veniãt, patronatus iure in hac parte ſopito. Hos enim liberos nõ ſolũ in ſuorum parentum ſucceſſionem, ſed etiam alterum in alterius mutuam ſucceſſionem vocauimus, ex illa Lege ſpecialiter eos vocantes: ſiue ſoli inueniãtur, qui in ſeruitute nati & poſtea ſunt manumiſſi: ſiue vna cum aliis, qui

qui poſt libertatem parentum concepti ſunt, ſiue ex eodem patre, ſiue ex matre eadem, ſiue ex aliis nuptiis: ad ſimilitudinem eorum, qui ex iuſtis nuptiis procreati ſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Cur iure ciuili nulla ſucceſſio inter natos in ſeruitute.*

2 *Emendatur textus.*

3 *An hi liberi ſuccedant cum aliis, & diſputatio pro lectione vulgata.*

NOtant Ruſſard. & Cont. in quibuſdam manuſcriptis non incipere hic nouum titulum: nec eſt etiam apud Theoph. in veteribus editionibus: quod idem notat Ruſſard. eoq; non ſatis bona fide agit Gothof. qui in editione ſua Inſtitutionum Theophili, noui tituli hic facit principium. Et apparet ſane eſſe textum iſtum partem quandam tituli *de cognat. ſucc.* ſicut & §. *ſeq.* ad totam hanc materiam ſucceſſionis pertinet: quæ ratio procul dubio mouit Cuiac. Hottom. & Weſemb. vt textum iſtum coniunctim cum *tit. præc.* explicarent. Et tamen cum Iuſtin. abrupta tractatione de ſucceſſione cognatorum, ſubiecerit titulum, *de gradib. cognat.* cum quo iſta tractatio nihil commune habet, nō abſurde hinc nouus inchoatur titulus, qui vtiq; per *præced. tit.* à tractatu *de ſucceſſ. cognatorum* abſceſſus eſt: & monet Cont. licet in quibuſdam manuſcriptis non ponatur hic diſerte nouus titulus, aliquantum tamen vacui ſpacij eſſe relictum, ſed rem ipſam videamus.

Ait Iuſtin. certum eſſe, quod Edictum prætoris, quo cognatos vocat ad ſucceſſionem non pertineat ad cognationes ſeruiles: & nimirum licet ad libertatem iam peruenerint: nam dū adhuc in ſeruitute ſunt, ridicule quæratur, de cognatione ſeruorum quoad hunc effectum ſuccedendi: neq; adeo mutatio iuris ad hunc caſum pertinere poteſt: & vt ſeruus ab inteſtato ſuccedat aut hæredē habeat, prorſus eſt impoſſibile iure noſtro. Et quidem *in §. Illud. 10. ſup. de nupt.* ait Iuſtin. ſeruiles cognationes impedimenta nuptiis eſſe, ſi pater aut mater manumiſſi fuerint: quoniam in coniunctionibus naturalis pudor inſpicitur: ſed in iſta materia nulla cognationis (quæ naturaliter etiam inter ſeruos eſt) in ſeruitute contractæ habetur ratio, etiamſi poſtea manumiſſi fuerint & liberi deceſſerint, quod etiam Vlp. ſcribit *l. 1. §. 2 vnde cogn.* itaq; ſi qua fœmina v. c. in ſeruitute ſuſceperit liberos, licet & mater & liberi manumiſſi fuerint, tamen matris defunctæ bonorum poſſeſſionem, nec ex capite, vnde cognati, liberi petere poſſunt, licet ea parte etiam ſpurij & vulgo quæſiti admittantur. Licet enim parentes & fratres quoque dicantur, qui ſerui ſunt vel fuerunt, tamen ad leges (ſcilicet de ſucceſſione tractantes) ſeruiles cognationes non pertinent, vt Paulus ſcribit *in l. vlt. §. non parcimus. ſ. de gradib.* Ita ius conſtitutum eſt, ſed ratio huius iuris non immerito quæritur. Et ICti citatis locis reuera principium petunt, dum ſaltem affirmant ſimpliciter, cognationem hanc ad leges vel Edictum prætoris non pertinere, & Vlp. *in l. 1. §. 2. vnde cognat.* ſubdubitans, quaſi, nec, enim, inquit, videtur facile eſſe ſeruilis cognatio. Atquin imo, ſi dicimus iure naturali omnes homines eſſe æquales oportet vtique ſemel & hoc fateri, iure naturæ ſeruos quoq; eſſe ſibi inuicem cognatos: & vt. q; parentū & fratrum nomina, ſunt cognationis nomina, quæ tamen ſeruis tribui nec audet negare Paulus *in d. l. vlt. § non parcimus. ſ. de gradib.* Quod ſi nulla eſſet plane cognatio, neque in prohibendis nuptiis attendi poſſet: quod contra eſt, §. *illud ſup. de nupt. l. adoptiuus 14. §. idem 3. de rit. nupt.* vbi etiam dicuntur ſeruiles affinitates. Et vt fateamur, durante ſeruitute nullam haberi poſſe in hoc quidem materia iſtius cognationis rationem; at poſtquam liberi facti ſunt, & in ſtatum eum reducti, in quo omnes homines ab initio natura quaſi produxit *arg. §. 2 ſup. de iure nat. & pr. ſup. de libertin.* quid ni ratio haberi poſſit cognationis illius naturalis, quam præſertim in Edicto, vnde cognati ſpectaſſe prætorem Iuſtinianus refert *in §. 1. de ſucceſſ. cognat.* Sed ita placuit Romano

mano Legiſlatori: aliud vero viſum nec immerito fuit Iuſtiniano, qui pergit hoc textu. Ait:

Sed noſtra conſtitutione.] Eam non exſtare inter Leges Iuſtiniani conſtat: Epitomen eius & Latinam & Græcam ex Baſilicis edidit *Cuiac.* 20. *obſ.* 34. vbi tamen præcipue de ſucceſſione libertorum agitur: & de ea mox aliquid dicemus. Accuſat autem more ſuo veterem Iurisprudentiam, quod ante eum ius patronatus fuerit nube plenum & obſcurum. At imo iuris Romani tractatio facilior eſſet, ſi ab eo manus abſtinuiſſet Tribonianus, qui dum tot nouas Leges identidem condit, omnia magis obſcura reddidit & intricauit.

Humanitate ſuggerente conceſſimus.] In ſumma diſpoſuit, vt liberi ex alterutro vel vtroque parente ſeruo nati, vbi ſcilicet & parentes & liberi cōſecuti ſunt libertatem eo tempore quo de ſucceſſione quæritur & parentibus & ſibi inuicem ſuccedere poſſint. Et hoc enim exhaurit omnes caſus, quod diximus, ſiue liberi ex vtroque parente ſeruo, vel alterutro, id eſt, vno ſeruo, altero libero, fuerint nati: quod Iuſtinianus diſtinctius & latius proponit: ſi, inquit, ſeruus liberos habuerit, ſiue ex libera, ſiue ex ſeruilis conditionis muliere: & contra, ſi ſerua mulier, ſiue ex libero, ſiue ex ſeruo habuerit liberos. Et cum præter hos nullus alius poſſit caſus dari, non animaduerto, quorſum pertineat, quod paulo poſt ſequitur, & quid addat noui: *vel dum mulieres erant liberæ, ipſi* (*ſcilicet* patres, *in ſeruitute eos habuerint.* hic enim vtique eſt caſus iam ante propoſitus, quo ſeruus liberos ex muliere libera ſuſcipit. Video ea verba in omnibus editionibus exſtare: nec vllus Interpretum in dubium ea vocat, nec hunc tamen ſcrupulum remouet, aut explicat, quod in iſtis verbis diuerſum à ſuperioribus contineatur: ſed & otioſa ſunt, quæ proxime iam relata verba ſequuntur: *& poſtea ad libertatem peruenerint*, hoc enim iam ante ſatis dictum erat in verbis: *& ad libertatem his peruenientibus* (parentibus ſcilicet) *qui ex ſeruili ventre nati ſunt libertatem meruerint.* vtique enim vt de ſucceſſione quæri poſſit, & parentes & ex eis natos, liberos eſſe oportet.

Ideoque hunc *verſ.* † *vel dum mulieres* vſq; ad 2
verbum *peruenerint*, vt qui ineptam prioris partis repetitionem continet, omnino inducendum puto: ſuadente id ratione, vt tollatur putida ταυτολογία, tum etiam autoritate Theophili, apud quem hæc tantum habentur: vt ſi ſeruus liberos ſuſtulerit, ſiue ex libera, ſiue ſerua: aut ex contrario ſerua mulier, ſiue ex libero, ſiue ſeruo liberos pariat: & contingat ſeruum patrem, aut ſeruam matrem liberari, & liberos quoque ex ventre ſeruili nati (nam ex libera nati, licet ſeruo patre liberi ſunt. cum partus ventrem ſequatur) libertatem adepti fuerint, licentiam habeant ad parentis ſucceſſionem venire.

Et veniunt igitur hi liberi ad parentum ſucceſſionem, patronatus iure in hac parte ſopito: vt hic ait Iuſtin. nam vt titulo ſequenti habetur ex conſtit. Iuſtin. omnino excluditur patronus per liberos & in ſolidum. Et apparet hoc intelligi, vbi de eius parentis ſucceſſione quæritur, qui ſeruus fuit: cæteroquin quæſtio nulla eſt de iure patronatus.

Sequitur alius ſcrupulus & nodus † *in verſ.* 3
ſiue ſoli inueniantur, quæ continent ampliationem: quod hi liberi non tantum ſuccedant, cum ſoli ſunt, ſed etiam ſuccedant & concurrant, cum aliis, qui poſtea ex parentibus iam manumiſſis, nati ſunt. Et hoc quidem in matre nihil abſurdi habet, cui liberi quomodocunque nati etiam ex SCto Orphitiano ita ſuccedunt, vt omnibus quoq; agnatis præferantur, vt diximus *ad* §. *pen. ſup. de SCto Orphit.* In patre autem pluſculum dubitationis habet maxime vti concurrant cum his, qui ex nuptiis nati ſunt, vt *in fin. huius.* §. *legimus.* Itaque cum hoc abſurdum videretur, non defuerunt, & ex eorum numero *Cuiac. & Hottom.* qui textum corruptum putarent. Et Cuiac. hic ita legendum cenſet, *ſiue ex eodem patre, ſiue ex eadem matre, ſiue ex aliis qualicunq; copulatione nati, ad ſimilitudinem coniuncti*, vt ſaltem cum his concurrant, qui itidem extra nuptias procreati à patre iam libero fuerunt: quam lectionem etiam repræſenta-

uit Cont. Hottom. autem ita: *ſiue ex eodem patre & eadem matre, ſiue ex aliis, ad ſimilitudinem, &c.* vt expungatur verbum *nuptiis*, quod etiam delendum cenſet Ruſſardus, & ſecutus eſt Weſembecius. Quæ lectio hactenus ideo cõcinnior eſt, quod procul dubio hæc eſt Iuſtin. ſententia, ſuccedere ante natos, cum natis poſt libertatem liberis, ſiue hi ſint nati ex iiſdem parẽtibus & vtroq; ſiue ex aliis, vbi videlicet v.c. ſeruus, qui in ſeruitute liberos ex fœmina aliqua ſuſtulerat, poſtea cum alia conſueuit, & ex ea liberos generauit. Pro qua ſententia exprimenda concinnior eſt lectio Hottom. quam vulgata, quam & Cuiac. retinet: ſiquidem his verbis, *ſiue ex eodem patre ſiue ex eadem matre* ſatis videtur contineri vterq; caſus, quo vel vterq; parens eſt idem, vel alteruter: vt proinde verba, *ſiue ex aliis*, ſublato verbo *nuptiis*, non videantur habere, quo referantur. Et tamen ita quoq; extat apud Theoph. εἴτε ἐκ τῆς αὐτῆς μητρὸς εἴτε ἐκ τοῦ αὐτοῦ πατρὸς, nec temere mutãdi ſunt textus: nec à Iuſtiniano eiusmodi accuratio exigenda eſt: & vulgata quoq; lectio admittit hanc ſententiã: vt Iuſtin. reſpexerit ad vtrumq; caſum quem ſupra propoſui: quo vel maſculus ſuſtulit liberos ex ſerua aut libera, & rurſus fœmina, aut ex ſeruo, aut libero generauit liberos: & ad priorem caſum reſpiciunt verba, *ſiue ex eodem patre*, ad poſteriorem, *ſiue ex matre eadem:* quorũ ſi licet alteruter poſt ex eodem conſorte, vel etiam cum alia perſona conſueſcendo, liberos procreauit. Reliquum ſaltẽ eſt vt videamus, an verbum, *nuptiis* defendi poſſit, Et Ruſſardus, improbat illud autoritate Theophili, apud quem ita legitur, εἴτε ἐκ διαφόρων, id eſt, ſiue ex diuerſis ſcilicet parẽtibus. Sed non hinc efficitur, quod improbarit verbũ *nuptiis:* & in dubio legitimam coniunctionem intelligere debemus. Cuiacij cõtra vulgatam lectionem hæ ſunt rationes. 1. quod verba, *ex aliis nuptiis* præſupponant alias nuptias priores, quæ tamen nullæ eſſe potuerint, vbi alterutra perſona fuit ſerua. 2. quod cum liberis ex iuſtis nuptiis procreatis, non poſſint concurrere naturales 3. quia ſequatur in textu, ſuccedere ad ſimilitudinẽ procreatorum ex nuptiis: Ergo nõ intelligi natos ex nuptiis. Atquin hæ obiectiones tanti non ſunt, vt a conſtante omnium exemplarium lectione recedere debeamus. Neque enim ita facile fidem habeo Cuiacio prouocanti ad libros ſcriptos: & Hottom. vnius tantum autoritate ſe tuetur, & verbum *nuptiis*, tantum tollit, non autem reponit, *qualicunq; copulatione*, nullum autem librum ſcriptum, aut Contius, aut Ruſſardus citãt. Neq; ſi pro verbo *nuptiis* reponamus cum Cuiacio, *qualicunq; copulatione*, aut verbum iſtud inducamus, obiectiones Cuiacij ceſſant: ſiquidẽ copulationis verbum generale eſt, & nuptias quoq; cõprehendit, & de his in dubio explicandum eſt: &, ſi nimis late accipias, etiam continebuntur ex damnato coitu nati, qui vtiq; non ſuccedunt: & fuerit inepta cõſequentia, ſi ſublato eo verbo inferre propterea velis, excluſos intelligi à Iuſtin. qui ex nuptiis nati ſunt. Quin imo ſi ponas extra nuptias natos, aut erunt nati ex ſcorto, aut ex concubinatu. Illi nullo modo ſuccedunt patri, cum nec habeant patrem: hi certiſſimo quoque iure ab inteſtato patri non ſuccedunt, niſi ex *Nou.* 89. demum in duas vncias.

Atqui ſine dubio præſupponit Iuſtinianus tales liberos, poſtea natos, qui ab inteſtato ſuccedendi ius habeant: & caſum hunc tanquam magis dubitabilem, vt liberi antea nati, cum poſt natis ſuccedere poſſint. Et ridiculum ſit exiſtimare plus iuris habere liberos ex ſeruo manumiſſo & concubina ſuſceptos, quam ex concubina & eo, qui nunquam ſeruus fuit: & apertiſſimum eſt non tantum de matris, ſed etiam patris defuncti ſucceſſione tractari. Quæ faciunt, vt verbum *nuptiis* omnino ſit retinendum.

Et in primo argumento Cuiacij eſt cauillatio verbi *aliis*, neque neceſſum eſt id ſemper eſſe relatiuum ad aliud eiusdem plane qualitatis & conditionis: cum etiam oſtendimus *ad §. illud.* 10. *ſupra de nupt.* inter ſeruos quoque eſſe eſſentiam matrimonij: neque enim intelligimus ſeruum fœmina aliqua pro ſcorto, aut libidinis tantum gratia abuſum, ſed affectione quadam maritali cum ea, ſiue

ſeruo

ſerua, ſiue libera, conſueuiſſe. Nec mouet, quod ex Senatuſconſulto Claudian. mulier libera, quæ ſeruo alieno, ſe iunxiſſet, ipſa fiebat ancilla: vel quod denuntiationibus aliquot opus erat, de quo dicemus *infra tit.13.* & potuit ſeruus clam ſub fide coniugali propinqua ſpe libertatis, cum libera conſuetudinem habuiſſe: vel potius, quia Senatuſconſultum iſtud à Iuſtiniano ſublatum eſt.

Et hinc præter iam dicta, corruit alterum Cuiacij argumentum; & nimirum nihil abſurdi eſſe, dicemus, ſi potior ſit conditio liberorum, qui nati ſunt ex alterutro, vel vtroque parente ſeruo, quam qui ex concubina & homine libero nati ſunt: affectio enim coniugalis ibi præſumitur, ſed cui obſtitit ſeruilis conditio: quæ à Dd. quoque ratio differentiæ redditur: & ex iis Angelus hic, quod homo liber ſi velit, poteſt vxorem ducere, & ex ea iuſtos liberos ſuſcipere: id autem non eſt in poteſtate ſerui: & præſuppoſita affectione maritali, quæ conſiderato iure gentium primæuo non impeditur per ſeruitutem, poteſt etiam inter ſeruos dici coniugium, & liberi, quadantenus legitimi cenſeri, quod & ius Canonicum eſt ſecutum: de quo diximus *ad §. Illud 10 ſup de nuptiis.*

Tertiam obiectionem Cuiacij aut non intelligo, aut perſpicue Cuiacius errat, loquitur enim Iuſtinian. non de liberis poſt natis, qui ſuccedant ad ſimilitudinem, &c. ſed de ante natis, qui ad ſimilitudinem & inſtar & iure eorum, qui ex iuſtis nuptiis nati ſunt, ſuccedant. Et confutatur lectio Cuiacij ex conſtitutionis epitome, quam ipſe edidit *20. obſer, 34.* in qua diſerte legitur, vocari omnes liberos, & ante & poſt natos ἢ ἐκ τῶν αὐτῶν γάμων, ἢ ἐξ ἑτέρων. & ita & coniunctionem priorem videtur appellare γάμον, niſi forte intelligit nuptias poſt cum eadem fœmina contractas, vel cum alia; quæ optima ad hunc locum eſt interpretatio. Obiicitur autem hic *l. ex libera. 6. C. de ſuis & legit.* vbi dicitur, eum, qui ex libera & ſeruo conceptus eſt, pro ſpurio haberi. An cum Cuiacio dicimus textum eſſe fugitiuum, nec ad materiam ſucceſſionis ab inteſtato pertinere, ſed ad priuilegia decurionum. An accuſamus incuriam Triboniani, qui immemor hic fuerit cõſtitutionis nouæ. Vtiq; enim Codex quo vtimur poſt Inſtitutiones demum compoſitus fuit, vt apparet ex *l. vlt. C. de legit. hæredib.* Et ſane non poterit abſolui à culpa Tribonian. ſi cum Barone & Mynſ. per conſtitutionem cuius hoc loco mentio eſt, dicamus abrogatam *d. l. 6. C. de ſuis & legit.* Facilius admittam poſt iſtud ius nouum non amplius locum eſſe ſententiæ *l. is qui. 7. vnde cognat.* quæ etiam relata eſt *in fin. §. pen. ſup. de Cap t. dim.* quod ſeruus ſemel factus, manumiſſus non recipiat cognationem.

Neque enim alia eius eſt ſententiæ ratio, quam quod perinde hic habetur, ac ſi ſemper ſeruus fuiſſet; ſeruilis autem nulla cognatio eſt, & ſi qua ita dici poteſt, eius nullus effectus quoad ius ſuccedendi, eſt: Itaque non remouetur iſta obiectio per Cuiaciũ, qui manumiſſos ex conſtitutione Iuſtiniani tantum ait libertinis ſuccedere non aliis cognatis. Etenim certum eſt, ſtante illa ſententia *§. pen. inf. de capit. dimin.* nec his quidem poſſe ſuccedere manumiſſum.

Quin & amplius verior eſt opinio, quod ex ſententia Iuſtiniani, liberi in ſeruitute ſuſcepti & manumiſſi, non ſolum parentibus, nec ſolum fratribus in eodem ſtatu natis, ſed etiam poſtea natis ſuccedant, quod & Baro hic probat, & firmatur ex hoc textu, ex quo apparet, quod dicitur *in fin.* de liberis ex nuptiis aliis natis, non tantum pertinere ad ſucceſſionem parentum, ſed etiam ad mutuam ſucceſſionem liberorum inter ſe. Tanto abſurdius eſt, quod referente Acc. & magis probante, Ioh. defendit, nec quidem liberos ante natos & manumiſſos inuicem ſuccedere. Sed nimirum vſus eſt ille ſpeciali ratione, quod patronus præferatur fratri, per *l. liberto. 17. de bonis libert. l. 3. in pr. de ſuis & legit.* &, ne quis hæc iura abrogata dicat, per text. *in §. ſed noſtra. verſ. ſin autem tit. ſeq.* vbi Iuſtin. ait, ſi libertus inteſtatus deceſſerit, non relictis liberis conſeruare ſe patrono ius integrum, quod ex L. 12. tabb. habuit; atquin ex hac l. non dubitatur, prælatum

Rrrr 2 fratri

Commentarivs.

VErbum cognationis hoc tit. ſumitur generaliter, vt etiam agnationem comprehendat, quamuis ſane cum in §. *pen.* moneat Iuſtin. agnationis gradus eodem modo numerari: prædicta tantum ad cognationem retuliſſe videatur: ſed vtique exempla quæ ſingulis §§. proponuntur etiam agnatorum ſunt: qua de cauſa *Hott. d. §. pen.* refert ad prox. antecedés, hoc ſenſu, quod itidem agnationis gradus ita computandi ſint, vt ſemper perſona generata adiiciat gradum. E linea cognationis, in qua gradus collocantur, vt hic docet Iuſtin. eſt vel recta vel tranſuerſa. Illa eſt aſcendens & deſcendens: hæc vel æqualis vel inæqualis. In recta ſunt parentes & liberi: In tranſuerſa, fratres, & qui porro ab his deſcendunt. Semper autem in hac tractatione ponenda eſt perſona, de cuius cognatione, & quoad hanc materiam, ſucceſſione quæratur. Recta linea vtrimque incipit à gradu primo: quoniam quot generationes, tot gradus: &. ſi de patre quæras hic recta generat filium: & rurſus filius à patre recta eſt generatus, ſed tranſuerſa linea incipit à ſecundo gradu: neque enim generat frater fratrem, ſed fratrum coniunctio dependet à ſtipite patre: itaque à filio ad patrem aſcendendum, & ab eo rurſus ad alterum filium deſcendendum eſt, vt quo gradu vterque inter ſe ſit, poſſit cognoſci: nec ratio patitur, vt eodem gradu quo pater & filius, etiam frater diſtet à fratre, quod tamen non obſeruarunt Canoniſtæ, quibus etiam frater à fratre primo gradu diſtat. Et hoc late perſpicue & eleganter explicat Theoph. *ad pr. tit. de leg. agn. ſucc.* quod in linea tranſuerſa, cum quæritur, quoto gradu alter ab altero diſtet, ſit recurrendum & aſcendendum ad τὸ κοινὸν αἴτιον τῆς γενέσεως id eſt ad communem ſtipitem, & ab eo rurſus ad alteram perſonam de qua quæritur, deſcendendum. Et igitur fratrem eſſe ſecundo gradu, quia communis ſtipes eſt pater, ad quem ab vno fratre aſcenditur, & inde mox ad alterum deſcenditur. Hinc patruum eſſe tertio gradu: quia communis ſtipes eſt auus, ad quem duobus gradibus à me aſcenditur, & inde vno gradu deſcendendo inuenitur patruus meus.

T E X T V S.

1. Primo gradu eſt ſupra, pater, mater: infra filius, filia. Secundo gradu ſupra, auus auia, infra, nepos neptis: ex tranſuerſo, frater, ſoror. Tertio gradu, ſupra, proauus, proauia: infra, pronepos, proneptis: ex tranſuerſo, fratris ſororiſque filius, filia: & conuenienter, patruus, amita, auunculus, matertera. Patruus eſt frater patris, qui Græce πατράδελφος appellatur: Auunculus eſt frater matris, qui Græce μητράδελφος dicitur, & vterque promiſcuè θεῖος appellatur. Amita eſt fratris ſoror, quæ Græce πατραδέλφη appellatur: Matertera vero matris ſoror, quæ Græcè μητραδέλφη dicitur, & vtraque promiſcuè θεία appellatur.

Commentarivs.

1 *Auus vnde dictus, item auunculus.*
2 *Amita & matertera vnde.*
3 *De appellatione θεῖος.*

PErſpicua fere ſunt omnia, & quo ad res & verba, pater eſt filio primo gradu coniunctus, & hic illi: Eadem ratione nepos ab auo ſecundo gradu diſtat. Et hic in tranſuerſa linea incipit computatio. Tertius gradus ex tranſuerſo ſemper eſt in linea inæquali, verbi cauſa fratris filius, & patris frater: nec obſcuritatem habent aut dubitationem, nomina quæ hic referuntur & explicantur. Auum Feſtus ait dictum † vel ductum à Græca voce πάππος, vel à Græca voce πέπα, quod ſignificet magnum, mutatis quibuſdam literis: vel, 1
quod ad duos attineat, quaſi ad duum, vel quia ad patrem ſit additus. *Iſid. 8. orig. 5.* auum dictum

ctum ſcribit ab æuo, id eſt, antiquitate. Auunculum, idem Feſtus dictum ait, quod ſit æque tertius à me vt auus, ſed non eiuſdem iuris, ideoque vocabulo factam diminutionem: ſiue ita appellatum, quod aui locum obtineat, & proximitate tueatur ſororis filium. Ami-
2 tam idem † dictam refert, quia ſimiliter tertia à me atque auia: ex eo quod antiquioribus auita ſit vocata: vel quia à patre meo amata eſt: nam plus ſorores à fratribus, quam fratres diligi ſolent. De matertera denique idem Feſtus, eam dictam, quaſi matrem alteram. Græca nomina huius §. ſunt expeditæ ſignificationis: præterquam quod dicitur, Patruum & a-
3 uunculum vna voce θεῖος † dici, quomodo non ſemel in *Nou.* 118. *cap.* 3. ratio quidem nominis non apparet: ſed hac appellatione Græcos vſos fuiſſe apparet. Et in Lexicis vulgatis ſcribitur, πρὸς πατρὸς θεῖος, & ὁ πρὸς μητρὸς θεῖος, patruus & auunculus: & in Lexico Phauorini Camertis hæc extant. Θεῖος ὁ καὶ νίννος κοινῶς, πατρὸς ἀδελφός. Item Suidas in verbo τίθη, notat τηθίδας appellatas θείας τὰς πατρὸς ἢ μητρὸς ἀδελφάς, & mox τηθίς, θεία. πατρὸς ἢ μητρὸς ἀδελφή: & Lucianus quoque tom. 1. de vita ſua in pr. habet θεῖον πρὸς μητρός. Addamus huc ex Polluce, qui de verbis reliquis teſtimonium perhibet ὁ πατρὸς ἀδελφὸς πατράδελφος ἢ πάτρως. ὁ δὲ μητρὸς ἀδελφὸς θεῖος ἢ μητράδελφος ἢ μήτρως ἢ νίννος· ἡ δὲ πατρὸς ἀδελφὴ θεία ἢ πατράδελφη: ἡ δὲ μητρὸς θεία ἢ μητράδελφος, ἢ τηθίς. Hæc Pollux. Variat autem quo ad Græca verba huius §. lectio: & pro πατράδελφος & μητράδελφος, pleræque editiones, πατρῷον & μητρῷον habent; quam lectionem magis probat Ruſſardus: eamque Hottomannus & Weſembecius ſunt ſequuti, itemque Contius & Cuiacius, & ex Theophilo confirmatur: qui itidem non agnoſcunt illa verba, (quæ Græce πατραδέλφη appellatur (nec mox illa, (quæ Græce μητραδέλφη dicitur) quæ etiam notat abeſſe debere Ruſſardus, & vt ſpuria virgulis incluſit Gothofr. Et ſane Græci non efferunt compoſita fœminina terminatione: & diſerte Pollux ſupra citato loco patris & matris ſororem μητράδελφον & πατράδελφον dici ſcribit: itaque plane probabile eſt, Iuſtinianum noluiſſe ea repetere quæ iam dixerat de patruo & auunculo, pleræque etiam editiones in f. §. poſt verba *& vtroq; promiſcue* θείας, addunt, & à quibuſdam τίτθις, (alij τήθις) appellatur. *Cuiac. Hott. Cont. Weſemb. & Theophilus*, quamuis Theoph. ſæpe multa de ſuo vt paraphraſtes addat. Cæteroquin teſtantur Pollux & Suidas citatis locis θείαν etiam dici τίτθιν. Et Heſych. τηθὶς ἡ τῆς μητρὸς καὶ πατρὸς, ἡ καὶ κεκλημένη, καὶ ἡ τῶν γονέων ἀδελφή. Hæc pro curioſis.

TEXTVS.

2. Quarto gradu ſupra abauus, abauia, infra abnepos, abneptis: ex tranſuerſo, fratris ſororiſque nepos neptiſue: & conuenienter, patruus magnus, amita magna, id eſt, aui frater & ſoror: item auunculus magnus & matertera magna, id eſt, auiæ frater & ſoror: conſobrinus, conſobrina, id eſt, qui quæue ex ſororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte conſobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus ſororibus progenerantur, quaſi conſororinos: eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari: ſi autem ex duobus fratribus filiæ naſcantur, ſorores patrueles appellari. At eos qui ex fratre & ſorore progenerantur, amitinos proprie dici putant. Amitæ tuæ filij te conſobrinum appellant; tu illos, amitinos.

COMMENTARIVS.

1 *Matrueles qui ſint.*

CVm ſemper addita perſona per nouã generationẽ, addat gradum, perſpicua ratio eſt,

eſt, cur perſonæ hic enumeratæ ſint quarto gradu: in recta linea abnepos & abauus: quem *Iſid. 8. orig. 5.* putat dictum, quaſi longe ab auo: ſicut proauum, quaſi prope auum. Incipit autem hic in quarto gradu, ex tranſuerſo linea æqual s, in qua ſunt, qui ex fratribus & ſororibus vtrimque primo gradu progenerati ſunt: de quorum appellationibus ſatis prolixe hic Iuſtinianus: & de conſobrinorum nomine, an ſit commune etiam his qui ex fratribus naſcuntur, ſatis diximus *ad §.1. ſup. de legit. agn ſucc.* Patrueles Nonius in extremo ait eſſe marium fratrum liber s: ſcil. quod alias fratrum appellatione & ſorores continentur: & *Iſidor. 9. orig 6.* fratrum filios patrueles dici. Amitinos Nonius citato loco, fratrum, maris & fœminæ liberos eſſe ait: quod & hic refert Iuſtin. & apparet ſane dictos ab amita, quæ eſt patris ſoror, & ita amitæ meæ liberos. Et eadem diſtinctio huius §. refertur à *Paulo in l. vlt. §. quarto 15. verſ. matertera, de gradib.* in cuius fin. ait, omnes à plerisque generali nomine conſobrinos appellari: idemque *Caius in l.1. §.6. in f. de gradib.*

Amitæ tuæ filius.] Recte hinc notat Hottom. diſcrimen inter amitinos, & conſobrinos patruelesque. Nam duorum ſororum fratrumque filij inuicem ſibi ſunt conſobrini & patrueles: at duo inuicem non poſſunt ſibi eſſe amitini: nam ex amita mea & ſcil. patris ſorore natus mihi eſt amitinus: at ego ipſi non ſum amitinus, quia pater meus eſt ipſi auunculus, & conſequenter ego ipſi conſobrinus ſum: adeoque patet, conſobrini nomen ad ſororum duarum liberos reſtringi non poſſe. Videtur tamen amitinorum nomen laxius vſurpatum, vt vtrimque ex fratre & ſorore natos ſignificet, vt apud Nonium citato loco: & *Paul. in d. l. vlt. §.15. de gradib. & Caium in l.1. §. 6. eod. tit.* & confirmat *Cui. hic.* Sed quinam ſint matrueles *in l.1. ad L. Pomp. de parric.* Goth. ibid. interpretatur fratres ex eadem matre, qui ſunt ὁμομήτριοι. Sed quia præcedit *patrueles*, magis eſt vt ſint materteræ meæ, id eſt, duarum ſororum liberi: quod & hic probat *Cuiac. v. & Hottom. 5. obſ. 31.*

TEXTVS.

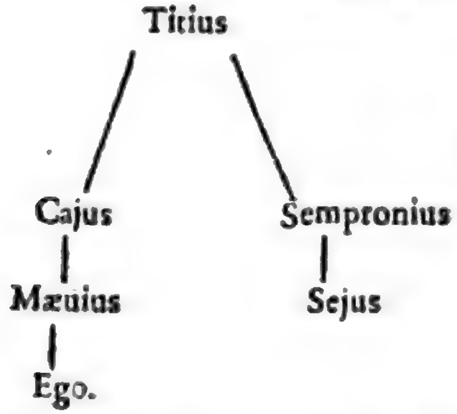
3. Quinto gradu ſupra, atauus, atauia: infra, atnepos, atneptis: ex tranſuerſo fratris ſororiſque pronepos proneptis: & conuenienter propatruus proamita, id eſt proaui frater & ſoror: & proauunculus & promatertera, id eſt, proauiæ frater & ſoror: item fratris patruelis, vel ſororis patruelis, conſobrini & conſobrinæ, amitini & amitinæ filius filia: propius ſobrino, propius ſobina: hi ſunt patrui magni, amitæ magnæ, auunculi magni, materteræ magnæ, filius, filia.

COMMENTARIVS.

1 *Propior ſobrino.*

IN linea recta, proauo & pronepoti additi duo gradus, abauus & atauus, item abnepos & atnepos faciunt quintum gradum. Sed in tranſuerſa, quoniam frater mihi ſecundo gradu eſt, conſequenter, qui huic in linea recta pronepos tertio gradu eſt, mihi quinto gradu eſt coniunctus: eodemque gradu proaui mei frater à me diſtat. Eodem gradu ſunt duorum fratrum hinc nepos inde filius: id eſt, conſobrini, patruelis vel amitini mei qui mihi quarto gradu eſt, filius aut filia: quib. ego propria appellatione dicor propior ſobrino: quoniam, vt iſtam appellationem hic explicat Iuſtin. ego ſum eius, qui ipſi eſt patruus magnus, filius, veluti in hoc ſchemate: (nam de hac appellatione & nomine proprioris ſobrini, controuerſia eſt, de qua pluribus ad §. ſeq.

Titius



Me Sejus dicit patruelis filium, ipſe mihi dicitur propior ſobrino, quoniam patruus meus magnus eſt Sempronius, aui mei frater, cuius filius eſt Seius. Et cum ſobrini ſint ſexto gradu, veluti ſi addas Seji filium, Lucium, qui meus eſt ſobrinus, qui huic in linea aſcendenti proximus eſt, propior ſobrino appellatur.

TEXTVS.

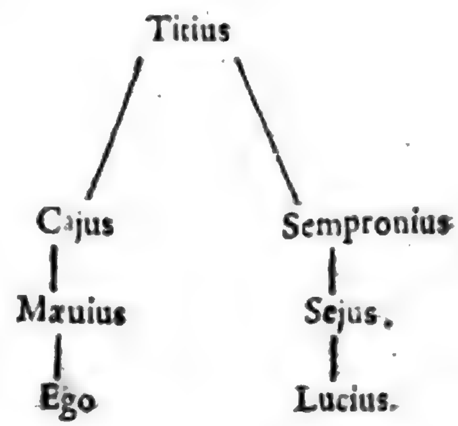
4. Sexto gradu ſupra, tritauus, tritauia: infra, trinepos trineptis: ex tranſuerſo, fratris ſororiſque abnepos, abneptis: & conuenienter abpatruus, abamita, id eſt, abaui frater & ſoror, abauunculus, abmatertera: id eſt, abauiæ frater & ſoror. Item, propatrui proamitæ, proauunculi, promaterteræ, filius filia. Item, propius ſobrino ſobrinave filius filia: Item, ſobrini ſobrinæ, id eſt, qui quæve ex fratribus, vel ſororibus patruelibus, vel cōſobrinis, vel amitinis progenerantur.

COMMENTARIVS.

1 *Tritauus vnde.*
2 *Propius ſobrino ſobrina.*

TRitauum dictum putat Iſidor. 8. *orig.* 5. quaſi tetrauum, qui ſit quartus ſupra auum. Inepte, vt vox ſit hybrida. Aperta ratio nominis mihi videtur, quod tritauus ſit tertius auus.

Nam primus auus eſt ſecundo gradu. Huius auus quarto gradu dicitur abauus: & huius rurſus auus, dicitur tritauus, qui auus eſt tertius, quem Theophil. τρίσπαππον vocat. Circa exempla lineæ tranſuerſalis non conueniunt exemplaria, & videtur ex textu prout illum deſcripſi aliquid expungendum eſſe. Abpatruum ſexto mihi gradu eſſe ſatis conſtat: item propatrui filium: itaque verba vſque ad, *promatertera filius filia*, omnino recte ſe habent: itemque quod eſt in fine, de ſobrinis, qui ſunt in ſexto gradu lineæ tranſuerſæ æqualis, nati ex patruelibus, vel conſobrinis (qui quarto gradu ſunt) videlicet vtrimque, Germani dicunt Nachgeſchwiſtrig. Neque porro video, quare proxime antecedentia verba omiſerint. Hottomannus & alij, *item conſobrini conſobrinæ nepos neptis*, qui enim conſobrino meo, quarto gradu mihi coniuncto, nepos eſt, is vtique mihi ſexto gradu eſt: & cum *in* §. *præced.* retulerit Iuſtin. conſobrini mei filium, qui eſt quinto gradu, probabile eſt, eum hoc quoque §. referre voluiſſe conſobrini mei nepotem: Illa ſolummodo verba ſuſpecta ſunt, *propius ſobrino ſobrinave filius filia*, & videntur eſſe à gloſſ. & ab interpretatione: faciunt enim ταυτολογίαν. Et ponatur huc ſchema.



Et initio explicandum accuratius eſt: quis ſit propior ſobrino, ſobrina. Et explicat Iuſtinia-

nianus *in §. præced. in fin.* eſſe patrui magni, amitæ magnę, &c. filium. Itaq; mihi Seius eſt propior ſobrino. Et nimirum vt recte ita quis dicatur, ratio ſuadet, vt ſit aut ſobrini filius, aut ſobrini pater. Aut ſobrini mei filius eſſe non poteſt, hic enim mihi eſt ſeptimo gradu. Ergo neceſſe eſt vt ſit ſobrini pater, qui mihi ſcilicet quinto gradu coniunctus eſt. Ex qua ratione efficitur, vt ego viciſſim Seio nō recte poſſim dici propior ſobrino, quia apertiſſimum eſt, me ſobrini neq; patrem, neq; filium eſſe. Itaq; propius ſobrino eſt, qui ſobrini mei pater, & patri meo conſobrinus eſt: quod latius confirmat *Ant. Auguſtin. 2. emend. 5.* Quoniam tamen iſta inter ſe habent relationem, ſicut ſupra diximus, amitinos vtrimq; dici & mutuo fratrum & ſororum liberos, cum tamen proprie loquēdo, amitæ meæ liberi mihi tantum ſint amitini, nō ego viciſſim illis amitinus ſim: ita quoq; fortaſſis obtinuiſſe videtur, vt viciſſim conſobrini mei filius mihi diceretur propior ſobrino, & ita in propoſito ſchemate ego quoq; Seio propior ſobrino dicar. Et ita ſane Sextus Pompejus, quem & Cuiac. hic probat, ſcriptum reliquit. Propius ſobrino mihi eſt, conſobrini mei filius, & patris mei conſobrinus. Vbi vtramque appellationem cōiungit. Et ita poſt Accurſ. Dd. vulgo acceperunt, §. *præced in fin.* quaſi verba, *propius ſobrino, propius ſobrina*, pertinerent ad explicationem præced. & conſobrini mei filius ita appelletur. Sed ſane licet admittamus iſtam alteram quoq; acceptionem cum Pompejo, quam citato loco improbat Ant. Auguſt. tamen probabilius eſt propriam ſignificationem à Iuſtin. in hunc titulum relatam eſſe: Et, ſi ſequaris Accurſium, verba *d. §. 5.* quæ ſequuntur, *Hi ſunt patrui, &c.* cōmodum ſenſum nullum admittunt. Itaq; omnino rectum eſt, quod cenſet Auguſtin. his verbis *d. §. 5. propius ſobrino, &c.* contineri nouum exemplum quinti gradus, quod mox explicetur *per ſeqq.* verba *hi ſunt &c.* ſcilicet, qui propius ſobrino ſobrina appellantur: quod itidem ex *l. 1. §. vlt. in fin. de gradibus* cōfirmatur. Sed vt redeamus ad rem noſtram, dico, quomodocunq; accipiamus propiorem ſobrino, tamen verba, quæ paulo ante notaui, *item propius ſobrino ſobrinave filius filia* eſſe inducenda. Nam ſi iuxta veram ſignificationem, propiorem ſobrino ponas patris mei conſobrinū, huius filius mihi ſobrinus eſt, & nempe in ſchemate Seij filius Lucius mihi eſt ſobrinus: atquin ſobrinorum nominatim *in fin.* §. huius eſt mentio. Sin ponas conſobrini mei filium mihi eſſe propiorem ſobrino, huius filius vtiq; cōſobrini mei nepos eſt; quod exēplum ibidem hoc §. proponitur: nec quidquā intereſſe poteſt, ſi in ſpecie propoſita, ex Lucio porro Mæuium addas, an hunc Mæuium Lucij filium, an Seij nepotem appelles. Itaq; eſſet ταυτολογία, ſi hoc iterū aliis verbis idem ſignificantibus repeteretur. Et vel hac de cauſa exiſtimo, retinenda eſſe verba huius §. *item conſobrini conſobrina nepos neptis*: quamuis illa nec Theophilus agnoſcat: à quo etiam abeſt, *verſ. Item propatrui*, nec neceſſum habuit Iuſtinianus, nimis multa exempla cumulare, ſed rem aliquibus ſaltem ob oculos ponere ſatis eſſe duxit: vtiq; hæc verba optimum ſenſum habent: & non recto iudicio Gothofr. ea expunxit: contra vero ea retinuit, quæ inducenda eſſe probauimus.

TEXTVS.

5. Hactenus oſtendiſſe ſufficiat, quemadmodum cognationis gradus numerentur. Namq; ex his palam eſt intelligere, quemadmodum vlteriores quoq; gradus, numerare debeamus, quippe ſemper perſona generata adiicit gradum: vt longe facilius ſit reſpondere, quoto quisq; gradu ſit, quā propria cognationis appellatione quemquam denotare. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur. Sed cum magis oculata fide, quam per aures animis hominum infigatur: ideo neceſſarium duximus, poſt narrationem graduū eos etiam iam præſenti libro inſcribi, quatenus poſ-

Digitized by Google

poſſint & auribus, & inſpectione oculorum adoleſcentes perfectiſſimam graduum doctrinam adipiſci.

COMMENTARIVS.

QVoniam plura cognationũ nomina ſunt, & ex relatis gradibus, quidam nomine careant, & cum alias nimis operoſum ſit futurum, gradus plures ita enumerare, Ideo Iuſtin. monet, ex hactenus dictis facile intelligi, quo modo porro gradus ſint numerandi, & ita inuenire, quo quisq; gradu ab altero diſtet: addita hac generali regula, quod ſemper generata perſona adiiciat gradum.

Adgnationis quoq.] De ſententia huius loci diximus *ſup. ad pr. huius tit.*

Magis oculata fide.] Pertinet ad locum communem, de ſenſibus, vter certior, & vtri magis fides habenda. Vulgatum illud eſt, teſti de auditu vix ac ne vix quidem fidem haberi. Sed eſt illud forte paulo hinc alienius. Et non fuerit difficile hic farcire centones. Notum eſt illud Horat. de arte Poët.

Segnius irritant animos demiſſa per aures,
Quam quæ ſunt oculis commiſſa fidelibus, & quæ
Ipſe ſibi tradit ſpectator.

Et ille apud Herodotum lib. 1. τὰ ὦτα, inquit, τυγχάνει ἀνθρώποισι ἐόντα ἀπιστότερα τῶν ὀφθαλμῶν. Auribus minus fidei tribuitur, quã oculis. *Ariſt. in lib. de ſenſu & ſenſili cap. 1.* κρείσσων ἡ ὄψις καὶ καθ' αὑτήν· πρὸς δὲ νοῦν κατὰ συμβεβηκὸς ἡ ἀκοή, quod ſtatim explicat; κατὰ συμβεβηκὸς εἰς φρόνησιν πλεῖστον ἡ ἀκοὴ συμβάλλεται μέρος, ὁ γὰρ λόγος αἴτιός ἐστι τῆς μαθήσεως ἀκουστὸς ὤν, οὐ καθ' ἑαυτὸν, ἀλλὰ κατὰ συμβεβηκός. Sed nolo plura: neque enim illa docere Iuriſconſulti officium eſt. Hæc autem deſcriptio ocularis Iuſtinianea iniuria temporum, aut negligentia deſcriptorum periit. Et teſtatur Contius in quibusdam manuſcriptis, aliquid vacui ſpatij hic relictum: ſed nusquam extare, nec vſquam aut cuiquam viſam illam deſcriptionem.

AD TITVL. VII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SERVILI COGNAtione.

TEXTVS.

Illud verum eſt, ad ſeruiles cognationes illam partem Edicti, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſio promittitur, non pertinere: nam nec vlla antiqua lege talis cognatio computabatur, ſed noſtra conſtitutione, quam pro iure patronatus fecimus, (quod ius vſq; ad noſtra tempora ſatis obſcurum, atque plenum nube, & vndique confuſum fuerat) & hoc humanitate ſuggerente conceſſimus, vt ſi quis in ſeruili conſtitutus cõſortio, liberum vel liberos habuerit, ſiue ex libera, ſiue ex ſeruilis cõditionis muliere, vel contra ſerua mulier ex libero, vel ſeruo habuerit liberos cuiuscunq; ſexus, & ad libertatem his peruenientibus, ii, qui ex ſeruili ventre nati ſunt, libertatem meruerint: vel dum mulieres liberæ erant, ipſi in ſeruitute eos habuerint, & poſtea ad libertatem peruenerint: vt hi omnes ad ſucceſſionem patris vel matris veniãt, patronatus iure in hac parte ſopito. Hos enim liberos nõ ſolũ in ſuorum parentum ſucceſſionem, ſed etiam alterum in alterius mutuam ſucceſſionem vocauimus, ex illa Lege ſpecialiter eos vocantes: ſiue ſoli inueniãtur, qui in ſeruitute nati & poſtea ſunt manumiſſi: ſiue vna cum aliis, qui

qui poſt libertatem parentum concepti ſunt, ſiue ex eodem patre, ſiue ex matre eadem, ſiue ex aliis nuptiis: ad ſimilitudinem eorum, qui ex iuſtis nuptiis procreati ſunt.

COMMENTARIVS.

1 *Cur iure ciuili nulla ſucceſſio inter natos in ſeruitute.*

2 *Emendatur textus.*

3 *An hi liberi ſuccedant cum aliis, & diſputatio pro lectione vulgata.*

NOtant Ruſſard. & Cont. in quibuſdam manuſcriptis non incipere hic nouum titulum: nec eſt etiam apud Theoph. in veteribus editionibus: quod idem notat Ruſſard. eoq; non ſatis bona fide agit Gothof. qui in editione ſua Inſtitutionum Theophili, noui tituli hic facit principium. Et apparet ſane eſſe textum iſtum partem quandam tituli *de cognat. ſucc.* ſicut & §. *ſeq.* ad totam hanc materiam ſucceſſionis pertinet: quæ ratio procul dubio mouit Cuiac. Hottom. & Weſemb. vt textum iſtum coniunctim cum *tit. præc.* explicarent. Et tamen cum Iuſtin. abrupta tractatione de ſucceſſione cognatorum, ſubiecerit titulum, *de grad. cognat.* cum quo iſta tractatio nihil commune habet, nō abſurde hinc nouus inchoatur titulus, qui vtiq; per *præced. tit.* à tractatu *de ſucceſſ. cognatorum* abſceſſus eſt: & monet Cont. licet in quibuſdam manuſcriptis non ponatur hic diſerte nouus titulus, aliquantum tamen vacui ſpacij eſſe relictum, ſed rem ipſam videamus.

Ait Iuſtin. certum eſſe, quod Edictum prætoris, quo cognatos vocat ad ſucceſſionem non pertineat ad cognationes ſeruiles: & nimirum licet ad libertatem iam peruenerint: nam dū adhuc in ſeruitute ſunt, ridicule quæratur, de cognatione ſeruorum quoad hunc effectum ſuccedendi: neq; adeo mutatio iuris ad hunc caſum pertinere poteſt: & vt ſeruus ab inteſtato ſuccedat aut hæredē habeat, prorſus eſt impoſſibile iure noſtro. Et quidem *in §. Illud. 10. ſup. de nupt.* ait Iuſtin. ſeruiles cognationes impedimenta nuptiis eſſe, ſi pater aut mater manumiſſi fuerint; quoniam in coniunctionibus naturalis pudor inſpicitur: ſed in iſta materia nul a cognationis (quæ naturaliter etiam inter ſeruos eſt) in ſeruitute contractæ habetur ratio, etiamſi poſtea manumiſſi fuerint. & liberi deceſſerint, quod etiam Vlp. ſcribit *l. 1. §. 2 vnde cogn.* itaq; ſi qua fœmina v. c. in ſeruitute ſuſceperit liberos, licet & mater & liberi manumiſſi fuerint, tamen matris defunctæ bonorum poſſeſſionem, nec ex capite, vnde cognati, liberi petere poſſunt, licet ea parte etiam ſpurij & vulgo quæſiti admittantur. Licet enim parentes & fratres quoque dicantur, qui ſerui ſunt vel fuerunt, tamen ad leges (ſcilicet de ſucceſſione tractantes) ſeruiles cognationes non pertinent, vt Paulus ſcribit *in l. vlt. §. non parcimus. 5. de gradib.* Ita ius conſtitutum eſt, ſed ratio huius iuris non immerito quæritur. Et ICti citatis locis reuera principium petunt, dum ſaltem affirmant ſimpliciter, cognationem hanc ad leges vel Edictum prætoris non pertinere, & Vlp. *in l. 1. §. 2. vnde cognat.* ſubdubitans, quaſi, nec, enim, inquit, videtur facile eſſe ſeruilis cognatio. Atquin imo, ſi dicimus iure naturali omnes homines eſſe æquales oportet vtique ſemel & hoc fateri, iure naturæ ſeruos quoq; eſſe ſibi inuicem cognatos: & vt. q; parentū & fratrum nomina, ſunt cognationis nomina, quæ tamen ſeruis tribui nec audet negare Paulus *in d. l. vlt. § non parcimus. 5. de gradib.* Quod ſi nulla eſſet plane cognatio, neque in prohibendis nuptiis attendi poſſet: quod contra eſt, §. *illud ſup. de nupt. l. adoptiuus 14. §. Idem 3. de rit. nupt.* vbi etiam dicuntur ſeruiles affinitates. Et vt fateamur, durante ſeruitute nullam haberi poſſe in hoc quidem materia iſtius cognationis rationem: at poſtquam liberi facti ſunt, & in ſtatum eum reducti, in quo omnes homines ab initio natura quaſi produxit *arg. §. 2. ſup. de iure nat. & pr. ſup. de libertin.* quid ni ratio haberi poſſit cognationis illius naturalis, quam præſertim in Edicto, vnde cognati ſpectaſſe prætorem Iuſtinianus refert *in §. 1. de ſucceſſ. cognat.* Sed ita placuit Romano

mano

mano Legiſlatori: aliud vero viſum nec immerito fuit Iuſtiniano, qui pergit hoc textu. Ait:

Sed noſtra conſtitutione.] Eam non exſtare inter Leges Iuſtiniani conſtat: Epitomen eius & Latinam & Græcam ex Baſilicis edidit *Cuiac.* 20. *obſ.*34. vbi tamen præcipue de ſucceſſione libertorum agitur: & de ea mox aliquid dicemus. Accuſat autem more ſuo veterem Iuriſprudentiam, quod ante eum ius patronatus fuerit nube plenum & obſcurum. At imo iuris Romani tractatio facilior eſſet, ſi ab eo manus abſtinuiſſet Tribonianus, qui dum tot nouas Leges identidem condit, omnia magis obſcura reddidit & intricauit.

Humanitate ſuggerente conceſſimus.] In ſumma diſpoſuit, vt liberi ex alterutro vel vtroque parente ſeruo nati, vbi ſcilicet & parentes & liberi cōſecuti ſunt libertatem eo tempore quo de ſucceſſione quæritur & parentibus & ſibi inuicem ſuccedere poſſint. Et hoc enim exhaurit omnes caſus, quod diximus, ſiue liberi ex vtroque parente ſeruo, vel alterutro, id eſt, vno ſeruo, altero libero, fuerint nati: quod Iuſtinianus diſtinctius & latius proponit: ſi, inquit, ſeruus liberos habuerit, ſiue ex libera, ſiue ex ſeruilis conditionis muliere: & contra, ſi ſerua mulier, ſiue ex libero, ſiue ex ſeruo habuerit liberos. Et cum præter hos nullus alius poſſit caſus dari, non animaduerto, quorſum pertineat, quod paulo poſt ſequitur, & quid addat noui: *vel dum mulieres erant liberæ, ipſi* (*ſcilicet* patres, *in ſeruitute eos habuerint.* hic enim vtique eſt caſus iam ante propoſitus, quo ſeruus liberos ex muliere libera ſuſcipit. Video ea verba in omnibus editionibus exſtare: nec vllus Interpretum in dubium ea vocat, nec hunc tamen ſcrupulum remouet, aut explicat, quod in iſtis verbis diuerſum à ſuperioribus contineatur: ſed & otioſa ſunt, quæ proxime iam relata verba ſequuntur: *& poſtea ad libertatem peruenerint*, hoc enim iam ante latis dictum erat in verbis: *& ad libertatem his peruenientibus* (parentibus ſcilicet) *qui ex ſeruili ventre nati ſunt libertatem meruerint.* vtique enim vt de ſucceſſione quæri poſſit, & parentes & ex eis natos, liberos eſſe oportet.

Ideoque hunc *verſ.* † *vel dum mulieres* vſq; ad 2
verbum *peruenerint*, vt qui ineptam prioris partis repetitionem continet, omnino inducendum puto: ſuadente id ratione, vt tollatur putida ταυτολογία, tum etiam autoritate Theophili, apud quem hæc tantum habentur: vt ſi ſeruus liberos ſuſtulerit, ſiue ex libera, ſiue ſerua: aut ex contrario ſerua mulier, ſiue ex libero, ſiue ſeruo liberos pariat: & contingat ſeruum patrem, aut ſeruam matrem liberari, & liberos quoque ex ventre ſeruili nati (nam ex libera nati, licet ſeruo patre liberi ſunt. cum partus ventrem ſequatur) libertatem adepti fuerint, licentiam habeant ad parentis ſucceſſionem venire.

Et veniunt igitur hi liberi ad parentum ſucceſſionem, patronatus iure in hac parte ſopito: vt hic ait Iuſtin. nam vt titulo ſequenti habetur ex conſtit. Iuſtin. omnino excluditur patronus per liberos & in ſolidum. Et apparet hoc intelligi, vbi de eius parentis ſucceſſione quæritur, qui ſeruus fuit: cæteroquin quæſtio nulla eſt de iure patronatus.

Sequitur alius ſcrupulus & nodus † *in verſ.* 3
ſiue ſoli inueniantur, quæ continent ampliationem: quod hi liberi non tantum ſuccedant, cum ſoli ſunt, ſed etiam ſuccedant & concurrant, cum aliis, qui poſtea ex parentibus iam manumiſſis, nati ſunt. Et hoc quidem in matre nihil abſurdi habet, cui liberi quomodocunque nati etiam ex SCto Orphitiano ita ſuccedunt, vt omnibus quoq; agnatis præferantur, vt diximus *ad* §. *pen. ſup. de SCto Orphit.* In patre autem pluſculum dubitationis habet maxime vti concurrant cum his, qui ex nuptiis nati ſunt, vt *in fin. huius.* §. *legimus.* Itaque cum hoc abſurdum videretur, non defuerunt, & ex eorum numero *Cuiac.* & *Hottom.* qui textum corruptum putarent. Et Cuiac. hic ita legendum cenſet, *ſiue ex eodem patre, ſiue ex eadem matre, ſiue ex aliis qualitercunq; copulatione nati, ad ſimilitudinem coniuncti*, vt ſaltem cum his concurrant, qui itidem extra nuptias procreati à patre iam libero fuerunt; quam lectionem etiam repræſentauit

ſerua, ſiue libera, conſueuiſſe. Nec mouet, quod ex Senatuſconſulto Claudian. mulier libera, quæ ſeruo alieno, ſe iunxiſſet, ipſa fiebat ancilla: vel quod denuntiationibus aliquot opus erat, de quo dicemus *infra tit.13.* & potuit ſeruus clam ſub fide coniugali propinquâ ſpe libertatis, cum libera conſuetudinem habuiſſe: vel potius, quia Senatuſconſultum iſtud à Iuſtiniano ſublatum eſt.

Et hinc præter iam dicta, corruit alterum Cuiacij argumentum; & nimirum nihil abſurdi eſſe, dicemus, ſi potior ſit conditio liberorum, qui nati ſunt ex alterutro, vel vtroque parente ſeruo, quam qui ex concubina & homine libero nati ſunt: affectio enim coniugalis ibi præſumitur, ſed cui obſtitit ſeruilis conditio: quæ à Dd. quoque ratio differentiæ redditur: & ex iis Angelus hic, quod homo liber ſi velit, poteſt vxorem ducere, & ex ea iuſtos liberos ſuſcipere: id autem non eſt in poteſtate ſerui: & præſuppoſita affectione maritali, quæ conſiderato iure gentium primæuo non impeditur per ſeruitutem, poteſt etiam inter ſeruos dici coniugium, & liberi, quadantenus legitimi cenſeri, quod & ius Canonicum eſt ſecutum: de quo diximus *ad § Illud 10 ſup de nuptiis.*

Tertiam obiectionem Cuiacij aut non intelligo, aut perſpicue Cuiacius errat, loquitur enim Iuſtinian. non de liberis poſt natis, qui ſuccedant ad ſimilitudinem, &c. ſed de ante natis, qui ad ſimilitudinem & inſtar & iure eorum, qui ex iuſtis nuptiis nati ſunt, ſuccedant. Et confutatur lectio Cuiacij ex conſtitutionis epitome, quam ipſe edidit 20. *obſer*, 34. in qua diſerte legitur, vocari omnes liberos, & ante & poſt natos ἢ ἐκ τῶν αὐτῶν γάμων, ἢ ἐξ ἑτέρων. & ita & coniunctionem priorem videtur appellare γάμον, niſi forte intelligit nuptias poſt cum eadem fœmina contractas, vel cum alia; quæ optima ad hunc locum eſt interpretatio. Obiicitur autem hic *l. ex libera. 6. C. de ſuis & legit.* vbi dicitur, eum, qui ex libera & ſeruo conceptus eſt, pro ſpurio haberi. An cum Cuiacio dicimus textum eſſe fugitiuum, nec ad materiam ſucceſſionis ab inteſtato pertinere, ſed ad priuilegia decurionum. An accuſamus incuriam Triboniani, qui immemor hic fuerit cōſtitutionis nouæ. Vtiq; enim Codex quo vtimur poſt Inſtitutiones demum compoſitus fuit, vt apparet ex *l. vlt. C. de legit. hæredib.* Et ſane non poterit abſolui à culpa Tribonian. ſi cum Barone & Mynſ. per conſtitutionem cuius hoc loco mentio eſt, dicamus abrogatam *d. l. 6. C. de ſuis & legit.* Facilius admittam poſt iſtud ius nouum non amplius locum eſſe ſententiæ *l. is qui. 7. vnde cognat.* quæ etiam relata eſt *in fin. §. pen. ſup. de Cap t. dim.* quod ſeruus ſemel factus, manumiſſus non recipiat cognationem.

Neque enim alia eius eſt ſententiæ ratio, quam quod perinde hic habetur, ac ſi ſemper ſeruus fuiſſet: ſeruilis autem nulla cognatio eſt, & ſi qua ita dici poteſt, eius nullus effectus quoad ius ſuccedendi, eſt: Itaque non remouetur iſta obiectio per Cuiaciū, qui manumiſſos ex conſtitutione Iuſtiniani tantum ait libertinis ſuccedere non aliis cognatis. Etenim certum eſt, ſtante illa ſententia *§. pen. inſ. de capit. dimin.* nec his quidem poſſe ſuccedere manumiſſum.

Quin & amplius verior eſt opinio, quod ex ſententia Iuſtiniani, liberi in ſeruitute ſuſcepti & manumiſſi, non ſolum parentibus, nec ſolum fratribus in eodem ſtatu natis, ſed etiam poſtea natis ſuccedant, quod & Baro hic probat, & firmatur ex hoc textu, ex quo apparet, quod dicitur *in fin.* de liberis ex nuptiis aliis natis, non tantum pertinere ad ſucceſſionem parentum, ſed etiam ad mutuam ſucceſſionem liberorum inter ſe. Tanto abſurdius eſt, quod referente Acc. & magis probante, Ioh. defendit, nec quidem liberos ante natos & manumiſſos inuicem ſuccedere. Sed nimirum vſus eſt ille ſpeciali ratione, quod patronus præferatur fratri, per *l. liberto. 17. de bonis libert. l. 3. in pr. de ſuis & legit.* &, ne quis hæc iura abrogata dicat, per text. *in §. ſed noſtra. verſ. ſin autem tit. ſeq.* vbi Iuſtin. ait, ſi libertus inteſtatus deceſſerit, non relictis liberis conſeruare ſe patrono ius integrum, quod ex L. 11. tabb. habuit; atquin ex hac l. non dubitatur, prælatum

fratri liberti fuiſſe patronum. Et videtur iſte *verſ.* cum hoc textu *in verſ. hoc enim*, implacabiliter pugnare. Et quod patroni ius ſit potius quam fratris, hinc quoque confirmant Interpp. quod patronus præteritus omnimodo habet bonorũ poſſeſſionem contr. tabb. iuxta *tit. ſeq.* ſed frater præteritus non niſi turpi perſona inſtituta impugnare poteſt teſtamentum. Bart. ad hunc tit. ait, quod Iuſtin. ſuſtulerit ius patroni, vbi exiſtunt liberi, fratres vel parentes liberti. At enim id repugnat textui citato ex *tit. ſeq* vbi diſerte Iuſtin. patrono reſeruat ius antiquum, ſi libertus liberos non habeat. Sed neq; expedit nodum, quod Fab. & alij reſpondent, verba huius loci, de mutua ſucceſſione, non de fratribus inter ſe, ſed inuicẽ de liberis & parentibus eſſe accipienda. Etenim iuxta *d. §. ſed noſtra verſ. ſin autem tit. ſeq.* excluditur patronus tantum per liberti liberos, non etiam per eius parentes. Et ex ratione iuris veteris potior in ſucceſſione fratrum quam parentum ratio & cauſa fuit arg. *l. 2. C. ad Tertull. in pr. ſup. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt. verſ. ſi vero.* Deinde etiam, & verbis repugnare mihi & menti Iuſtiniani videtur, vt quod de mutua ſucceſſione hic dicitur, reſtringatur ad liberos & parentes. Ait enim Iuſtinianus: ſe hos liberos non ſolum in parentum, ſed etiam alterum in alterius ſucceſſionem admittere: quod ſane Latine loquentibus & intelligentibus ſignificat liberos ipſos inuicem ſibi ſuccedere, quod & probat diſerte conſtitutionis Græca epitome ex Baſilicis edita à *Cuiac. 20. obſ. 34.* καὶ αὐτοὺς τοὺς παῖδας εἰς τὴν ἀλλήλων κληρονομίαν καλεῖσθαι βούλεται ἡ διάταξις addit autem eſſe παραδοξότερον: & ibidem additur, parentes quoq; ſuccedere libertis, & huiuſmodi perſonis, parentibus, liberis & fratribus extantibus, patrono non fieri locum: quod profecto non conuenit cum *§. ſed noſtra tit. ſeq.* & tamen vna conſtitutione hęc omnia definita ſunt, & ergo erunt coniungenda. Illud vero cõmentum eſt, quod *Robert. 2. lect. rec. 24.* ſcribit Iuſtin. ita *in §. ſed noſtra*, locutum eſſe, quod rarius contingeret, vt liberi vna & parentes manumiſſi eſſent, cæteroquin ſi ſuperſint & parẽtes & fratres liberti eos potiores eſſe patrono: & adeo abſurdius eſt, vt idem putet obtinuiſſe ante Iuſtin. nõ obſtantibus text. *in l. 3. in pr. de ſuis & legit. l. liberto. 17 de bon. lib.* qui etiam ſint reſtringendi ad caſus, quo fratres non ſuperſint: abſurde inquã, cum patronus veniat quodam agnatorũ iure & libertus nullos habeat agnatos: vt tanto abſurdius etiam iure quodã agnationis Robertus fratres liberti venire cõtendat. Prorſus ait *in d. §. 3.* Iuſtin. ſe liberto inteſtato ſine liberis mortuo cõſeruare ius integrum, quod habuit ex L. 12. tabb. atquin ex eo iure certum eſt, nec patrem, nec fratres liberti vocari potuiſſe, cum non eſſent agnati, ſed ſatis hæc fuit ratio Lex duodecim tabular. quod libertus nec patrem, nec fratres habere potuerit, cum cognationis ſeruilis habita fuerit ratio nulla: quod cũ mutauerit Iuſtin. etiam fratrem præferre patrono non eſt à ratione alienum, per ea, quæ dicuntur *ad §. ſunt autem de bon. poſſ.* de ea bonorum poſſeſſione, quæ datur decem perſonis. Dicerem alias deciſionem huius loci procedere, ſaluo iure tertij, & ſi non concurrat patronus. Hic enim fuit vnicus ſcopus Iuſtiniani, vt quod ante non habebant, ſuccedendi ius, perſonæ *hic* enumeratæ, id conſequerentur noua iſta conſtitutione, quæ ante nullo modo ſuccedere poterant. Nec vno caſu contingere poteſt, vt patronus non concurrat: Quid enim ſi ipſe aut liberi eius mortui ſint? Quid ſi repudiet bonorũ poſſeſſionem aut ſucceſſionem? quid ſi libertus orcinus ſit? aut aliquid aliud acciderit, ob quod ſuccedere patronus nõ debeat, vt in ſpecie *l. ſed* [illegible] 10 *in pr. & §. 1. de in ius voc.* & in ſynopſi conſtitutionis de iure patronatus, quam edidit *Cuiac. 20. obſ. 34. in pr.* multæ referuntur ſpecies etiam ex iure veteri, quibus ius patroni ceſſat. Sin hoc non placet, dicendum eſt Iuſtin. *inf. vt ſeq.* oblitum ſui, aut caſum quo parentes aut quicunq; fratres nõ adſunt cogitaſſe. Sed nimis multa de re, cuius hodie nullus aut exiguus vſus. Nobis nihil inexplicatũ prætermittere conſtitutum eſt. Deniq; addo vti hoc textu Iuſtinianum verbo fortaſſe an nõ Latino, *liberum* pro filio: de quo diximus *ſup. ad § hoc quoque 2. per quas perſ. nob. adq.*

TEX-

TEXTVS.

1. Repetitis itaq; omnibus, quæ iam tradidimus, apparet, non ſemper eos, qui gradum parem cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius, ne eum quidem qui proximus ſit cognatus, ſemper eſſe potiorem. Cum enim prima cauſa ſit ſuorum hæredũ, & eorum quos inter hæredes ſuos enumerauimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti, potiorem eſſe, quam fratrem aut patrem matremue defuncti: cum alioquin pater quidem & mater, vt ſupra quoq; tradidimus, primum gradum cognationis obtineãt, frater vero ſecundum, pronepos autem tertio gradu ſit cognationis, & abnepos quarto. Nec intereſt, in poteſtate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus vel ex emancipato, aut ex fœminino ſexu propagatus eſt. Amotis quoq; ſuis hæredibus, & quos inter ſuos hæredes vocari diximus, adnatus, qui integrũ ius habet agnationis, etiamſi longiſſimo gradu ſit, plerumq; potior habetur, quam proximior cognatus: nã patrui nepos vel pronepos, auunculo vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet: aut pariter vocari eos qui cognati ſunt: quoties neq; ſuorum hæredum, quiq; inter ſuos hæredes ſunt, neq; agnationis iure aliquis præferri debeat, ſecundum ea quæ tradidimus: exceptis fratre & ſorore emancipatis, qui ad ſucceſſionem fratrum vel ſororum vocantur: qui etſi capite deminuti ſunt, tamen præferuntur ceteris vlterioris gradus agnatis.

COMMENTARIVS.

ABſoluto tractatu de ſucceſſione, quæ iure ciuili ex cognatione defertur, monet non ſemper eum præferri qui proximior eſt gradu, ſed aliquando gradu remotiorem eſſe potiorẽ: quod oſtendit initio exemplo ſuorum hæredũ & qui inter eos à prætore vel ex conſtitutionibus vocantur: & quod nimirum abnepos qui quarto gradu eſt, præferatur defuncti patri, & fratri, qui ſunt primo & ſecundo gradu. Si accuratius rem intuearis, dicitur iſtud non valde ſubtiliter. Nam vbi de prærogatiua gradus quæritur, oportet concurrere eos qui ſunt in eodem ordine ſuccedendi. Et ex L. 12. tabb. ſunt duo ordines, ſuorum & agnatorum. Poſt ordinem totum ſuorum, vocat L. 12. tabb. demum agnatos. Itaque non poteſt concurrere agnatus cum ſuo, qui propter hoc quod ſuus eſt, citra aliquam cõſiderationem gradus præfertur agnato. Vbi autem ſui cum ſuis, & agnati cum agnatis concurrunt, tum demum quæritur, vter prior ſit gradu: vbi rurſus in ordine ſuorum conſtat locum eſſe iuri repræſentationis, ex ipſa L. duodecim tabularum: quo iure poſito dici rurſus ſimpliciter non poteſt, quod remotior concurrat cum proximior: ſiquidem in ſuis id obtinet, vt remotior patris vel aui verbi cauſa præmortui locum occupet & in eum ſubintrando, gradu eodem cenſeatur, quo eſt, imo fuit eius pater. In ordine agnatorum ius repræſentationis, (extra liberos fratrum concurrentes cum patruis ex *Nou.* 118. *cap.* 3.) non habet locum, vbi diſtinguendum initio ex Iuriſprudentia media, (cuius meminit Iuſtin. *in* § *ceterum* 3. *ſup. de leg. t. agn. ſucc.*) eſt, inter maſculos & fœminas, quod cum eo iure hæ licet agnatæ, non haberent ſuccedendi ius extra ſorores conſanguineas, efficitur, vt maſculus etiam remotior, prælatus fuerit fœminæ proximiori: Iſto iure ſublato, fœminæ iuxta cum maſculis agnatis ex prioritate gradus vocabuntur. Nam itidem inter ſe conferendi ſunt, non cum cognatis, quod iterum inſubtiliter fit *in h.* §. *verſ. amotis.* quoniam cognati ſunt de-

n[illegible]um in tertio ordine. Et ſicut ſine conſideratione gradus, ſui propter hoc quod ſui ſunt, agnatis: ita hi viciſſim quocunque gradu ſint, toti ordini cognatorum anteferuntur; præterquam quod Iuſtinianus *in §. hoc quoque ſup. de legit. agn. ſucc.* vnum gradum cognationis in ordinem & ius agnatorum tranſtulit: qui proinde in eras agnatos eſt referendus. Etenim, ſicut quoad ſucceſſionis ius nihil intereſt, an ſint reuera ſui, an ex Edicto prætoris, vel ex principum conſtitutionibus inter ſuos vocentur, vt hic docet Iuſtin. *in verſ. nec intereſt.* (vbi meminit emancipatorum & nepotum ex filia, de quibus ſup. *tit. 1. §. pen. & vlt.*) ita quoque non intereſt, an quis vere agnatus ſit, an ius agnatorum poſteriori aliqua Lege acceperit, cuiuſmodi ſunt liberi & matres, hinc inde ex SCtis Tertulliano & Orphitiano, iuxta ſup. tradita *tit. 3. & 4.* Itemque frater emancipatus ex conſtitutione Anaſtaſij, & ex Lege Iuſtiniani eius liberi quoque, vt tractatum *ſup. §. 1. de ſucceſſ. cogn.* adeoque rurſus parum ſubtiliter in extremo tituli frater & ſoror emancipati ſpecialiter excipiuntur: (propter quos etiam videtur in *verſ. amotis in prin.* vſus verbo *plerumque.* cæteroquin matres & liberi quoque excipiendi fuiſſent: ſicuti nec recte hoc loco cognationis verbum vſurpatur confuſim, modo in ſpecie, vt tantum iis competat, qui ex tertio ad ſucceſſionem ordine vocantur: modo in genere, vt competat etiam agnatis. In ſumma, regula hæc firmiter ſtatuenda eſt, Quod qui ſunt in eodem ordine ſuccedendi, præferantur vel admittantur ex gradus prærogatiua, quem obtinent vel vere vel repræſentatiue. Itaque cum hodie ſublata differentia agnationis, vnus ſit ordo ſuccedendi agnatorum & cognatorum, nulla quoque amplius prærogatiua, ordo agnatorum cognatorum ordinem excludere poteſt: ſed totus ille collateralis ordo excluditur per deſcendentes & aſcendentes, (hos enim nouos tres ordines fecit Iuſtinianus) exceptis fratribus vtrimque coniunctis, qui cum defuncti parentibus admittuntur, vbi autem concurrunt duo ordines ſuccedendi, non quæritur de gradu, ſed qui in priori eſt, omnimodo excludit poſteriorem. Idque eleganter hic docuit Theoph. ordo, inquit, (nec enim libet deſcribere Græca verba) ordini præfertur: & qui in priori eſt ordine, etſi poſterior ſit gradu, (ſcil. quam is qui eſt in ſecundo ordine) quia ordine potior eſt, potior quoque eſt in hæreditate: tunc vero fit comparatio graduum, cum plures perſonæ ex eodem ordine veniunt. Hæc Theophilus. Ex iis autem quæ dixi, ſumenda eſt explicatio *l. in ſucceſſione 9. C. de legit. hæred.* vbi Impp. reſpondent, ſororem potiorem eſſe auo materno & auia. Nimirum ex Tertulliano SCto vocabatur tantum mater, vt ſoror conſanguinea cum ea concurreret *§. 3. ſup. de SC. Tertull.* ex quo mater quaſi agnata admittebatur, & conſequenter procul dubio excludebat ſororem vterinam, quæ non niſi ex tertio ordine cognatorum venire poterat: ſicut & eodem ordine demum vocabantur auia & auus maternus. Et adeo omnino de ſorore conſanguinea *d. l. 9.* accipienda eſt, quæ iure agnationis auiam excludebat. Cæteroquin omnino affirmo, ſororem vterinam & auiam ex tertio ordine cognatorum, vtpote gradu pares, ſimul admiſſos fuiſſe. Sed Iuſtinianus quoq; ſorori vterinæ ius agnationis dedit *in §. hoc quoq. ſup. de legit. agn. ſucc. & in §. ſed cum 5. de SC. Tertull.* vbi eam cum matre, quam omnibus aliis agnatis anteponit, admittit: poſt quod ius, fatebor, vterinam quoque ſororem, auia in ſucceſſione eſſe potiorem: & ob hoc forte detractum fuit à Triboniano ex *d. l. 9. C. de legit. hæred.* verbum, *conſanguineam*, ſed hodie poſt N. 118. auia quoque cum ſorore & fratre defuncti concurrit; & ſororem vterinam excludit.

AD TITVLVM VIII. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SVCCESSIONE *libertorum.*

TEXTVS.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum ſuum impune teſtamento præterire: nam L. 12. tabularum ita demum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, ſi inteſtatus libertus mortuus eſſet, hærede ſuo nullo relicto. Itaque inteſtato mortuo liberto, ſi is ſuum hæredem reliquiſſet, patrono nihil in bonis eius iuris erat. Et ſiquidem ex naturalibus liberis aliquem ſuum hæredem reliquiſſet, nulla querela videbatur: ſi vero adoptiuus fuiſſet filius, aperte iniquum erat, patrono nihil iuris ſupereſſe.

COMMENTARIVS.

VArium & multiplex hoc tit. ius refertur, de ſucceſſione libertorum, id eſt, quomodo iis ſuccedatur. Primum eſt ex L. 12. tabb. quod & refert *Vlpian. tit vlt. in princ.* ſecundum quod ius libertus aut teſtatus decedit aut inteſtatus. Priori caſu nullum ius in bonis liberti habet patronus, niſi ſi quid ipſe libertus ipſi legauit, aut eum hæredem inſtituit, teſtamentum autem liberti quo impugnet, remedium nullum habet: Poſteriori caſu poſt ſuos hæredes, ſed ante omnes alios agnatos vocabatur patronus *h. text. l 3. de ſuis & legit. l. liberto 37 de bon. libert.* Adeo apparet, quod patronus acceperit ex L. 12. tabb. ius agnationis & agnatorum, ſed vt primo & potiori gradu collocaretur. Nam & agnatus teſtamento licite excludi poterat, & ab inteſtato poſt ſuos vocabatur. Idque etiam eſt, quod ſcribit Vlp. in *l. 2. §. 1. vnde legit.* ea parte edicti etiam deferri libertinorum poſſeſſionem bonorum: quod ita intelligo vt deferatur patronis, cum liberti non habeant agnatos. Ex illa autem parte conſtat vocari agnatos, & qui quacunque Lege iura agnatorum acceperunt. Duplici autem iniuria hoc ius 12. tabb. laboraſſe videtur 1. quod patronus per quemuis hæredem ſcriptum extraneum quoque excludebatur. 2. cuius hic meminit Iuſtin. quod non tantum per ſuos hæredes, liberos ex iuſto matrimonio natos, ſed etiam per adoptiuos ab inteſtato excludebatur patronus, atque ita in poteſtate erat liberti. per commentum adoptionis, vt vocatur in *l fideicommiſſa 76. de condit. & dem.* efficere vt excluderetur patronus. Sed prius illud pendebat à poteſtate libera teſtandi, quæ L. 12. tab. cuiuis erat permiſſa: tum conſtat per adoptiuos quoque liberos, omnes alios coniunctiſſimos, etiam defuncti parentes excluſos fuiſſe. Et cur igitur patronus conqueratur iniuriam factam ſibi, quam ferre coguntur parentes? Putat Hott. ideo mutatum à prætore ius 12. tabb. & plus conceſſum patrono, quod alias domini nimis duras conditiones ſeruis manumiſſis imponere, & ita libertos onerare ſolebant, arg. *l. 1. de bonis libert. l. 2. de operis libert.* futuri enim hic ſunt mitiores, ſi mortuo quandoque liberto ſciant plenius ſibi de iure ſuccedendi eſſe cautum.

TEXTVS.

1. Qua de cauſa poſtea prætoris Edicto hæc iuris iniquitas emendata eſt: ſiue enim faciebat teſtamentum libertus, iubebatur ita teſtari, vt patrono partẽ dimidiam bonorum ſuorũ relinqueret: & ſi aut nihil, aut minus dimidia parte reliquerat, dabatur patrono cõtra tabulas teſtamenti partis dimidiæ bonorũ poſſeſſio: Siue inteſtatus moriebat, ſuo hærede relicto filio adoptiuo, da-

uo, dabatur æque patrono contra hunc ſuum hæredem partis dimidiæ bonorum poſſeſſio. Liberto autem prodeſſe ſolebant ad patronum excludendum naturales liberi, non ſolum quos in poteſtate habebat mortis tempore, ſed etiam emancipati, & in adoptionem dati; ſi modo ex aliqua parte erant ſcripti hæredes, aut præteriti bonorum poſſeſſionem contra tabb. ex edicto prætorio petierant: nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.

Commentarivs.

SEquitur ius prætorium: quod tamen non plene ſatis exponit Iuſtinianus. Ego ita diſtinguendum cenſeo. Patronus decedit aut inteſtatus, aut teſtatus. Illo caſu ſiquidem non relinquat liberos, procul dubio iure 12. tabb. ſuccedit in ſolidum patronus. Liberi ſunt aut naturales, id eſt (ita enim accipiuntur, dum opponuntur adoptiuis) nati ex legitimo matrimonio, aut adoptati. Contra hos in dimidiam partem bonorum admittitur patronus *Vlp. in f. pr. tit. vlt. h. §. verſ. ſiue inteſtatus*. Naturales liberi aut ſunt ſui & mortis tempore in poteſtate, quibus prætor ius 12. tabb. integrum reliquit, vt nimirum in ſolidum excluderent patronum: (quod colligitur ex *d. verſ. huius* §. vbi prætor tantum contra adoptiuos dicitur dediſſe bon. poſſeſſionem) aut non ſunt in poteſtate: & hi vel ſunt in familia aliena, aut non ſunt: veluti emancipati qui ſe aliis adrogandos non dederunt: Et hi procul dubio excludũt patronum in ſolidum, ſiquidem ex Edicto prætoris ius ſuorum hæredum habent, vt ſupra non vno loco diximus, & inprimis *ad* §. 3. *de exhæred. lib. &* §. 9. *de hær. ab int.* Illi autem qui tum in aliena familia ſunt, cum ius ſuccedendi non habeant, præterquam ex tertio capite, cum cognatis §. *at h.* 10. §. *Eadem* 12. *cum* §. *ſeq.* nec poterunt excludere patronum. Nam quod in *f. huius* §. dicitur, de liberis in adoptionem datis ad caſum quo inſtituti ſunt pertinet; ſed quid ſi liberi ſui abſtineant, vel emancipatus repudiet bon. poſſeſſionem? Crediderim admitti patronum: cæteroquin locus fieret agnatis aut cognatis, quibus ſane potior eſt patronus. Hic primus eſt principalis caſus, liberti inteſtato defuncti: ſequitur alter, quo teſtamentum fecit. Et hic aut reliquit liberos, aut non reliquit. Et hoc caſu omnino datur patrono contra liberti teſtamentum bonorum poſſeſſio partis dimidiæ. Liberi aut ſunt adoptiui, & eſt omnimodo idem ius: aut naturales: Et duplex diſtinctio eſt, tum, quam modo propoſuimus inter eos qui tempore mortis in aliena familia ſunt aut non ſunt, tum an ſint inſtituti, an exhæredati, an vero ſint præteriti: Ego ſecundum iuris rationem has conſtituo propoſitiones. Exhæredati liberi indiſtinctè non repellunt patronum, *h. §. in f.* in genere enim & de omnibus liberis verum eſt, quod ibi dicitur: hoc ita, ſtante teſtamento: Quid ſi enim liberi per querelam euerterint teſtamentum, ſane excluderetur tum patronus. Querela autem poſſunt vti liberi ſui & emancipati, ſed qui eo tempore in poteſtate & familia ſunt aliena, nõ puto vti poſſe querela: & in horum perſona inutilis & minime neceſſaria eſt exhæredatio, cum neq; ab inteſtato ius ſuccedendi habeant, nec per bon. poſſ. contra tab. teſtamentum impugnare poſſint. Quod attinet ad præteritos, patet ex iam dictis remouẽdos hinc, qui tempore mortis ſunt in familia aliena, qui non poſſunt vllo remedio contra teſtamentum venire: ſed tractatio hæc pertinet ad ſuos & emancipatos, & omnino eos qui tum in aliena familia non ſunt. Et hi aut vtuntur iure ſuo, aut non vtuntur. Ius quo vti poſſunt, eſt in ſuis, ius dicendi teſtamentum nullum: in vtriſq; bonorum poſſeſſio contra tabulas. Hoc ſi vtãtur, excluditur patronus: ſi non vtantur, nõ excluditur: Et tum ſuo iure contra hæredes ſcriptos, petita bon. poſſ. in dimidiã partem vtetur patronus. Idq; in emancipatis liquidũ eſt, cum iure valeat teſtamentũ. Suo abſtinente res redigitur ad cauſam inteſtati, vel potius cum teſtamentum ſit nullũ res initio eſt in cauſa inteſtati. Itaq; idem erit, quod ad caſum præced. diximus, ſi ſuus abſtineat,

nec

nec præterea alii ſint liberi, fore patronum potiorem. Denique tertius caſus liberorum eſt inſtitutorum. Et hic iſtud ſingulare eſt, quod etiam qui in adoptionem dati & ita in familia aliena ſunt, inſtituti excludunt patronum, vt diſerte à Iuſtin. hic ſcriptum eſt *in verſ. prodeſſe*, ad hos enim communiter cum emancipatis pertinet, quod ibi de inſtitutis iis hæredibus ſcriptum eſt, nam quod de bon. poſſ. contra tabulas adiicitur, ad emancipatos debet referri ſolos, cum ea bonorum poſſeſſio non detur iis, qui tempore mortis in aliena familia exiſtunt. §. *Eadem* 12. *ſup. de hered. ab int.* in quo aperte labitur Hottom. hic. Et diſerte vt diximus hæc diſtinguit Theophilus. Inſtituuntur liberi vel in ſolidum, vel pro parte. Illo caſu in ſolidum excludunt quoque patronum: cui fit nulla iniuria, cum ab inteſtato illum excluſuri quoque fuiſſent, ſui videlicet & emancipati. Nam quod attinet ad datos in adoptionem, qui ab inteſtato cum non excluſiſſent patronum, nec videntur in ſolidum quaſi in fraudem patroni inſtitui potuiſſe. An forte hoc datum eſt naturali affectioni & pietati, quæ manet erga liberos, etiam in adoptionem datos? quæ tamen cauſa ex ratione iuris veteris non ſatis momenti habet, quo pater adoptiuus in ſolidum fiebat hæres, vt merito in adoptionem datio & ſecuta inſtitutio in fraudem patroni facta videri poſſit, & forte non ſine cauſa mentionem facit Iuſtiniani inſtitutionis *ex parte*. Quod ego quidem in medium relinquo. Quo ad ſuos & emancipatos, qui ab inteſtato in ſolidum ſuccedebant, crediderim ſi ex parte tantum ſcripti hæredes fuiſſent, dato extraneo cohærede, contra hunc pro dimidia patroni ius integrum fuiſſe non ſecus ac ſi in ſolidum inſtitutus fuiſſet: ceteroquin potuiſſet facile fraudem comminiſci libertus, inſtituto filio in portione, quę legitimam faciebat, in reliquis partibus, adiectis cohæredibus extraneis.

(?)

TEXTVS.

2. Poſtea vero Lege Papia adaucta ſunt iura patronorũ, qui locupletiores habebant libertos. Cautum eſt enim, vt ex bonis eius, qui ſeſtertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quam tres liberos habebat: ſiue facto teſtamento ſiue inteſtatus is mortuus erat, virilis pars patrono deberetur. Itaque cum vnum quidem filium filiamve hæredem libertus reliquerat, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac ſi is ſine vllo filio, filiave inteſtatus deceſſiſſet: cũ vero duos duasve reliquerat hæredes, tertia pars debebatur patrono: ſi tres reliquerat, repellebatur patronus.

COMMENTARIVS.

Tertium hoc ius eſt, ex Lege Papia, quæ ius anterius conſeruauit & reliquit ſuo loco in liberto pauperiori, ſed ſi locupletior eſſet libertus & qui centum millia in bonis habebat adauxit ius patronorum: nam cum ex edicto quoque prætoris omnimodo per liberos patronus excluderetur, Papia Lex ſiue ab inteſtato, ſiue facto teſtamento libertus eſſet mortuus, patronum cum duobus liberis in viriles partes admiſit: vbi adeo vnicus ſupererat filius, conſequebatur patronus dimidiam partem hæreditatis, & conſequenter, eam quam ſi iuxta prætoris edictum libertus teſtatus deceſſiſſet ſine liberis: quoniam hoc caſu bonorũ poſſeſſionem in partem dimidiam patrono dabat prætor. Ita enim legendum eſt, & emendandus textus, qui habet, *inteſtatus*. ſiquidem inteſtato mortuo ſine liberis liberto & ex L. XII. Tabb. & ex edicto prætoris patronus in ſolidum ſuccedebat liberto, vt ex *pr. & §.1. h.t.* & quæ ibi diximus, apparet. Et ita *Cuiacius 3. obſ. 3.* & huic emendationi aſſentitur paraphraſis Theophili, quippe qui ponit libertum mortuum

eſſe ἐπὶ διαθήκῃ. Et iſtam emendationẽ probant Hotto. Ruſſar. Cont. Pacius W'eſemb. Et fruſtra lectionẽ vulgatã defendit *Rober. 2. rec. lect.* 24. vbi contendit liberto mortuo inteſtato, agnatos (abſurde liberto tribuit agnatos) & ſcil. fratres concurrere cum patrono, *ex pr. ſup. de ſeruil. cognat.* cuius ſententiam ibidem quoque exploſimus: nec vſquam pictum aut ſcriptum eſt ab inteſtato, cum patrono concurrere aut parentes, aut fratres liberti: & cur potius in dimidiam concurrunt fratres, & nõ in tertiam, aut in viriles? & *in d. pr. tit. praeced.* ſimpliciter loquitur Iuſtinianus admitti fratres, ſiue, vt volunt alii, parentes liberti, vt appareat ibi de ſucceſſione in ſolidum agi, maxime cum ibi pariter agat de iure ſuccedendi liberorum liberti, qui ſane ex ſententia Iuſtiniani omnimodo etiam vnus aut duo, præferuntur patrono, qui cum iis ex L. Papia concurrebat, vt in *fin. huius* §. traditur.

Seſtertium centum millium.] Denarius apud Rom. antiquitus fuit decem aſſium, quod ipſum nomen arguit, poſt autem ſeruato eodem nomine ſedecim aſſium fuit. Itaque cum in denario eſſent quatuor ſeſtertii, cõſequens eſt, ſeſtertium initio duos aſſes & dimidium ſeu ſemiſſem, poſt quatuor aſſes valuiſſe, quæ petenda ſunt ex *Budæo de aſſe. & Hottoman. in lib. de re numm.* qui accurate refutat Budæum exiſtimantem, ſeſtertium maſculino genere ſignificare nummum, & in denario eiuſmodi nummos quatuor eſſe, (quod verum eſt) ſeſtertium autẽ neutro genere ſignificare mille ſeſtertios. Docet ibidem enunciandi vſum fuiſſe olim duplicem, vt interdum plena oratione diceretur: quinquaginta ſeſtertiûm millia: interdum præciſe, quinquaginta ſeſtertiûm. Et igitur Iuſtinianus hoc loco plenam orationem vſurpauit, dum dicit, patrimonium centum millium ſeſtertiûm ſiue ſeſtertiorum: Africanus autem *in l. liberto 26. de bon. lib.* procul dubio per *octoginta*, totidem millia ſeſtertiûm intelligit. Pluribus in hanc tractationem excurri non eſt inſtituti noſtri: monendum hoc ſaltem fuit, ne quis à Budæo in errorem induceretur, ſecundum cuius ſententiam ingens hæc nimis ſumma fuerit, ſi ſeſtertia de mille ſeſtertiis explices, & neutro genere ſeſtertia hic à Iuſtiniano dicta accipias: & vero recte docet Hottom. d. loco, ſeſtertium, neutro genere à probis Latinis autoribus vſurpatum non fuiſſe, niſi quod poetæ metri cauſa ita eo verbo abuſi fuerint, non tamen pro nummo, ſed vt ſubintelligerent millia. In eo autem conuenit inter Budæum, Hottom. Agric. & reliquos, vltra nongenta millia ſeſtertiûm vel ſeſtertiorum non pronuntiaſſe Romanos, ſed cum ad mille millia ventum eſſet, tunc aduerbio numerandi vſos decies ſeſtertiûm, & porro ita extuliſſe. Iſtud non iniuria quis quæſiuerit, quæ ratio fuerit, definiendi locupletiorem libertum, ex patrimonio, centum millium ſeſtertiorum. Fortaſſis hæc reddi poſſit non improbabilis, quod cenſus is apud veteres dicebatur, qui centum millia ſeſtertiûm poſſideret, & hanc profeſſionem in cenſum detuliſſet, vt ſcribit *Aſcon. Ped. in orat. 3. Verr.* quæ dicitur de prætura vrbana. Atque ita neceſſum eſt veterem rationem plane immutatam fuiſſe, auctis ciuitatis opibus. Nam vt conſtat ex Liuio & Dionyſio Halicarnaſſeo, cum Seruius Rex primo cenſum cõſtitueret, fecit quatuor claſſes eorum qui bona in cenſum deferebant & ære cenſebantur, & in primum, qui centum millium æris, in ſecunda, qui LXXV. in tertia qui quinquaginta, in vltima qui XXV. poſſidebant, collocauit. Et cum vt diximus ſeſtertius poſtea quatuor aſſibus æſtimaretur, efficitur, vt tum, qui XXV. millia ſeſtertiûm poſſideret, haberet eum cenſum qui maximus fuit ætate Seruii Regis. Ita videtur κατ' ἐξοχὴν cenſus dictus, qui maximum olim cenſum poſſidebat, ſubrogatis in locum aſſium, ſeſtertiis. Et hanc ſummam centum millium ſeſtertiûm, confeciſſe olim cenſum Decurionum, patet ex *Epiſt. Plinii ad Romanum 19. lib. 1.* & ex eodem cenſum equeſtrem fuiſſe CCCC. millium, & Senatorum fuiſſe DCCC. millium, ampliatum ab Auguſto docet *Sueton. in Auguſt.*

Digitized by Google

Auguſto cap. 41. Ita vetus illa ſumma in omnibus procul dubio aucta, imo noua plane conſtituta fuiſſe videtur, quoniam ſumma huius §. centum millia, conficiunt CCCC. millia aſſium. Et cum qui tantum poſſideret, placuit pro locupletiore haberi, & in eiuſmodi liberto patroni ius augeri.

TEXTVS.

§. Sed noſtra conſtitutio, (quam præ omni natione Græca lingua compendioſo habito tractatu compoſuimus) ita definiuit huiuſmodi cauſam, vt ſiquidem libertus vel liberta minores ſint centenariis, id eſt minus centum aureis habeant ſubſtantiam, (ſic enim Papiæ Legis ſummam interpretati ſumus, vt pro mille ſeſtertiis vnus aureus computetur) nullum locum in eorum ſucceſſione patronus habeat, ſi tamen teſtamentum fecerint. Sin autem inteſtati deceſſerint, nullo liberorum relicto, tunc ius patronatus, quod erat ex L. XII. Tabularum integrum reſeruauit. Cum vero maiores centenariis ſint, ſi hæredes, vel bonorum poſſeſſores liberos habeant, ſiue vnum ſiue plures, cuiuſcunque gradus vel ſexus, ad eos ſucceſſiones parentum deduximus, patronis, cum ſua progenie omnibus modis ſemotis. Sin autem ſine liberis deceſſerint, ſiquidem inteſtati, ad omnem hæreditatem, patronos patronaſque vocauimus. Si vero fecerint quidem teſtamentum, patronos autem aut patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes, eos exhæredauerint, vel mater ſiue auus maternus eos præterierint, ita quod non poſſint argui inofficioſa teſtamenta eorum, tunc ex noſtra conſtitutione per bonorũ poſſeſſionem contra tabulas, non dimidiam, vt antea, ſed tertiam partem bonorum liberti conſequantur, vel quod deeſt eis ex noſtra conſtitutione repleatur, ſi quando minus tertia parte bonorum ſuorum libertus vel liberta eius reliquerit, ita ſine onere, vt nec liberis liberti libertæve ex ea parte fideicommiſſa vel legata præſtentur, ſed ad hæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis caſibus à nobis in cõſtitutione præfata congregatis, quos neceſſarios eſſe ad huiuſmodi iuris diſpoſitionẽ perſpeximus, vt tam patroni patronæque, quam liberi eorũ, nec non qui ex tranſuerſo latere veniunt, vſque ad quintum gradum ad ſucceſſionẽ libertorum libertarumve vocentur, ſicut intelligendum eſt ex ea conſtitutione. Et, ſi eiuſdem patroni vel patronę, vel duorum duarumque pluriumve liberi ſint, qui proximior eſt, ad liberti vel libertę vocetur ſucceſſionem, & in capita, non in ſtirpes diuidatur ſucceſſio, eodem modo & in iis, qui ex tranſuerſo latere veniunt, ſeruando. Pene enim conſonantia ingenuitatis & liberti natis iura in ſucceſſionibus fecimus.

COMMENTARIVS.

NImis loquax eſt Tribonianus, cuius ſententiam ſtrictim & ſummatim proponamus. Libertus eſt aut pauperior, cuius patrimoniũ eſt infra centum millia ſeſtertium, vel infra cẽtum aureos (de qua re mox dicemus) aut eſt locupletior quem Iuſtin. centenarium dicit. Vterque aut moritur inteſtatus aut teſta-

teſtatus. Si inteſtatus, ſiquidē liberis relictis, quocunque numero, vel vno tantum, & omnino excluditur patronus, (atque ita derogatum eſt Legi Papiæ, quæ cum vno aut duobus liberis patronum admittebat) ſin ſine liberis in ſolidum, ſicut olim ex L. XII. Tabb. admittitur patronus: & de ſententia *tit. ſup. de ſeruil. cogn. in pr.* qui huic loco repugnare videtur, ibidē diximus. Intelligendi ſunt autem liberi naturales nō adoptiui. *arg. pr. ſup. h. t.* Si teſtamentum fecit libertus, diſtinguitur inter centenarium & minorem centenario. Hic teſtamento facto impune poteſt præterire patronum, adeo licet non habuerit liberos, ſed alios heredes inſtituerit *h. §. verſ. ſiquidem* atque ita reditum hactenus ad ius antiquum XII. Tabb. quod refertur *in pr. tit.* Ille aut nullos liberos habuit, & datur contra hæredem ſcriptum bonorum poſſeſſio in tertiam partem, aut quod deeſt ſuppletur, ſi minus relictum ſit: quomodo diſceditur ab Edicto prętoris, ex quo bon. poſſeſſio contra Tabb. in dimidiam partem dabatur *§. 1. h. t.* ſin liberos habeat libertus, itidem diſtinguendum eſt, ſicut diximus *ad §. 1. h. t.* an ſint præteriti, an exhæredati an inſtituti, & an ſui an non ſui, an in poteſtate morientis an extra eam & in aliena familia: quæ huc repetenda ſunt: cum ſit eadem plane ratio: nam & quod *in fin. d. §. 1.* dicitur, exheredatos non excluſiſſe patronum, intelligitur de caſu, quo vel non poſſunt mouere querelam inofficioſi liberi, quem caſum *hoc §.* proponit Iuſtin. vel in ea ſuccumbunt, vel querelam repudiant, qui duo caſus iure eodem vtuntur. Hæc ſumma eſt conſtitutionis Iuſtinianeæ, iam verba quædam textus videamus.

Pro omni natione Græca lingua.] Iam enim imperio in Oriētem tranſlato, ante 200. annos, Græcæ linguæ vſus latius patebat, quam Romanæ ſiue Latinæ.

Compendioſo tractatu.] Quam compendioſa fuerit iſta conſtitutio, quæ non exſtat, iudicium facere licet, ex prolixa Epitome quam refert Cuiac. 20. *obſ.* 34.

Minus centum aureis.] Ergo pro centum millibus ſeſtertium, computat Iuſtinianus centum aureos. Iſtud vero minime liquidum eſt. Glarean. *ad lib. 1. Liuii*, centum millia æris, qui primę claſſis cenſus erat, cōficere docere centum minas, & cum talētum Atticum haberet 60. minas, & talentum iſtud æſtimari ſoleat ab eius rei peritis, 600. coronatis, cōſequenter 100. minæ fecerunt mille coronatos. Et cum, vt diximus, ſeſtertius poſt valeret quatuor aſſibus, centum millia ſeſtertium fecerunt, CCCC. millia æris, & ita IV. millia coronatorum, à quo immane quantum abit, vt pro C. millibus ſeſtertium cētum aurei computentur. Plane efficitur ex dictis, quod centum aſſes confecerint aureum vnum, & conſequenter centum ſeſtertii, aureos quatuor. Conuenit, quod *Budæus 5. de aſſe*: dena millia æris, explicat de centum coronatis. Plane autem diſcrepat Hottoman. qui in lib. de re numar. cap. de aureo Iuſtinianeo, & hic ſcribit, centum ſeſtertios, tantum aureum confeciſſe. Et alterutram opinionē falſam eſſe oportet, vix enim quis dicere poſſit, fortaſſis poſt minuta æſtimatione monetæ, ſeſtertiū vnum, & quatuor aſſes, nouos, tantum fuiſſe pretio vnius aſſis antiqui, quomodo & Budæus, pro mille ſeſtertiis decem aureos cōputat. Quod ego ſane non exputo. Sed & iuxta Hottomanni computationem centum millia ſeſtertium, non centum, ſed mille aureos efficiunt. Itaque Hottomannus pro *centum* ſubſtituit *mille*, & viciſſim pro *mille* legēdum cenſet, *centum in pr. h. §.* hoc modo, *ſi minus mille aureis habeant ſubſtantiam, (ſic enim L. Papiæ ſummam interpretati ſumus, vt pro centum ſeſtertiis vnus aureus computetur*:) quod & Weſemb. ſed præterea nemo probat. Et me vel præcipue mouet authoritas Theophili, qui aureum per *νόμισμα* exponit, & diſerte addit, *ὥστε τὰ χίλια σηστέρτια ἓν νόμισμα ποιεῖν*, id eſt, ita vt mille ſeſtertia faciant vnum aureum, & ſiquidem hæc erat vetus ratio, vt centum ſeſtertii facerent vnum aureum, & eam ſequi propoſitum fuiſſet Iuſtiniano, nulla interpretatione opus fuiſſet.

Ait

Digitized by Google

Ait autẽ Iuſtinian. ſe ita L. Papiæ ſummam interpretatum eſſe vt appareat eum ab veteri illa computatione diſceſſiſſe, vel quod tum & ipſius ætate cenſus & facultates hominum eſſent imminutæ, vel vt Baro hic ait, in fauorem patronorum, vt his facilius locus eſſet, & quidem contra alios hæredes, quippe cum contra Legem Papiam omnimodo per liberos, etiam per vnum, patronum excludi diſpoſuiſſet. Sed & Epitome edita à Cuiacio 20. *obſ.* 34. diſerte exprimit ἑκατὸν νομισμάτων. Et facit contra Hottomann. quod Iuſtiniani ætate imminuto aureorum pretio, conſtat non amplius 48. aureos, vt olim, ſed 72. aureos libram confeciſſe; & omnino apparet Iuſtinianum hactenus à L. Iulia Papia & veteri æſtimatione recedere voluiſſe.

Sin autem ſine liberis.] Liberi omnino iuxta Iuſtinianum excludunt patronum; quod de liberis naturalibus, non adoptiuis accipiendum ſupra monui; nec adeo dubito errare Hottom. qui per liberos quoque adoptiuos patronum excludi putat; cum ipſe Iuſtinian. in *princ. h. tit.* dicat, aperte iniquum eſſe, vt patronus excludatur per hos liberos adptiuos; & mox in §. 1. per edictum prætoris emendatam fuiſſe hanc iniquitatem; neque ſit veroſimile, hanc iniquitatem reducere voluiſſe Iuſtinianum. Et inepto argumento vtitur Hottomann. quod Iuſtinianus hic in *fin. huius text. & infr. de bon. poſſ. in §. ſed eas verſ. cumque antea* exæquarit libertinorum & ingenuorum ſucceſſionem; nam & in *fin. h. text.* addidit, *pene*, & exæquatio procedit in terminis comparabilibus, ingenui autem non habent patronum, de cuius excluſione queri poſſit. Et decidit hoc diſerte epitome conſtitutionis Iuſtinianeæ relata à Cuiacio 20. *obſ.* 34. ſub fin. his verbis ἐὰν δὲ οὗτοι παῖδας ἔχωσιν οἱ ἐλευθερωθέντες, ἢ οἱ πάτρωνες, τούτους δὲ καὶ ὑπεξουσίους ἔχωσιν, οὐ δεχόμεθα ἐν τάξει ἡμῶν, ἀλλὰ ἐν τάξει ἐξωτικῶν. Si autem adoptiuos liberos habeant, aut liberti, aut patroni, hos etiamſi in poteſtate adhuc ſint, non recipimus in numero, vel ordine liberorum, ſed in numero extraneorum.

Vel mater ſiue auus maternus.] Horũ enim pręteritio pro exheredatione eſt, & plane fuit etiamnum hoc iure; ſed quod iſtud mutatum poſt ſit nouo iurę per N. 115. *cap.* 3. *ſup. de inoffic. teſt.* oſtendimus.

Bon. poſſeſſionem contra tabb.] Notanda hic differentia bonorum poſſeſſionis, quę liberis & quæ patronis datur. Nam illa quidem necdum adita hæreditate contra lignum dari dicitur; hæc autem demum adita hæreditate, *l. illud in pr. 4. de bon. poſſ. cont. tabb. l.* 3. *§ vt patronus* 5. *de bon. lib.* Cuius differentiæ hanc rationem Dd. reddere ſolent, quod bonorum poſſeſſio quæ liberis datur totum euertit teſtamẽtum ſed quæ datur patrono, tantum partem, itaq; fieret vt libertus pro parte eſſet teſtatus & inteſtatus; quod ante aditam hæreditatem admitti nequit, vt not. Fab. hic. tum etiam facit, ꝙ ius liberorum plenius & certius eſt & omnimodo ijs competit, ob hoc ſolũ, quod præteriti ſunt, ſed ius patroni habet ſuos limites, & contradictore adeo eſt opus, qui cauſam contra patronum tueatur.

Ex conſtitutione noſtra ſuppleatur.] Procul dubio intelligit conſtitutionem *l. omnimodo* 30. *C. de inoff. teſt.* vt hactenus eadem ſit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere.] Et hic quoque exæquata à Iuſtiniano eſt portio patrono debita, liberorũ legitimæ; & à veteri iure diſceſſum; quo portio dimidia patroni, quę debebatur ex edicto prętoris, poterat & legatis grauari, & vniuerſali quoque fideicommiſſo, vt docet *l.* 4. *de cond. & demon.* & apertius *l. ſi eius* 64. §. *vlt. ad Trebell.* hactenus ſcilic. ſi fideicommiſſa & legata liberis præteritis, vel etiam exhæredatis relicta eſſent: nec immerito: ſiquidem liberi ex edicto prætoris, ſiue inſtituti, ſiue nullo teſtamento facto, in ſolidum ab inteſtato patronũ excludebant. Itaq; ad legata vel fideicommiſſa liberis tantum relicta hoc refero; & reſtringo cũ alias ſi liberi præteriti, bon. poſſeſſione contra tabb. patris teſtamentum euertiſſent, parentib. etiam relicta conſeruarentur: quoniã & hi ius ſuccedendi habẽt; atquin vt Theoph. *in pr. huius tit.* vere ſcribit, liberti non cenſeãtur

Digitized by Google

tur habere parentes, cum in ſeruitute reali eſſent, cuius cognationis nullam olim habitam rationem fuiſſe in ſucceſſione diximus *ad pr. tit. praced.*

Multis aliis caſibus.] Cum conſtitutio cuius meminit, perierit, quid diſpoſitum ea fuerit, non aliũde quam ex hoc loco & ſæpe memorata epitome, quæ apud *Cuiac.* 20. *obſ.* 34. extat, reperi poteſt. Illud autẽ obſeruandum, ꝙ non tantum ius ſuccedendi liberto habeant patroni & eiũs liberi, ſed etiam agnati eius vſque ad gradum quintum: probatur ex *l.* 3. §. *vtique* 6. *de ſuis & leg.* in qua cum agatur de hæreditate liberti; dicitur & poſtumus (videl. patroni,) admitti, & remorari *ADGNATOS* ſequentes. Item in *l. liberto* 17. *de bon. li.* proximos admitti ſimul ait ICtus poſt patronum aut patronam; hos n. præmortuos eſſe ponendum eſt, cum nemo vna cum patrono vel patrona admitti poſſit, per ea quæ iam dicemus. An autem L. 12. tabb. hic gradus quintus ſit definitus, an conſtitutione Iuſtiniani, non liquet. Ita ſane definit conſtitutio apud *Cuiac.* 20. *obſ.* 34. vt, qui ex obliquo etiam patrono cõiuncti ſunt gradu quinto, ad ſucceſſionem liberti loco ſuo vocentur. Tractant Dd. an quod de quinto gradu dicitur, æque ad deſcendentem lineam pertineat; quod magis putant, quia coniunctim de vtraque linea loquatur textus: Sed non tamen ita coniunctim vt nõ poſſit reſtringi ad lineam tranſuerſam. Sed rem decidit (ſi illi fides) epitome apud *Cuiac.* 34. *lib.* 20. ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν τὸν ἀπελεύθερον id eſt, vſque ad quintum gradum, qui ex tranſuerſo coniuncti ſunt patrono, & ab ipſo deſcendentes, ſuccedant liberto.

Qui proximior eſt.] Proximus gradu vocatur ad ſucceſſionem liberti, ex patroni liberis vel agnatis, & ita vt hæreditas diuidatur in capita, non in ſtirpes, vt mox additur. Et ita ius eſſe refertur quoq; in liberis plurium patronorũ, vt remotior excludatur à proximiori. Et igitur ſi ex vno patrono ſit filius, ex altero nepos, filius ſolus ſuccedit & præfertur nepoti. Vlp. *tit.* 27. §. 1. *de lib. ſucc.* Eademq; ratione patronus ſuperſtes, alterius prædefuncti patroni filium excludit *Vlp. d. loco* §. 1. cũ quo conuenit Iulianus in *L. ſi libertus* 23. §. 1. *de bonor. lib.* & citato loco Vlp. plurium patronorum liberos nõ in ſtirpes, ſed in capita ad liberti ſucceſſionem admitti ſcribit. Adeoq; hactenus nihil noui à Iuſtin. conſtitutum apparet. Neque mouet, quod ſupra *tit.* 1. *in* §. *cum filius* tractatur liberos in locum parentum ſubintrare, & nõ in capita ſed in ſtirpes ſuccedere. Hoc etenim obtinet, cum ſuccedunt parenti vt ſui, hic autem non de ſuccedendo in bona parentis, ſed liberti tractatur, & ad *pr. huius tit.* diximus, patronum venire ad ſucceſſionẽ liberti agnatorum inſtar, quod & docet *d. l.* 3. §. 9. *de ſuis & legit.*

Qui ex tranſuerſo latere.] Relatiue ad patronum, cuius & liberi & agnati ius ſuccedendi habent. Nam liberto omnes perinde ſunt, ac qui ex tranſuerſo veniunt.

Pene conſonantia.] De hoc agemus *inf. tit* 10. §. *ſed ex verſ. cumq; antea*, vbi etiam videbimus, an quod de agnatis patroni vſq; ad quintum gradum dicitur, pariter ad ſucceſſionem ab inteſtato & ad bon. poſſeſſionem quoq; contra tabulas: pertineat.

TEXTVS.

Sed hæc hodie dicenda ſunt, de iis libertinis, qui in ciuitatem Romanam peruenerunt: cum neq; ſint alij libertini ſimul & dedititijs & Latinis ſublatis: cum legitimæ Latinorum ſucceſſiones penitus nullæ erant: quia licet vitam ſuam, vt liberi peragebant, attamen ipſo vltimo ſpiritu ſimul animã amittebant, atque libertatem: & quaſi ſeruorum ita eorum bona, iure quodam modo peculij, ex Lege Iunia Norbana manumiſſores detinebant. Poſtea vero Senatuſconſulto Largiano cautum fuerat, vt manumiſſoris liberi, non nominatim exhæredati facti,

ſti, hæredibus extraneis eorum in Latinorum bonis præponerentur. Quibus etiam ſuperuenit D. Traiani edictum, quod eundem hominem, ſi inuito vel ignorante patrono ad ciuitatem Romanam venire feſtinarat, ex beneficio principis, viuum quidẽ faciebat ciuem Romanum, Latinũ vero morientem. Sed noſtra cõſtitutione propter huiuſmodi conditionum vices, & alias difficultates, cũ ipſis Latinis, etiam Legem Iuniam, & SCtum Largianum, & edictum Diui Traiani in perpetuum cenſuimus deleri: vt omnes liberti ciuitate Romana fruantur: & mirabili modo, quibuſdam adiectionibus, ipſas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad ciuitatem Romanam capiendam transpoſuimus.

Commentarivs.

D*E iis libertinis.*] Quoniam agitur de ſucceſſione libertorum; qui autem hæredẽ vel ex teſtamento vel ab inteſtato debent habere, eos neceſſum eſt eſſe ciues Romanos. Et hinc *Vlp. in l. 3. de ſuis & legit.* hanc eandem rem tractans, libertum, inquit, intelligere debemus eum, quem quis ad Romanam ciuitatẽ ex ſeruitute perduxit; non obſcure innuens, aliud eſſe in ceteris ſpeciebus, cum Latini, vt hoc loco Iuſtin. refert, vitam quidem peragerent, ad inſtar liberorum, ſed vltimo ſpiritu, ſimul animam & libertatem amitterent; eo reſpectu nimirum (ceteroquin id inepte diceretur & abſurde) quod hæredem non poterant habere, ſed patronus, eorum bona iure peculij, non ſecus ac dominus ſerui peculium, occupabat, vt ipſe explicat Iuſtinianus, & extat in eandem ſententiam reſcriptum Conſtantini, in *leg. vn. Cod. Theod. de petit. hæred.* idque Legi Iuniæ Norbanæ tribuit *Iuſtin. hic.* Ipſe autem cum omnes exæquarit libertos, parum ſubtiliter ita ait in *prin. h. t.* quod dicenda ſint de his libertinis, qui perducti ſunt ad Romanam ciuitatem; Ita enim arguitur, eſſe quandam ſpeciem libertorum, qui Rom. ſint expertes ciuitatis, quod ipſe ſtatim hic negat, dicens nullos alios eſſe libertos, quam ciues Romanos. Notum autem eſt Iuſtin. *proprio titulo lib. 7. Cod.* ſuſtuliſſe & deditítiam & Latinã libertatem; & nos ea de re diximus, ad *lib. 1. ſup. de libertinis.*

Latinorum legitimæ ſucceſſiones.] Et fuerunt ergo Legitimæ ſucceſſiones, libertorum, qui erant ciues Romani; nam & ſuos hæredes, liberos ſcil. poſt libertatem natos habebant: & vt non ſemel ante diximus, patroni iure agnatorum libertis his ſuccedebant, quę hæreditas in edicto prætoris in ſpecie dici ſolet legitima.

Poſt a SCto Largiano.] Huius SCti etiam meminit in *l. vn. C. de Lat. lib. toll. & in pr. N. 78.* vbi SCtum Largianum ſe odiſſe profitetur. Eius loco hoc ſententiam plenius proponit, ꝙ ex illo liberi manumiſſoris non exhæredati, extraneis hæredib. eorum in bonis Latinorum fuerint prępoſiti. Quod Hottomann. ita explicat; quod ſi libertus teſtamentũ feciſſet, & in eo hæredes extraneos inſtituiſſet, ablatam his fuiſſe hæreditatem, & patroni liberis datam. Miror quo ipſi mens fuerit cum hæc ſcriberet. Quod ſi enim dominus iſtorum bona occupabat iure peculij (loquitur enim perſpicue etiamnum de Latinis Iuſtin.) &, ſi cum ipſo ſpiritu libertatem amittebant, nec vlla eorum erat ſucceſſio, qui fieri potuit, vt teſtamentum condere illis liceret, cum nec ferant illam explicationem verba Iuſtiniani; quod præponantur extraneis hæredibus, in bonis Latinorum; vt proinde ipſius hæredes Latini intelligi non poſſint. Recte itaque Accurſius explicat, hæredes extraneos non liberti, ſed manumiſſorum, (qui genitiuus eſt pluralis, non à *manumiſſus*, ſed à manumiſſor) & quod nimirum, ſi patronus liberos ſimul, & extraneos inſtituerit hæredes, in occupandis bonis Latini liberti, potiores eſſe liberos patroni; quod vel ex Theoph. didiciſſe potuiſſet Hotto. apud quẽ diſer-

Digitized by Google

inſertis verbis ita caſus firmatur. Apparet adeo nihil conſtituiſſe SCtum Largianum de iure Latinorum libertorum, aut quidquã in eorum conditione mutaſſe. Fruſtra autem hic obiecerit quis, ius patroni ad extraneos hæredes non tranſiuiſſe, ideoque fruſtra mutatum id dici SCto Largiano; etenim vt ex hoc loco apparet, non tam iure patroni, ſed magis domini iure & inſtar peculij bona liberti defuncti, occupabat qui fecerat libertum Latinum.

D. Traiani Edictum.] Huius quoque mentio eſt in *d. l. vn. in pr. & §. vlt. C. de Lat. lib. toll.* Nimirũ ſicut reſtitutio natalium petenda erat à principe conſentiente patrono, quoniam ea impetrata, ius patroni ceſſabat *l. 2. §. pen. & vlt. de natalib. reſtit.* Ita quoq; quoniam libertus ciuis Romanus poterat hæredem ab inteſtato & ex teſtamento habere, & ita eius bona amplius patronus iure peculij occupare non poterat. ideo conſtituit Traianus edicto ſuo, vt patroni ius in eum, qui Latinus libertus fuerat, maneret integrum, ſi is inuito paterno, aut ignorante ciuitatis ius à principe impetraſſet, vt itidem viueret quidem vt ciuis, ſed moreretur vt Latinus.

In fin. §. refert ſe Iuſtinian. ad ſæpe *d. l. vn. Cod. de Lat. lib. toll.* qua conditionem Latinam, (ſicut tit. præced. dedititiam) tollit, & omnes manumiſſos fecit ciues Romanos; nam, quod *ſup. de libertin.* monuimus, per ſanctionẽ Antonini *l. in orbe 17. de ſtat. hom.* non libertini exæquati inter ſe, ſed ingenuis omnibus ciuitas Romana data eſt: Iuſtin. & libertos inuicem & poſt N. 78. fere etiam libertos omnes ingenuis exæquauit.

Mirabili modo.] Nõ animaduerto, quid hac in re poſſit eſſe admiratione dignum; conſtituere pro Imperio, vt omnes liberti ſint ciues Romani; & hoc adiicere libertati, qua pene imperfecta olim Latini vtebantur: quod videtur intelligere per adiectiones quarum in extremo §. meminit, aut etiam quod adiecerit aliquid ijs modis, quibus olim Latinitas competebat; veluti quod in *d. l. vn. §. ſed & ſi 2. C. de Lat. lib. toll.* in manumiſſione inter amicos quinque teſtes requirit, quin & vnum alterumque modum libertatis de nouo adipiſcendæ videtur introduxiſſe *d. l. vn. §. ſimilique 4. cum §. ſeq.*

Ad Titvlvm IX.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE ADSIGNATIONE LIbertorum.

TEXTVS.

In ſumma, quod ad libertorum bona attinet, admonendi ſumus, cenſuiſſe Senatum, vt quamuis ad omnes liberos patroni, qui eiuſdem gradus ſunt, bona libertorum æqualiter pertineant, tamen licere parenti, vni ex liberis, libertum adſignare, vt poſt mortẽ eius habeatur is ſolus patronus cui adſignatus eſt: & ceteri liberi, qui ipſi quoque ad bona eadem, nulla adſignatione interueniẽte, pariter admitterẽtur in his bonis nihil iuris habeant, ſed ita demum priſtinum ius recipiant, ſi is cui adſignatus eſt, deceſſerit, nullis relictis liberis. Nec tantum libertum, ſed libertam etiam: & non tantum filio nepotiue, ſed etiam filiæ neptiue adſignare permittitur.

Commentarivs.

PLenius hoc ius, de quo in *princ. h. t.* exponitur in *l. 1. h. t.* vbi Vlpian. refert SCtum, quo id patronis conceſſum fuit. Et eſt adſignatio liberti nihil aliud, quam iuris patronatus, quod alias omnibus liberis commune futurum erat, in vnum ex ijs vel aliquos, ſiue maſculos ſiue fœminas, ſiue primi, ſiue ſecun-

cundi gradus *h.text.in fin.l.1.l.3.§.1.cod.* tranſcriptio, qua facta, ceteri quamdiu vel ipſe cui adſignatio facta eſt, vel liberi ex eo ſuperſunt, ceteri à iure patronatus excluduntur *h.text. & leg.1.in fin. princ. D. eod.* poteſtas hæc datur parenti patrono, qui libertum ipſe manumittendo adquiriuit; non etiam liberis eius porro, nec his quidem quibus libertus à patre adſignatus fuit *l.liberi* 8. *h.t.* adeo arcte & ſtricte hæc poteſtas adſignandi accepta fuit; forte quoniam Lex 12. tabb. ius hoc in liberis æqualiter trãsfundere viſa fuit, quod nec in hæredem extraneũ potuit transferri.

TEXTVS.

1. Datur autem hæc adſignandi facultas ei, qui duos pluresue liberos habuerit in poteſtate: vt eis quos in poteſtate habet adſignare liceat libertum libertamue. Vnde quærebatur, ſi eum, cui adſignauit, poſtea emancipauerit, nũ adſignatio euaneſcat. Sed placuit euaneſcere: quod & Iuliano & aliis pleriſque viſum eſt. Nec intereſt, an teſtamento quis adſignet, an ſine teſtamento, ſed & quibuſcunq; verbis patronis permittitur hoc facere, ex ipſo SCto, quod Claudianis temporib. factum eſt, Aſterio Scapula, & Sabellio Rufo conſulibus.

COMMENTARIVS.

1 *Ad* l.9.de adſign.lib.

QVI duos pluresue.] Cum adſignatio ſit translatio in vnum, aut aliquos, iuris illius, quod alias pluribus erat competiturum, ridiculum fuerit dubitare, an adſignationi ſit locus, vbi vnus tantum eſt filius. Itaque non exiſtimandum eſt hoc proponi, quaſi de eo dubitari poſſit: Sed tantum doceri quid ſit adſignatio, & quod, cum L.12.tabb.hoc ius ad familiam reſtrinxerit, nec poſſe id extra familiam transferri; idque eſt quod & in *princ.l.1.h.t.& h.§.* traditur, adſignari libertum vni ex liberis, qui ſunt in poteſtate, adeo quidem, vt adſignatio facta, poſtea ſecuta emancipatione euaneſcat, h.§. quamuis ex hoc ſane, non videatur ſatis probari, quod emancipato non poſſit adſignari libertus; quippe quod vbi pater libertum adſignauit filio in poteſtate exiſtenti, poſtquam per emancipationem filium ex familia ſua ſubmouit, adſignationem factam reuocaſſe videtur. Ceteroquin emancipato poſſe adſignari libertum, contra quam aperte ſcribit Theophil.hic.bene probat *l. vtrum. 9. h. t.* dum enim ICtus reſpondet, *magis eſt poſſe.* apparet, eum reſpondere ad eam partem quæſtionis initio propoſitæ, an etiam emancipato poſſet libertus adſignari, & vtiq; numquam de eo, qui in poteſtate eſt, an ei poſſet libertus adſignari, fuit dubitatum vt mirari ſatis non poſſim, quod Azo & Acc. reſponſum illud, ad liberos in poteſtate referunt. Sed illud in *d.l.9.* obſcurum, quod admittit adſignari poſſe emancipato, ſi pater prę̨ter emancipatum non pauciores quam duos habeat in poteſtate. Cur enim non ſatis ſit vel vnum filium præterea ſupereſſe? Hottom. ita explicat hanc rem; quod vni & ſoli emancipato nequeat fieri liberti adſignatio, ſed ipſi & alij ſimul, qui eſt in poteſtate poſſe adſignari libertum: & quia illa dubitandi ratio occurrebat, quod illo, qui cõiunctus fuit mortuo ius liberti totum extra familiam tranſiturũ fuiſſet, ideo reſpondiſſe ICtum oportere vt præterea vnꝰ adhuc ſit in poteſtate, in quem pars iuris patronatus tranſeat. Verum 1. exiſtimo vno ex coniunctis mortuo, ius totum ad ſolum ſuperſtitem pertinuiſſe; tum etiam quid ſi vterque, qui in poteſtate fuit mortuus ſit? & cur non igitur tres, aut quatuor requirimus, qui ſint in poteſtate? 3. quod ius liberti adſignati tranſeat etiam in liberos emancipatos auxilio iuris prætorij etiam quo ad ſucceſſionem, probat *lex 3. §. emancipatos. 4 h.t.* quo argumento Iohan.Faber defendit, tranſire in nepotes ex filia cui libertus fuit adſigna-

gnatus, iuxta §. 1. *h. t.* Itaque Hottom. ſcrupulum non ſoluit, neq; transfert me hærentem in *d. l. 9. D. de adſignat. lib.* & etiamnum quæro, cur vt adſignari poſſit libertus emancipato, neceſſum fuerit, vt præterea duo in poteſtate liberi ſuperſint. An fortaſſis hæc ratio eſt, quod vbi ſuperſunt duo liberi in poteſtate, & adſignatur libertus emancipato, neuter ex iis, qui ſuperſunt in poteſtate, poteſt conqueri de iniuria ſibi illata, cum & alterutri ex illis ius ademptum in vnum ſolum transferre pater potuiſſet. Atquin cum vnus tantum ſuper eſt in poteſtate, habet quod ſibi iniuriam factam conqueratur ille; quod ſolidum ſit translatum in emancipatum, quum alter in poteſtate ſolidum ex L. 12. tabb. habere deberet; nam cum ius patroni & eius in ſucceſſione liberti effectus ſit à L. 12. tabb. & hæc Lex nullos agnoſcat emancipatos, nec ius patroni ex hac L. poteſt habere emancipatus: prætor autem, qui inter ſuos, vocat emancipatos, & ex hæreditate partem illis abſtractam his tribuit §. *emancipati 9. in fin. ſup. tit.* 1. etiam quo ad partem ratam in iure patronatus defendiſſe emancipatum videtur ea ratione qua & eius cui libertus fuit adſignatus, liberos emancipatos tuetur, *d. l. 3.* §. 4. *h. t.* Ceteroquin SCtũ nihil mutauit, ſed tantum eorum, qui in poteſtate ſunt, mentionem fecit, ſecutum hactenus Legem 12. tabb. hoc tantum immutato, vt ius iſtud in vnum ex liberis transferri poſſit, ſed quoniam edictum prætoris ad ſucceſſorum vocabat emancipatos quoq;, ſenſim & ab hoc iure diſceſſum videtur, iuxta modo explicata, ex quibus partim & his, quæ paulo ante contra Hottomanni ſententiam diſputauimus, ſatisfieri poſſet. Fortaſſis nec male hanc rem expedit Cuiac. qui itidem, vt Hottom. putat emancipato ſimul cum ſuo factam eſſe adſignationem, & quæ valeat propter eũ qui coniunctus eſt, adeoq; oportere prçterea eſſe adhuc alium in poteſtate, quoniam non niſi inter duos ſit locus electioni & adſignationi. Ergo ſi vnus tantum ſit in poteſtate, nulla eſt adſignatio, nec propterea emancipatus facere poteſt vt valeat, cum tantum valeat propter ſuum; cum quo proinde alium ſuum concurrere oportet, inter quos fiat electio.

Nec intereſt.] Teſtamento poteſt fieri adſignatio, & ab inteſtato quoque, & igitur in codicillis quoque. Quin & amplius extra vltimam voluntatem, per modum contractus, & per donationem adſignari poſſe libertum, colligitur ex *l. 1. §. 3. l. adſignare 7. h. t.* Ex quo nõ bene inferunt Dd. etiam teſtamento contractum celebrari poſſe; quia, vt diximus ad §. *ſed cum 3. de teſtam.* quædam iura & res, & teſtamento conſtitui, & per contractum poſſunt transferri.

Quibuſcunque verbis.] Epiſtola, chirographo, quin & nutu; & rurſus & pure, & ſub conditione *l. 1. §. 3. l. adſignare 7. h. t.*

Senatuſconſulto.] Cuius ſententia refertur *l. 1. h. t.* Sed ſine nomine, adiectis tamen nominibus Conſulum, Sabellio Rufo, & Oſterio Scapula. Sed pro Sabellio, Hottoman. Cuiac. Weſemb. legunt *Suellio*, quod nomen valde inſolens Romanis, nec puto vſquam alibi lectum, & in Plinij meo exemplari *lib. 3. ca. 7.* ad quem prouocat Cuiac. legitur *Suillo Rufo* & apud Theoph. *Suilio.* & magis probo Ant. Auguſt. 3. emend. 7. *Vellio Rufo.* quomodo & Florentinæ editiones habent.

AD TITVLVM X.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE BONORVM POSſeſſionibus.

TEXTVS.

Ius bonorum poſſeſſionis introductum à prætore eſt, emendandi veteris iuris gratia. Nec ſolum in inteſtatorum hereditatibus vetus ius eo modo prætor emendauit, ſicut ſup. dictum eſt: ſed quoq; in eorum qui teſtamento facto deceſſerint. Nã ſi alienus poſthumus fue.

fuerit hæres inſtitutus, quamuis iure ciuili adire hæreditatem nõ poterat, cum nõ valebat inſtitutio, honorario tamen iure bonorum poſſeſſor efficiebatur, videlic. cum à prætore adiuuabatur. Sed & is à noſtra conſtitutione hodie recte hæres inſtituitur, quaſi ciuili etiam iure non incognitus. Aliquando tamẽ, neq; emendandi neque impugnandi veteris iuris gratia prætor pollicetur poſſeſſionem bonorum. Nam illis quoq; qui recte teſtamẽto facto hæredes inſtituti ſunt, dat ſecũdum tabulas bon. poſſeſſionem: Item ab inteſtato ſuos hæredes & agnatos vocat ad bonorum poſſeſſionem. Sed & remota quoque bon. poſſeſſione ad eos hæreditas iure ciuili pertinet.

COMMENTARIVS.

1 *Quomodo prætor emendauerit ius ciuile.*
2 *Quomodo confirmauerit.*

PRincipaliter hactenus egit, de ſucceſſione ex iure ciuili, ita vt occaſione ſeſe offerente, imo ipſa materiarum connexione flagitãte ſimul insereret ius prætorium. Hic autem ex profeſſo & in ſpecie, de ſucceſſione prætoria agit. Apparet ex hactenus tractatis, L. 12. tabb. iura ſucceſſionum anguſtiſſimis
1 finibus & omnino ordine ſuorum & † agnatorum fuiſſe concluſa: & tum prætorem tum Senatuſconſulta, & cõſtitutiones, multas perſonas, tum inter ſuos, tum inter agnatos & iure agnatorum vocaſſe, prætorem ét tertium ſuccedendi ordinem, præter ſuos & agnatos, videl. eorum, qui tantum naturali iure cognati eſſent, feciſſe. Idq; eſt, quod ait *Iuſtin. in pr. h. tit.* introductum eſſe ius bonor. poſſeſſionis emendandi iuris ciuilis gratia. Ita ſcilicet, emendandi, vt ſuccurrat iis, qui iuris ciuilis rigore ſunt excluſi, dum id ſolos ſuos & agnatos vocat; non autem prohibet eos nominatim capere: Ceteroquin & bon. poſſeſſio (quoniam prætor directo ius ciuile abrogare & tollere non poteſt) ceſſaret *l. non eſt* 12. *§. 1. h. t.* Et ita emendatum fuiſſe à prætore ius ciuile in ſucceſſionibus ab inteſtato, ex ſuperioribus titulis abunde ſatis patet. Idem factitaſſe prætorem in ſucceſſione ex teſtamento *h. text. in verſ. nec ſolum*, docet Iuſtinianus, idque illuſtrat exemplo poſthumi alieni in *l. 5. nam ſi*, qui quamquam iure ciuili inſtitui non poterat, (cuius rationem reddidimus ſup. §. poſthumo d. legat.) tamen iure prætoris admittebatur, data ei bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas. Quis ſit poſthumus alienus tractauimus ad d. locum, & ibidem diximus; ſententiam eſſe probandam Baronis & Hottom. quam & loco iſto repetit, vt poſthumus alienus dicatur & intelligatur tãtum, qui eſt in vtero nurus, & quem tempore inſtitutionis filius præcedit. Nec enim hic ſimpliciter haberi potuit pro alieno poſthumo, qui filio præmortuo omnino inter ſuos eſſet futurus; nec opus huic fuiſſet edicto prętoris, cum ex formula Aquilii Galli recte inſtitueretur. Diuinatorium enim eſt, ꝙ hic ſcribit Hottom. Edictum prætoris formula Galli fuiſſe poſterius, neque enim ſi ita fuiſſet, tam accurate etiamnum de illa formula Iuriſconſulti diſputaſſent, vt patet ex *L. Gallus de liber. & poſthum.* Nec minus falſum puto, quod poſt formulam Galli tantũ ad eum caſum pertinuerit auxilium prætoris, quo poſthumus hic & nepos ex filio naſciturus, non obſeruata præciſe Galli formula, & omiſſa particula TVNC inſtitutus fuiſſet. Ita enim nimis hoc, quod de poſthumo alieno iure prætorio admiſſo hoc loco ſcribit Iuſtinianus, reſtringeretur. Et igitur ſtatuamus, latius patuiſſe prætoris edictum de admittendo poſthumo alieno per bonorũ poſſeſſionem ſecundum tabulas, cum & fratris poſthumum alienum nominatim appellet *ICtus in l. pen. de legat.* 1. Atq; his modis ius ciuile emendauit prætor, & eo ipſo impugnauit, vt loquitur Iuſtinian. in hoc textu *verſ. aliquando*,

eo ſcilicet modo vt paulo ante declarauimus, dum eos admittit, qui iure ciuili non poterant ſuccedere; ſiquidem directo contra ius ciuile pugnare, & capere prohibitos admittere prætor non potuit *d. l. 12. §. 1. h. t.* Docet Iuſtin. inde in *d. verſ. aliquando* prætorem etiam aliquando confirmandi iuris ciuilis cauſa pollicitum poſſeſſionem bonorum. Quod explicatione indiget , quia ambigue dicitur : & varijs enim modis hoc accipi poteſt. Et 1. dicitur prætor per productionem cōfirmandi iuris ciuilis gratia poſſeſſionem bonorum dediſſe. Verbi gratia bonorum poſſeſſionem *vnde liberi* itemque contra tabulas, & hanc magis primo & præcipue, imo ratione primæ intentionis tātum pro ijs induxit, qui iure ciuili nec ab inteſtato ſuccedere, nec teſtamentum in quo à patre præteriti erant, impugnare poterant, & nimirum pro liberis emancipatis, vt apparet ex §. *emancipati 9. & §. eadem 12. ſupr. de hæred. ab inteſt.* Cum autem remedia prætoria eſſent expeditiora, ea quoque ſuis deneganda eſſe non exiſtimauit, ſi vel ab inteſtato, bonorum poſſeſſionem *vnde liberi* & ipſi petere , aut præteriti contra tabulas bonorum poſſeſſione vti vellent, *d. verſ. aliquando & §. ſequent. h. t.* licet alterutrum remedium illis non eſſet neceſſarium, ſed iure ciuili ab inteſtato ſuccedere , & eodem iure præteriti dicere teſtamentum nullum poſſent ; idque eſt quod in *fin. huius textus* ait , etiam remota bonorum poſſeſſione ad eos iure ciuili hæreditatem pertinuiſſe, vbi concinnius, pro *ſed &* legetur , *nam &c.* Quin & amplius poſſit exiſtimari prætor dum ordines illos tres ſuccedendi conſtituit, *vnde liberi, vnde legitimi, & vnde cognati*, hoc animo fuiſſe, vt indiſtincte quoſuis liberos etiam qui in poteſtate non fuiſſent tēpore mortis, admitteret: idque ex hoc apparet; quod aperte propoſuit ordinem ſuccedendi pro perſonis legitimis & agnatis, vel, qui inter agnatos ex SCtis, aut alio iure ciuili vocabantur , non excluſi adeo iure ciuili, & quorum nomine neceſſaria erat bonorum poſſeſſio; quoniam voluit omnino, edicto ſuo omnes vocare, quibus & ſuo nouiter, & ex alio iure hæreditas & ſucceſſio deberetur ; quod ipſum quoque in fi. huius textus intimat Iuſtinianus, dum meminit agnatorum, quos (et ſcilicet iure ciuili vocatos) proprio Edicto ex ſecundo capite ad bonorum poſſeſſionem admittit. Et hæc eſt ſententia ICti in *leg. ius autem 7. §. 1. de iuſt. & iur.* quod prætor introduxerit edictum , ſupplendi , adiuuandi & corrigendi iuris ciuilis gratia. Ait Iuſtinianus:

Quamuis iure ciuili adire non poterat.] Nō probo hic ſententiam Hottom. & Weſembecij, qui non volunt intelligi L. 12. tabb. ſed Iuriſconſultorum diſputationes. Cum inquiūt illi L. 12. tabb. poſthumum ſuum inſtitui permitteret, ratiocinati ſunt ICti, alienū inſtitui nō poſſe: inepte ; quorſum enim adhuc diſputatione ICtorum opus fuit ? quod ex ipſa L. 12. tabb. ſatis apparebat ; ea Lege quæ nominatim inſtituere poſthumum ſuum permittit, non poſſe inſtitui poſthumum alienum. Et igitur veriſſime, vel ob hoc ipſum dicitur , poſthumum alienum non potuiſſe inſtitui L. 12. tabularum. Quin imo nec verum videtur, quod Lex 12. tabb. nominatim permiſerit inſtitui poſthumum ſuum; ſed ſupra ad *d. §. poſthumo de legat.* diximus, poſthumum quemcunque tamquam perſonam incertam ex L. 12. tabb. non potuiſſe hæreditatem adire, ſed id ſenſim humaniter eſſe admiſſum, vt liceret inſtituere ſuum poſthumum, cum alias id euenturū fuiſſet, vt teſtator præcauere non poſſet, quamuis teſtamentū rumperetur.

A noſtra conſtitutione.] Intelligit haud dubie eum, quę intercidit penitus, aut in priore Codice fuit: cuius meminit *ſup. de leg. §. ſed nec huiuſmodi 27.* vbi de incertis perſonis.

TEXTVS.

1. Quos autem ſolus vocat prætor ad hęreditatem, hęredes quidem ipſo iure non fiunt, (nam prætor hæredē facere non poteſt: per legem enim tantum vel ſimilem iuris cōſtitutionem

hære-

hæredes fiunt, veluti per Senatusconſulta & conſtitutiones principales: ſed cum eis prætor dat bonorum poſſeſſionem, loco hæredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum poſſeſſionibus, dum id agebat, ne quis ſine ſucceſſore moreretur. Nam anguſtiſſimis finibus conſtitutum per Legem XII. Tabb. ius percipiendarum hæreditatum, ex æquo & bono prætor dilatauit.

COMMENTARIVS.

1 *Prætor non facit hæredem.*
2 *Quid ſit bonorum poſſeſſio.*
3 *An v. c. ſuus, qui agnouit bon. poſſ. ſit etiam iure ciuili hæres.*

PErtinet ad effectum iuris prætorii, quod ſucceſſor ex iure prætorio non fiat hæres. Scilicet hæc eſt argumentatio: Hæres efficitur per Legem, vel eiuſmodi ſanctioné quæ æquipollet Legi. Atquin edictum prætoris non eſt Lex. Ergo per illud nec efficitur hæres. Ad declarationem adſumptionis pertinent quæ diximus ad §. *Edicta ſup. de iur. nat.* vbi plene hac de re egimus, & quod prætor reuera non fuerit legislator, ſed quod tantum magiſtratus ſui qui annuus erat, poteſtate Edicta ſua defenderit. Hæres autem perpetuum ius conſequebatur & rerum omnium, quæ defuncti fuerant dominium plenũ. Propoſitionis ratio pendet ab autoritate Legis, quæ *in l. 2. d. LL.* dicitur domina omnium rerum. Legem nemo poteſt ferre proprie accepto verbo legis, quam qui ſummum in Rep. ius, quod Ariſtot. ἀξίωμα vocat, & imperium in omnes habet: itaque quod à tali poteſtate ſancitur, id in Repub. plenum obtinet vigorem & robur. Hæc autem differentia iuris ciuilis & prætorii magis in quadam ſubtilitate quam in rebus ipſis ſita eſt: non minus ac illa, quod ius ciuile directas actiones, prætor autem vtiles, quas πλαγίας appellat paſſim Theoph. introducere poteſt: poſtquam co itum eſt, tacita approbatione vt Edicta prætorum etiam poſt annum, & perpetuum obtinerent vigorem, vt ad *d. §. Edicta ſup. de iur. nat.* tractauimus. Et prætor igitur cum ex ſubtili ratione hæredem facere non poſſit, ſucceſſores ſuos, qui ex edicto ipſius ad bona defuncti vocabantur, appellauit bonorum poſſeſſores, quibus vtiles accommodãdo actiones, efficiebat, vt tantundem conſequerentur, atque illi, qui ciuili iure hæredes & domini erant; quo reſpectu hic ait Iuſtinianus, quod habeantur loco hæredum, & non vno in loco ſimpliciter hæredum appellatione veniunt *l. in condit. 19. §. 2. de condit. & demonſtr.* & hinc generali textu *in l. hæreditatis 138. de verb. ſignif.* hæreditatis appellatione & bonorum poſſeſſio dicitur ſignificari: ſicut nõ minus verum eſt, quod per ſolam legem dominium rerũ transferatur, & hæres dominus eſt: attamen ex edicto prætoris quoq; dominos effici, probatur ex *l. ſi finita 15. §. Iulian. 16. & §. poſtea 33. de dam. inf.* & in his ipſis terminis poſſeſſionis bonorum ex *l. 1. h. t.* quod tamen non de dominio Quiritario, ſed vt appellant, bonitario accipiẽdum eſt, aut potius prætorio, vt ita dicatur à cauſa efficiente, quomodo & bonorum poſſeſſionem recte dicemus hæreditatem prætoriam. Neque enim poſſeſſio bonorum hic ſignificat actualem detentionem rerum, quomodo vſurpatur *lib. 41. Digeſt. tit. 3.* ſed inſtar hæreditatis ſignificat rerum vniuerſitatem, quæ fuerunt defuncti; ideoque non minus ac hæreditas in iure conſiſtere dicitur *l. 3. in pr. h. t.* qua conſideratione etiam definitur ius *in d. l. 3. §.* & quidem ius perſequendi, genere aliquantum tropico quoniam ipſa bonorum poſſeſſio ſiue vniuerſitas rerum & bonorum, ius perſequendi non eſt, ſed qui eam vniuerſitatem agnouit & adquiſiuit, hinc tamquam ex cauſa efficiente conſequitur ius perſequendi. Hæc pro explicatione huius rei. Iam quædam in textu videamus. Ait Iuſtinianus.

Quos SOLVS prætor.] Videatur fortaſſis emphaſis eſſe in voce *Solus*, verbi cauſa, cognati,

per fœminas qui ex tertio capite vocantur, ſunt fere excluſi iure ciuili: itaque non niſi bonorum poſſeſſores eſſe poſſunt, cum non niſi prætorium remedium habeant. Atquin in agnatis dubitatio eſſe poteſt & in ſuis: & in iſtis vel maxime. Finge patrem inteſtato mortuum: ſuus ipſa poteſtate iuris ſtatim à morte patris hæres exſiſtit etiam ignorans: hic poſtea agnoſcit bonorum poſſeſſionem ex prima parte Edicti prætoris *vnde liberi*: numquid non vtroque iure & cuius erit hæres & bonorum poſſeſſor & vtroque iure poterit ex arbitrio vti: neque enim fieri poſſe videtur, vt propter agnitam bonorum poſſeſſionem ex prætorio iure amittat ius quæſitum poteſtate Legis XII. Tabb. Neque hoc in verbis, ſed in rebus ipſis conſiſtit, Etenim cum multæ actiones prætoriæ annales ſint, & non niſi prætoriis actionibus bonorum poſſeſſor vti poſſit, prout dicemus iſtum vel vno tantum iure hæredem eſſe, ita eum vel ſolis prætoriis actionibus, vel etiam poſt annum adhuc exercere ciuiles actiones poſſe. Plane conſtat penes hæredem ſuum, abſtinentem etiam, manere directas actiones *l. vlt. de adquir. hær.* & multo magis igitur, eas fatendum eſt manere apud eum, qui bonorum poſſeſſionem agnouit. Sed ſicut abſtinenti ab hæreditate actiones negat prætor, ita etiam crediderim negaturum ei actiones directas, qui quaſi repudiato iure ciuili ex Edicto ipſius hæres eſſe maluit. Itaque expeditior in agnatis res eſt, quoniam hi non ipſo iure, ſed per aditionem hæredes fiunt. Et argumentatio Doctorum relata ab Angelo, mihi captioſa & cauillatoria videtur. Qui declarant, inquiunt, ſe velle eſſe hæredes, illi iure ciuili hæredes fiunt: aditio enim contingit per nudam voluntatis declarationem, vt notamus ad §. *vlt. ſup. de hæred. qual.* Atquin quiſquis ex Edicto prætoris, poſſeſſionem bonorum petit, hoc ipſo declarat ſe velle eſſe hæredem. Ergo efficitur etiam iure ciuili hæres. Etenim non poteſt cauſa operari effectum alium niſi ad quem deſtinatur. Atqui petitio bonorum poſſeſſionis tendit & eſt deſtinata ad adquirenda bona ex prætorio iure, igitur non poteſt operari, vt qui petit bon. poſſeſſionem iure ciuili fiat hæres. Confirmatur bene per textum *in l. 2. §. ſi duo 8. de bon. poſſeſſ. ſec. tab.* vbi hæres inſtitutus poteſt iure ciuili hæreditatem adire, &, ſi malit, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere: Ait ICtus, *ſi noluerit hæreditatem adire, vel accipere bonorum poſſeſſionem, &c.* quibus verbis ſatis innuit petitione bonorum poſſeſſionis non intelligi aditam hæreditatem. Et ita recte concludit Fab. hic, quod tantum ſit hæres ex iure prætorio, poſtquam ex eo expreſſe bonorum poſſeſſionem agnouit.

Alia quæſtio eſt, an ſi agnatus hæreditatem adierit, bonorum poſſeſſionem poſtmodum nihilominus petere poſſit. Quod forte admiſerim, ſed eo facto directas ei prætor actiones negabit.

Diximus porro bonorum poſſeſſorem & hæredem prætorium non habere directas, ſed ſolummodo vtiles actiones. Quærunt Interpp. quid igitur fiat de directis actionibus. Et ſiquidem hæreditas adquiſita ciuili iure fuerit, per exiſtentiam ſui hæredis aut aditionem (poſtea beneficio ætatis repudiata hæreditate) vbi tum bonorum poſſeſſionem dedit prætor, penes eum, qui ſemel hæres factus, manet hæres *l. 7. §. ſed quid 10. de minorib. l. & qui 88. de hæred. inſt.* actiones directæ manebant, ſed ſine effectu, quippe eas Prætor negat. Quod ſi vero hæreditas iure ciuili adquiſita non ſit, actiones directæ non manebunt in eſſe, vt hic Io. Fab. loquitur, ſed ab initio nullæ penitus erunt.

Neque tamen tum verum erit, quod poſt Bart. hic ſcribit Angelus, quod bonorum poſſeſſor ſit futurus directo hæres, ſed actiones vtiles ſiue prætoriæ ſolæ ſunt futuræ: Eſt enim perpetuo verum, quod hæredem directo prætor non poſſit facere, vt hoc loco affirmat Iuſtinianus.

Per Legem enim tantum.] Legem in ſpecie accipit pro Lege veteri, & antiquo iure ciuili, cui non vno in loco cõſtitutiones principum opponi ſolent, vt notatum ad §. *ſed cum 3. ſup. de teſtam.*

de teſtam. cæteroquin in ſtatu Monarchiæ, in quem ſub Impp. Romanis Reſpublica tranſlata ſuit, principis ſanctiones veræ ſunt Leges, non tantum ſimiles Legibus, vt hic ait *Iuſtin.* Quæ fuerit autoritas SCtorum, & vnde diximus ſup. *ad §. SCtum de iur. nat.*

Alios complures gradus.] Gradus intelligit, ordines ſuccedendi: Et ex his duorum paulo ſuperius meminit, agnatorum & ſuorum. Sunt alii duo, *vnde cognati, & vnde vir & vxor*, quibus effecit, vt defunctus (quod ſubiicit ſtatim) non moreretur ſine ſucceſſore, nec ad fiſcum tamquam vacua hæreditas perueniret. Plures ordines generales non ſunt: ſed ſunt tamen alii: de quibus *in §. ſeq.* ſed & poſſunt per gradus, intelligi variæ rationes, quas inuenit prætor, vt (veluti ſubiicit Iuſtin.) dilataret ius ſuccedendi, quod Lege XII. Tabularũ finibus anguſtis erat circumcluſum, quippe ex qua tantum ſui & agnati admittebantur, & ita quidem, vt in primo gradu totum ius ſucceſſionis conſumeretur, nec eo deficiente ſequens admitteretur, vt traditum *in §. placebat 7. ſup. de legit. agn. ſucc.* prætor autem edicto ſucceſſorio & ſequentes gradus, & priori ordine excluſum ex ſequenti capite admiſit *l. 1. & t. t. de ſucc. edicto.*

TEXTVS.

2. Sunt autem bonorum poſſeſſiones, ex teſtamento quidem, hæc prima, quæ liberis præteritis datur, vocaturque contra tabulas: ſecunda, quam omnibus iure ſcriptis hæredibus prætor pollicetur: ideoque vocatur, ſecundum tabulas teſtamenti. Et cum prius locutus eſt de teſtatis, ad inteſtatos tranſitum fecit. Et ſuis hæredibus primo loco, & iis qui inter ſuos hæredes ex edicto prætoris connumerantur, dat bonorum poſſeſſionem, quæ vocatur *vnde liberi.* Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem perſonis, quas præferebat extraneo manumiſſori, ſunt autem decem perſonæ hæ: pater, mater, auus, auia, tam paterni quam materni: item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia, frater ſororve, conſanguinei vel vterini. Quarto cognatis proximis. Quinto *tamquam ex familia.* Sexto patrono, patronæque liberiſve eorum & parentibus. Septimo viro & vxori. Octauus, cognatis manumiſſoris.

COMMENTARIVS.

1 *Bonorum poſſeßio pro decem perſonis.*
2 *Bon. poſſeſſio tamquam ex familia.*

TAmquam per indicem veteres bonorum poſſeſſiones & earum gradus exponit: & huius quidem iuris pene nulla hodie eſt vtilitas, cum præſertim *in §. ſeq.* totum hoc ius immutet Iuſtinianus. Interpreti tamen hoc non negligendum, ſed quantum fieri poteſt, iſta res ex antiquitate explicanda eſt, ſed paucis. Bonorum poſſeſſio competit vel teſtamento facto, vel ab inteſtato. Illa duplex eſt, contra tabulas, & ſecundum tabulas. Et cum per illam teſtamentum impugnetur & euertatur, paulo pinguius loquitur, Iuſtinianus, dum vtramq; ait eſſe ex teſtamento: Ceteroquin bon. poſſeſſio, quæ datur contra teſtamentum, non poteſt dici eſſe ex teſtamento. Et illam quæ eſt contra teſtamentum priori loco proponit Iuſtinianus, quem etiam ordinem ſecutus eſt prætor Edicto ſuo, quo merito fecit conditionem liberorum potiorem, qui præteriti à patre fuerunt, & tum demum alios ad poſſeſſionem bonorum ſecundum tabulas admiſit *l. æquißimum 2. in principio de bon.*

bon. poſſ. ſec. tabulas. Eſt tamen & alia ſpecies huius bonorum poſſeſſionis contra tabb. quæ patrono datur præterito, in partem quam ei dat Edictum prætoris, vel etiam conſtitutio Iuſtiniani, iuxta tradita *ſup. de ſucceſſ. libert.* Altera hinc eſt, ſecundum tabulas, modo rite ſint compoſitæ, de quo ſupra in materia teſtamentorum diximus, nihil præterea requirere prætorem, quam vt ſeptem teſtium ſignis ſint ſignatæ tabulæ, nec attendere alias ſolennitates iuris ciuilis.

Sequuntur bonorum poſſeſſiones ab inteſtato. Semper enim teſtati cauſa potior eſt, itaque ait Iuſtin. prætorem poſtquam de teſtatis locutus eſt, ad cauſam inteſtati tranſitum feciſſe. Sed non tamen eo ſenſu, vt teſtati cauſa ſimpliciter præferri poſſet: nam per bonorum poſſeſſionem contra tabulas euertitur teſtamentum, & res deducitur ad cauſam inteſtati: & iſta bonorum poſſeſſio prior eſt bonorum poſſeſſione, quæ datur ſecundum tabulas, ſcilicet imparibus poſitis terminis perſonarum, quæ petunt bonorum poſſeſſionem, vbi nimirum liberis præteritis inſtituti ſunt extranei hæredes *l. 2. in pr. de bon. poſſ. ſec. tab.* nam hæredibus ſuis ſcriptis primo loco ſecundum tabulas datur poſſeſſio, ſed & ſi ſui ſint præteriti & alii hæredes ſcripti, ratio propria eſt, quod quamuis teſtamentum ſeptem teſtium ſigna habeat, & poſſeſſio bonorum ſecundum illud peti poſſit, tamen propterius liberorum, & quod eiuſmodi diſpoſitio iure ciuili, cuius miniſter eſt prætor, nulla eſt, fit, vt iſta poſſeſſio bonorum ſecundum tabb. ſit ſine re, & vt potior ſit ſucceſſio ab inteſtato, dum liberi iure ſuo vtuntur, per *l. 1. §. vlt. vnd. liberi, iunct. l. vlt. de lib. & poſth.*

Dicamus iam de bonorum poſſeſſionibus ab inteſtato. De duabus prioribus res liquida eſt, quæ ſunt, *Vnde liberi* &, *vnde agnati: ſiue legitimi* & ex ſuperioribus quorſum illæ pertineant, & quibus competant, ſatis conſtat, quod nimirum illa liberis, ſiue ſuis ſiue emancipatis detur, hæc agnatis & qui quacunque L. aut SCto veluti Tertulliano aut Orphitiano inter agnatos aut iure agnatorum vocantur *l. 3. vnd. legit.* Tertiam dicit Iuſtin. propoſitam decem perſonis, quæ præferebantur extraneo manumiſſori. Vbi repetendum eſt, quod non ſemel, & præcipue ad §. *præterea ſup. quib. mod. ius pat. pot. ſolu.* diximus, emancipationem ita fieri ſolitam, vt imaginarius emptor adhiberetur, qui filium ſibi mancipatum à patre primo, ſecundo & tertio, manumitteret, quo demum facto filius liberabatur à poteſtate patris. Et, vt ad §. *vlt. ſup. de legit. agn. ſucc.* quoque notatum, ſub tertiam venditionem fiducia contrahi ſolebat, vt imaginarius ille emptor ſiue pater (ita enim quoque appellatum fuiſſe docet *Caius lib. 1. Inſtit. 6.*) filium patri naturali remanciparet, vt hic ipſe filium tertio manumittens, ius patroni haberet, quid ſi neglectum & non contracta fiducia, imaginarius ille emptor filium manumiſiſſet, ipſe ſumma & ſtricta ratione ius patroni in eo conſequebatur, quod aliis patronis, ſiue ex L. XII. Tabularum, ſiue ex Edicto prætoris, aut ex Lege Papia competebat. Quod cum prætori non immerito iniquum videretur, vt homo alieniſſimus in filio alterius, emãcipato ius patroni haberet, & ab inteſtato omnibus pene præferatur propoſita hac bonorum poſſeſſione decem hic numeratas perſonas ei prætulit, qui dicitur extraneus manumiſſor, & opponitur patri manumiſſori.

Et hanc bonorum poſſeſſionem intelligit ICtus *in l. ſi ad patrem* 10. *de ſuis & legit.* quoniam nimirum ille eſt pater non manumiſſor, qui filium emancipauit non contracta fiducia, & per hanc bonorum poſſeſſionem filio ſuccedit, cum ceſſante iure patronatus non poſſit ad legitimam filii hæreditatem, (quæ patrono L. XII. Tabul. defertur) admitti. Et eodem ſenſu dicitur pater manumiſſor cui ius vetus, (ſcil. patroni) ſit ſeruatum *in l. 2. C. ad SC. Tertull.* Et iſtæ ſunt decem perſonæ, quæ in aliis terminis præferuntur fiſco *in l. 1. C. de ſecund. nupt.* Sed quæritur de ipſarum decem perſonarum hic enumeratorum ordine inter ſe, quem Iuſtinianus non videtur obſeruaſſe hoc loco: cum ex *d. l. 2.* poſt liberos demum & fratres

& fratres pater manumiſſor vocetur. Nec dubium eſt liberorum cauſam omnino eſſe potiorem, ſed quod iuxta *d. l. 2.* fratres præferuntur manumiſſori patri, ſcrupulo non caret. Et vt hoc addam ad ea quæ tractaui ſupra ad *pr. de ſeruil. cognat. &* §. *ſed noſtra. ſ. p. de ſucceſſ. libert.* Siquidem liberto inteſtato ſine liberis mortuo omnino ſuccedit patronus, vt traditur *in d.* §. *ſed noſtra.* non video quomodo frater præferatur patri manumiſſori, quem conſtat ius patroni in filio manumiſſo habere *tot. tit. ſi quis à par.* §. *vlt. ſup. de leg. agn. ſucc.* §. *præterea C. ſup. quib. mod. ius pat. pot. ſoluitur.* Veniebat in mentem ideo ex L. XII. Tabb. omnino poſt ſuos hæredes vocatum patronum, quia libertus nec parentes nec agnatos habebat, & cognationis, quæ initium in ſeruitute cepiſſet, nulla penitus habebatur ratio, & alias quoque cum ſolo iure cognationis citra agnationem ſuccedi ex XII. Tabulis non poſſet, vtique nec emancipati fratres aut ſorores ex ratione L. XII. Tabb. fratri emancipato ſuccedere, aut patri manumiſſori præferri potuerint. Et ſi adeo nihil mutatum à Triboniano *in d. l. 2. C. ad Tertull.* &, ſi argumentum validum à contrario ſenſu inde poteſt deduci, fateri oportebat, habitam poſtea rationem cognationis, & Impp. quoque hac in re ſecutos ius prętorium fratres liberti ante patronum admiſiſſe. Cum enim in iure antiquo manumiſſoris ſe fundet *d. l. 2.* efficietur, vt poſtquam Iuſtinianus ſeruilium cognationum in ſucceſſione voluit haberi rationem *d. pr. de ſeruil. cognat.* hodie & iuxta illud ius quiuis frater liberti cuicunque patrono præferatur, & ita rectè ſe habebit illorum opinio, qui excluſo patrono manumiſſi fratris, vnum in alterius locum admitti defendunt, de quo *ad d. pr.* ſupra diximus. Verum poſito iſto iure, quò frater & ſoror præferuntur etiam patri manumiſſori, iuxta *d. l. 2. C. ad SC. Tertull.* quid tandem neceſſe fuit fratrem & ſororem ſpeciali hac bonorum poſſeſſione vocari? Qui enim præferuntur naturali patri & habenti ius patroni, illi vtique multo magis præferuntur extraneo manumiſſori. Rurſus quid neceſſe fuit vocare filios & filias, & omnino liberos, cum hi ex primo capite Edicti prætoris, ante omnes vocentur, & ex L. quoque XII. Tabularum excludant patronum? Vix video huius rei rationem, niſi ſi forte prætor omnino proprias voluit eſſe & diſtinctas bonorum poſſeſſiones, circa bona & ſucceſſionem liberti, ſiue proprie dicti, ſiue etiam filii emancipati. Aut an dicimus pertinere hanc bonorum poſſeſſionem ad eos, qui propter capitis diminutionem amplius agnati & ſui non ſunt, veluti, ſi quis nepotem ex filio emancipauerit: qui cum ſit in aliena familia, (vbi ſcilicet pater in poteſtate retentus eſt) ex prioribus poſſeſſionibus non ſuccedet. (Et quo ad *l. 2. C. ad Tertull.* nondum mihi liquet, quomodo fratres præferantur patrono.) Et hinc apparet ratio cur iſta poſſeſſio tertio loco poſt agnatos propoſita fuerit. Ridiculus autem cum aliis eſt Mynſ. qui putant agi hic de perſonis iſtis decem, præferendis patri naturali, qui non contracta fiducia emancipauit, hic enim nec eſt nec dicitur manumiſſor, hæ autem perſonæ extraneo manumiſſori præferuntur. Sed nimis multa de hac re.

Sequitur quarta bonorum poſſeſſio, quæ defertur proximis cognatis, cuius conditio quæ ſit, ſatis ex iis quæ diximus *ſup. ad tit. de ſucceſſ. agnat.* intelligi poteſt.

Quæ autem ſit ea quæ quinto loco proponitur, † *tamquam ex familia*, vt vulgo legitur, 2 ſatis eſt obſcurum: Et hoc modo quoque apud Theophil. extat. Ruſſardus tamen notat hic miram varietatem exemplarium: & Hottoman. legit, *Tum qui ex familia.* Cuiacius, *Tum quam ex familia*, nam & ad eum modum locutus eſt prætor alibi in hac materia, vt docent *l. 1 & 4. vnde legit. l. vn. in fin. vt ex LL. l. ex illa 227. de verb. ſign.* Explicationes quoque variant. Alciat. *1. par. 1. 2.* intelligit hac fuiſſe vocatos gentiles, ſed ipſe needum quid inter gentem & familiam intereſſet, intellexiſſe videtur, vt non ſemel attigimus, gens vna multas familias continebat: neque appella-

tione familiæ gentem veniſſe, vnquam legimus: Ceteroquin facile conceſſerim, deficientibus his qui eiuſdem familiæ erant, gentiles, admiſſos fuiſſe & quidem ſub appellatione agnatorum, nec ratio eſt, cur hæc bonorum poſſeſſio ita fuerit appellata, ſi ad gentiles pertinuiſſet. Communior explicatio eſt, quod vocentur hac bonorum poſſeſſione agnati patroni, quod & Acc. probat. Et oſtendimus *ſup. de ſucc. lib.* etiam adgnatos patroni ad ſucceſſionem liberti admiſſos fuiſſe. Adeo cum in ſpecie parentibus & liberis patroni, itemque cognatis eius propoſuerit poſſeſſionem, non veroſimile eſt agnatos omiſſos fuiſſe. Et hac de cauſa Cuiac. legiſſe videtur, *Tum quem ex familia.* neque enim verbum, *tamquam* quod improprietatem denotat, ſatis conuenit. Quinimo quadrat licet explices de agnatis patroni: quoniam patronus non eſt agnatus liberto: ſed iure agnati, & ita tamquam agnatus venit ad bonorum poſſeſſionem. Sed præterea repugnat ordo Edicti, nec enim credibile eſt, prius patroni agnatis, quam liberis bonorum poſſeſſionem fuiſſe propoſitam: quamuis, quidquid etiam videatur Hottomanno, dici poſſit, nec prætorem ipſum accuratum ordinem ſeruaſſe: aut ſi ille maxime ſeruarit, eum forte à Triboniano neglectum fuiſſe: cui nec obſeruare eum neceſſe fuit, cum ei propoſitum eſſet, iſtas ad liberti bona pertinentes poſſeſſiones tollere: & non leuis eſt Theophili autoritas, qui etiam patroni agnatos hac bonorum poſſeſſione vocatos fuiſſe cenſet. Hottoman. refert ad familiam ipſius liberti, ita vt eius liberos & vxorem intelligat, argumento ſane leui ex *Vlp. tit. vlt. in pr.* vbi agitur de vxore liberti, quæ in manum conuenerat. Et apparet ex illo ipſo loco, talem vxorem olim inter ſuos hæredes fuiſſe. Et hic poterat ſufficere generalis ſucceſſio, *Vnde vir & vxor.* Siquidem ad libertum referre id licet, malim intelligere eos, qui quaſi agnati ſunt liberto. Veros enim agnatos libertus non habet, ſed vtique habere poteſt, qui ipſi per maſculos ſunt coniuncti, quam improprietatem verbo *tamquam* prætor ſignificare voluiſſe videtur, quid enim ſi duo fratres manumiſſi fuerint, ex altero genitus filius, poterit venire ad ſucceſſionem quaſi patrui tamquam agnatus. Sed ſane iſtos inter cognatos (ſcilicet poſt manumiſſionem ſuſceptos & genitos) vocaſſe videtur prætor: ac me ea ſemper ratio mouet, quod veroſimile non eſt, nullam agnatorum patroni factam mentionem. Et videtur prætor circa libertos tot ordines facere voluiſſe, quot circa ingenuos.

Ad hos pertinent tres ordines, ſuorum, legitimorum & cognatorum. Ita & tres ordines voluit facere eorum qui liberto proprio iure ſuccedunt, patronos ipſos cum liberis & parentibus, eorum agnatos & cognatos. Et cum diſtinctam bonorum poſſeſſionem propoſuerit patrono, quamuis hic etiam ex Edicto *vnde legitimi* venire poſſet *l. 2. §. 1. vnde legitimi*, quidni ſeparatim quoque agnatos vocauerit, cum & cognatorum propriam fecerit mentionem. Sed non ſunt iſta tanti.

Neque vero placet, quod Hotto. hic iſtam bonorum poſſeſſionem, quæ patrono & liberis competit, reſtringit ad caſum, quo liberi non naturales ſunt liberto, ſed adoptiui, vel vxor materfam. quæ in manum conuenerat, quoniam ab his quidem patronus à L. XII. Tabb. excludebatur, ſed ex Edicto prætorio vocabatur in partem contra iſtos liberos §. 1. *ſup. de ſucceſſ. lib.* per enim abſurdum eſt, verba ſimpliciter loquentia, reſtringere ad caſum ſingularem. Et cum prætor ordines ſuccedendi faceret, laxius illos patere voluit, & etiam iis proprios eſſe, qui alias ex communi quodam ordine venire poterant. Sexta datur patrono, parentibus & liberis eius, vbi hoc ſaltem annotandum, comprehendi liberos tantum naturales, non etiam adoptiuos, Quod expreſſum eſt Epitome conſtitutionis apud *Cuiac. 20. obſ. 34. in fin.* ex qua ea verba retulimus ſup. ad §. *ſed noſtra 3. de ſucceſſ. libert.* Septima bonorum poſſeſſio eſt coniugum, qui admittuntur ante fiſcum

l. 1. vnde

Digitized by Google

l.1. vnde vir & vxor. l. vn. C. eod. Quod Hottom. notat ad eas pertinere vxores, quæ matronæ dicebantur, non matresfam. & quæ per conuentionem in manum non factæ erant vxores: Cæteroquin eas iure ſuorum hæredum admiſſas primo loco fuiſſe. Sed iſta quidem probantur ex antiquioribus autoribus: ætate autem Iuriſconſultorum noſtrorum obtinuiſſe, & id temporis coniuges inuicem ſibi vt ſuos hæredes ſucceſſiſſe, procul dubio falſiſſimum eſt, quod ad *Treutl. diſp. de nupt.* apertius & plenius oſtendi.

TEXTVS.

3. Sed eos quidem prætoria introduxit Iuriſdictio: à nobis tamen nihil incurioſum prætermiſſum eſt, ſed noſtris conſtitutionibus corrigentes, contra tabulas quidem & ſecundum tabulas bonorum poſſeſſiones admiſimus, vtpote neceſſario conſtitutas: nec non ab inteſtato, Vnde liberi & vnde legitimi, bonorum poſſeſſiones, quæ autem quinto loco erat poſita in prætoris Edicto, *Vnde decem perſonæ*, eam pio propoſito & compendioſo ſermone ſuperuacuam oſtendimus. Cum enim præfata bonorum poſſeſſio decem perſonas præponebat extraneo manumiſſori, noſtra conſtitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eiſdemque manumiſſoribus contracta fiducia manumiſsionem facere dedit: vt ipſa manumiſsio eorum hoc in ſe habeat priuilegium, & bonorum poſſeſsio ſupradicta fiat ſuperuacua. Sublata igitur prædicta quinta poſſeſſione bonorum, in gradum eius ſextam antea bonorum poſſeſſionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur.

COMMENTARIVS.

MVtatio iuris veteris. Et initio iſtud quãuis leue hic notandum: Iuſtinianum, qui cap. præced. poſſeſſiones eas bonorum, quæ teſtamento facto competunt, computauit diſiunctim, ab iis quæ ab inteſtato dantur, hoc §. vtraſque coniunctim recenſere, vt quæ §. *praced.* tertia, ea hoc §. quinta vocetur, & ita porro in cæteris.

Ait Iuſtin. ſe duas illas bonorum poſſeſſiones, quæ teſtamento facto competunt, contra tabulas & ſecundum tabb. conſeruaſſe tanquam neceſſarias. Quod ad priorem attinet, ea ſuis præteritis nec olim neceſſaria fuit emancipatis à patre tantum (nam à matre præteritis olim data non fuit §. *vlt. ſup. de exher. lib.*) neceſſaria olim fuit, hodie an neceſſaria ſit diſputatur, *poſt N. 115. cap. 3.* de quo dixi *ſup. ad pr. tit. de in off. teſtam.* Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas olim neceſſaria erat poſthumo alieno, hodie neceſſaria non eſt, vt ipſe *in pr. h. t.* tradit. Nec iis qui legitime teſtamento valido ſcripti ſunt, neceſſaria eſſe poteſt, cum poſſint iure ciuili adire hæreditatem. Quod ſi teſtamentum aliqua ſolemnitate ciuili deſtituatur, & ſaltem teſtium ſignis ſit ſignatum, diximus ſupra dari quidem ſecundum illud bonorum poſſeſſionem, ſed quæ fere ſit ſine re & effectu, cum teſtamento iure ciuili inualido proximi ab inteſtato facile euincant hæreditatem. Itaque neceſſariam hic Iuſtinianus pro vtili dixiſſe videtur, aut intellexit neceſſariam ex hypotheſi, ſi quis interdicere, & remediis prætoriis veluti Interdicto: Quor. bonorum, vti velit: quæ non temere aliis quam bon. poſſeſſoribus accommodabat prætor.

Sequuntur duæ poſſeſſiones ab Inteſtato: *Vnde liberi* & *vnde legitimi* quas & ipſas,

vt neceſſarias conſeruat, ſed enim illa ſuis neceſſaria nec olim fuit, qui ipſo iure exiſtebant heredes: Emancipatis neceſſaria fuit: hodie non eſt poſt N. 118. ex qua ab inteſtato pariter emancipati, vt ſui ſuccedant, licet non perinde, vt ſui exiſtant hæredes, quomodo nec olim iure prætorio exiſtebant. Vnde *legitimi* nec olim neceſſaria fuiſſe videtur: quippe cum agnati ex L. XII. Tabb. venirent, & qui ex Senatuſconſultis aut conſtitutionibus iure agnatorum & ante proprie dictos agnatos vocabantur, ex illis ipſis Senatuſconſultis & conſtitutionibus ſuccedere poſſent: neque vllam perſonam ſupra retulit Iuſtin. cui prætor ius agnatorum dederit. Quod ſi quod SCtum aut qua alia Lex bonorum poſſeſſionem dare iubebat, his ſpecialis bonorum poſſeſſio propoſita erat, quæ ex LL. dicebatur, de qua *in §. ſeptima infra h. t.* nec bon. poſſeſſio *vnde legitimi* neceſſaria erat. *l. 3 vnde legit.*

Porro poſſeſſio bonorum *vnde decem perſonæ* ſponte ſua ceſſauit, poſtquam ſublatum eſt ius extranei manumiſſoris: quod neceſſario ceſſauit, poſtquam emancipationes ex noua L. Iuſtiniani citra vllas ſolemnitates venditionum aut manumiſſionum fiunt: cum ita nec vllus talis manumiſſor fingi poſſit.

Itaque cum ad eam ipſam cōſtitutionem, quæ *in l. pen. C. de emancip.* extat, hic ſe referat Iuſtin. parum ſubtiliter ait, ſe dediſſe omnibus parentibus contracta fiducia manumiſſionem facere, nam non entis nullæ ſunt qualitates, & ceſſante vetere illo emancipandi modo non niſi ridicule de contracta fiducia, vel omiſſa tractari poteſt, ſuccedit igitur in numerum bonorum poſſeſſionum, ea quę dicitur *vnde cognati*, vt ait Iuſtin. *in verſ. ſublata.* Quæ nec ipſa hodie neceſſaria eſt poſt ſublatam per N. 118. agnationis prærogatiuam, & exæquata agnationum & cognationum iura, cum ex d. N. cognati vocentur æqualiter cum agnatis, qui & hodie cum ex eadem N. ſuccedant, tanto minus bon. poſſeſſio *Vnde legitimi*, neceſſaria eſſe poteſt.

TEXTVS.

4. Cumque antea fuerat ſeptimo loco bonorum poſſeſſio, tamquam ex familia: & octaua, vnde patroni patronæque liberi & parentes eorum: vtramq; per conſtitutionem noſtram, quam de iure patronatus fecimus, penitus euacuauimus. Cum enim ad ſimilitudinem ingenuorum ſucceſſionis, libertinorum ſucceſſiones poſuerimus, quas vſque ad quintum gradum tātummodo coarctauimus, vt ſit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: ſufficit eis tam contra tabulas poſſeſſio, quam *vnde legitimi*, & *vnde cognati*, ex quibus poſſunt ſua iura vindicare, omni ſcrupuloſitate & errore inextricabili iſtarum duarum bonorum poſſeſſionum reſoluta. Aliam vero bonorum poſſeſſionem, quæ, *vnde vir & vxor* appellatur, & nono loco inter veteres poſſeſſiones bonorum poſita erat, & in ſuo vigore ſeruauimus, & alteri loco, id eſt, ſexto eam poſuimus: decima quoque veteri bonorum poſſeſſione, quæ erat, vnde cognati manumiſſoris, propter enumeratas cauſas merito ſublata: vt ſex tantummodo bonorum poſſeſſiones ordinariæ permaneant, ſuo vigore pollentes.

COMMENTARIVS.

1 *Bon. poſſ. tamquam ex familia.*

VLterior mutatio veteris iuris. Et tollit hic tres bon. poſſeſſiones, quæ patronis eorumque liberis, parentibus, quæ agnatis, & quæ cognatis patroni dabatur. Et vtitur

duplici

Digitized by Google

duplici ratione, cur iſtæ poſſeſſiones amplius neceſſariæ non ſint. Prima, quia conſtitutione ſua de patronatus iure ſatis definierit, quomodo libertis patroni ſuccedant. Altera eſt, quod libertinorum & ingenuorum ſucceſſiones fere exæquauerit. Quæ poſterior ratio ſi ad idem thema referas, de ſucceſſione patronorum in bona libertorum, nihil plane concludit: quoniam ingenui nullos habent patronos, ſed ea ratio ſi alicuius debet momenti eſſe, referenda eſt ad ſucceſſionem libertorum inter ſe, qui ſcilicet ex eodem capite, *vnde cognati*, poſſint petere bonorum poſſeſſionem, ex quo eam petunt ingenui. Ex quo mihi probabilis fit ſententia quam ad §. præcedentem propoſui, quod bonorum poſſeſſio, quæ dicitur tamquam ex familia, pertineat ad familiam non patroni, ſed liberti; Illa enim poſterior ratio huius loci, cauſam reddit, cur bonorum poſſeſſio tamquam ex familia ſit ſublata. Vrget quidem obiectio, quam *præcedent.* §. propoſuimus, quod non conueniat, prætorem, qui parentibus, liberis & cognatis quoque propoſuit bonorum poſſeſſionem, nullam propoſuiſſe pro agnatis, ſed fortaſſe an reſpondere poſſit, iis ſuffeciſſe bonorum poſſeſſionem *vnde legitimi* argument. *leg.* 2. §. 1. *vnde legit.* Et ideo liberis parentibuſque fuiſſe propriam propoſitam, vt etiam patronis parentibus, etiam emancipatis, (quibus etiam nominatim ius ſuccedendi liberto tribuit epitome conſtitutionis apud Cuiac. *lib.* 20. *obſ.* 34. *in fin.*) etiam ex filia natis poſſet ſuccurrere prætor; qua occaſione ipſos quoque adiecit patronos, qui alias, *Vnde legitimi*, bonorum poſſeſſionem haud dubie petere potuerunt.

Et ſane non eſt de nihilo, quod mouet Hottomann. non eſſe probabile, vt Iuſtinian. priori loco eam retulerit, quæ agnatis detur patroni, poſt demum eam quæ ipſis patronis; cum ex toto contextu ſatis pateat Iuſtinianum eum ordinem obſeruaſſe, quem ipſe prætor tenuerat. Et tamen Iuſtinian. *ſupr. de ſucc. libert.* §. 3. *in fin.* vbi tantum tractat, quomodo patroni & eius liberi cognatiue ſuccedant libertis, hac eadem vtitur ratione, quod pene conſonantia fecerit iura ingenuorum & libertinorum. Cruces vbique ingeniis figit Iuſtinian. Et ita ratio mea ſuperior pro explicatione *tamquam ex familia*, nulla erit, ſed ea hic quoque erit ſententia Iuſtiniani, quod ita ſuccedant patroni libertinis ſicut alias ſucceditur ingenuis. Et id tamen mihi non ſapit, & forte nec mens fuit Iuſtiniani. Sed videamus cetera huius textus. Ait.

Ad ſimilitudinem ingenuorum.] Cum mox relinquat hanc differentiam, vt libertinis tantum vſque ad quintum gradum ſuccedatur, repetenda huc eſt particula PENE quam poſuit in §. 3. *in fin. de ſucceſſ. lib.* vbi eam particulam ex hoc loco explicat Theophil. Addit duas alias differentias ad *d.* §. 3. Accurs. quod vbi ſucceditur libertinis, à pluribus patronorum liberis, fiat diuiſio in ſtirpes; Item quod vnius patroni filius excludat nepotem alterius patroni, de quo ibidem egimus. Sed ſunt illæ differentiæ parum ſubtiles, quoniam patronus ſuccedens liberto, venit tamquam agnatus, & liberi plurium patronorum ibidem, tamquam ex latere, non tamquam patri ſuo ſuccederent. Hodie ſi agamus de ſucceſſione, libertorum inter ſe, apertius eſt, quod ſuccedatur ad ſimilitudinem ingenuorum, poſt N. 78. qua, ſaluo ſaltem iure patronatus liberti ingenuorum iure vtuntur.

Sufficit iis tam contra tabulas.] Hoc itidem ad patronos pertinet; nam liberis præteritis à patre liberto, communi alias & ordinario iure datur ius dicendi nullum, neque de hac ſpecie ſuccedendi iſto loco agitur. Itaque ſignificat ſufficere patronis iſtam bonorum poſſeſſionem, (circa quam nihil quoque immutauit) de qua in §. 1. & 3. *ſup. de ſucc. libertorum.* Sed an iſta bonorum poſſeſſio contra tabulas, etiam datur liberis, parentibus, & agnatis patroni? Probo ſententiam

Digitized by Google

Fabri, eam agnatis non dari, ſed eos tantum ab inteſtato admitti; Liberis olim datam fuiſſe non dubito; an parentibus etiam competierit, ambigo. Sed decidit rem cõſtitutio, cuius epitome eſt apud *Cuiac. 20. obſ. 34.* & eius huc verba tranſcribere libet: vbi de caſu liberti, qui teſtatus eſt non relicta tertia parte, καλοῦμεν (ait conſtitutio) αὐτοὺς, ἵνα μόνον τὸ τρίτον τῆς τοῦ ἀπελευθέρου κληρονομίας μέρος δυνηθῶσι λαβεῖν, οὐ πάντες οἱ καλούμενοι πρὸς τὴν πατρωνικὴν κληρονομίαν, ἀλλὰ πάτρων καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, καὶ ἔγγονοι καὶ ἀπέγγονοι τούτων οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων καὶ μόνοι, οἱ οὖν περαιτέρω αὐτῶν κατιόντες ἢ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσι τὴν ἐναντίωσιν τῆς διαθήκης, ἐξωτικῶν γραφέντων κληρονόμων ἐπὶ τὸ λαβεῖν τὸ τρίτον τῆς οὐσίας, id eſt. Vocamus eos (ſcilicet per bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas) vt ſaltem tertiam partem (ante enim dimidia erat) liberti hæreditatis poſſint accipere, non tamen omnes (ſcilicet poſſint accipere,) qui vocantur ad patronalem hæreditatem (quæ ſcilicet defertur patronali iure,) ſed patronus & patrona, ſed eorum liberi, nepotes, & pronepotes, & qui vſque ad quintum gradum à patrono deſcendunt, qui igitur vlteriori gradu deſcendunt, vel à latere ſunt, non habent contradictionem teſtamenti (ſcilicet vt poſſint id impugnare per bonor. poſſeſſ. contra tabb.) ſcriptis (à liberto) extraneis hęredibus, pro tertia illa parte capienda.

Vnde cognati & vnde legitimi.] Has ſane bon. poſſeſſiones videtur prætor tantum pro patrono eiuſque agnatis & cognatis propoſuiſſe, id eſt voluiſſe, vt hi ex ordinibus iſtis aliorum agnatorum & cognatorum admittantur. Cum tamen ex *pr ſup. de ſeruil. cogn.* Iuſtin. etiam cognationem ſeruilem admittat, & iis quoque, qui ſunt in ſeruitute nati, ius ſuccedendi & parentibus & inuicem concedat, conſequentia neceſſaria, & hi vtique ex capite, *vnde cognati*, erunt admittendi.

Omni ſcrupuloſitate.] Quæ fuerit iſta ſcrupuloſitas & inextricabilis error, à nemine video explicari. Neque enim ſatisfacit, quod Hottomann. ſcribit, magnas probabiliter controuerſias incidiſſe in partiendis bonis inter patronum, & hæredem extraneum, vel etiam ſuum, non naturalem filium. An enim

Hic labor ille domus & inextricabilis error.

Vbicunque quarta vel quæcunque portio detrahitur, vt plurimum lites oboriri contingit; & Iuſtinian. dimidiam partem in tertiam mutauit. In more eſt hoc Triboniano, vt veteri Iurisprudentiæ contentiones, ambiguitates, & ſcrupuloſitates ſoleat obiicere, & in primis in *leg. 1. Cod comm. de legat.* vbi vocat *inextricabiles circuitus*, & in *leg. 3. §. 2. eod. tit. tenebroſiſſimum errorem.* Scilicet vt extrudat merces ſuas. Mihi ſane non ita facile perſuadet.

Suo vigore pollentes.] Quam exiguus iſtarum hodie ſit vſus ad *textum præcedentem* diximus. Notant tamen ſatis multos caſus, ſed fere ſigulares, Interpretes noſtri, quibus hodieque ſit neceſſaria bonorum poſſeſſio: quos videre eſt apud *Angel. ad tit. ſupr. de exhæred. lib. in princ. numer. 7. & Iaſon. in addit. ad Porcium hic*, & in eo fere conueniunt, quod trium illarum poſſeſſionum, *vnde liberi, vnde legitimi, & vnde cognati*, neceſſitas hodie ſit nulla, poſt differentias ſublatas N. 118. emancipationis, & poteſtatis patriæ, itemq; agnatorum & cognatorum.

TEXTVS.

5. Septima eas ſecuta, quam prætores optima ratione introduxerunt. Nouiſſime enim promittitur edicto iis etiam poſſeſſio bonorum, quibus vt detur, Lege vel Senatuſconſulto vel cõſtitutione comprehenſum eſt, quam neq; bon. po[illegible]ſſionibus, quæ ab inteſtato veniunt neque iis quæ ex teſtamento ſunt, prætor ſtabili iure connumerauit, ſed quaſi [illegible]timum & extraordinarium auxilium, (prout exigit res) accommodauit; ſcilicet iis, qui

qui ex legibus, SCtis, conſtitutionibusue principum ex nouo iure, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato veniunt.

Commentarivs.

HActenus bonorum poſſeſſiones ordinariæ relatæ fuerunt, quæ certis perſonarum gradibus ſiue ordinibus deferuntur, & inſtar hæreditatis Lege delatæ, agnoſcuntur. Aliæ ſunt extraordinariæ; quæ cauſa cognita dantur, & hæ vel determinatæ, velut quæ datur ventri *t.t. de ventr. in poſſeſſ. mitt.* Itemque Carboniana, quæ datur impuberi filiæ, cui controuerſia ſtatus mouetur, dilata hac quæſtione in tempus pubertatis *leg. 1. & t.t. de Carboniano edicto*, vel vagæ & indeterminatæ, quæ variis caſibus cauſa cognita & interpoſito ſpeciali decreto à prætore conceduntur; & hodie quoque neceſſariæ ſunt; qualis ſpecies eſt in *leg. ventre 84. de adquiren. hæredit.* Sub quod genus hæc quoque bonorum poſſeſſio referri poteſt, quæ dicitur ex Legibus, iis promiſſa, quibus bonorum poſſeſſionem dare iubet ius ciuile, vt docet *hic* §. & apertius *L. vn. vt ex Legibus, &c.* quæ docet tunc iſtam bonorum poſſeſſionem habere locum, vbi ſpecies aliqua iuris ciuilis nõ hæreditatem defert, ſed bonorum poſſeſſionem dare iubet; quod etiam docet *l. 3. vnde legit.*

Neque mouet quod cum Lex ſit ex ſe potens deferre hæreditatem, fruſtra videatur recurrere ad prætorem, & ei iniungere, vt det poſſeſſionem bonorum; quoniam legi eſt liberum, quod velit, remedium eligere, & proponere; Et iſta bonorum poſſeſſio pertinet ad caſus ſingulares, in quibus neceſſaria fere eſt cognitio cauſæ, quam prætori Lex permittere; & ad eum voluit remittere. Neque adeo Lex poſſeſſionem bonorum dat (omnis enim bonorum poſſeſſio prætoria eſt,) ſed à prætore eam dari iubet, vbi & iſtud notandum, quod vt plurimum hæc bonorum poſſeſſio incidit in aliquam ſpeciem ordinariæ bonorum poſſeſſionis; ſed ob proprias rationes opus eſt auxilio Legis & prætoris, citra quod alias auferret hæreditatem; veluti contingit in ſpecie *lex poſthumus 12. in pr. de iniuſt. teſtament.* vbi rupto ſummo iure teſtamento, ab inteſtato agnatus ſuccederet, niſi iuxta Hadriani conſtitutionem prætor bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſcripto hæredi daret: cum alias illa quæ ex ſimplici edicto prætoris competit, ſine re eſſet futura.

Itaque non obſtat, quod Fab. mouet, hanc bonorum poſſeſſionem eſſe ſeptimam; illam autem ſecundum tabulas, ſecundam: eoque non poſſe concurrere. Et proinde nihil prohibeat exemplum quoq; petere ex §. *non tamen ſupr. quibus modis teſtament. infirm.* Et vt apparet ex *dd. textibus* eſt iſta generalis bonorum poſſeſſio non ad certam ſpeciem reſtricta, & quæ adeo omnibus ordinibus, ſingularibus caſibus poſſit accommodari. Exemplum ſingulare quoque prodidit *Cuiacius 14. obſ. 11.*

TEXTVS.

6. Cum igitur plures ſpecies ſucceſſionum prætor introduxiſſet, eaſque per ordinem diſpoſuiſſet, & in vnaquaque ſpecie ſucceſſionis ſæpe plures, gradu diſpari exſtent perſonæ: ne creditorum actiones differentur, ſed haberent quos conuenirent, & ne facile in poſſeſſionẽ bonorum defuncti mitterentur, & eo modo ſibi conſulerent, ideo bonorum poſſeſſioni petendæ certum præfiniuit tempus. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quam adoptiuis in petenda bonorum poſſeſſione ſpatium anni, ceteris autem agnatis vel cognatis, centum dierum dedit. Et, ſi intra hoc tempus aliquis bono-

Digitized by Google

bonorum poſſeſſionem non petierit, eiuſdē gradus perſonis adcreſcit, vel ſi nullus ſit, deinceps ceteris bonorũ poſſeſſ. perinde ex edicto ſucceſſorio pollicetur, ac ſi is, qui præcedebat, ex eo numero non eſſet, ſi quis itaq; delatam ſibi bonorum poſſeſſionem repudiauerit, non quouſq; tempus bonorum poſſeſſioni præfinitum exceſſerit, expectatur, ſed ſtatim ceteri ex eodem edicto admittuntur. In petenda autem bonorum poſſeſſione, dies vtiles ſinguli conſiderantur. Sed bene anteriores principes & huic cauſæ prouiderunt, ne quis pro petenda bonorum poſſeſſione curet, ſed quocunque modo admittentis eam iudicium, (intra ſtatuta tamen tempora) oſtenderit, plenum habeat earum beneficium.

Commentarivs.

Connexa hæc tractatio eſt, de modo adquirendi bonorum poſſeſſionem, & intra quæ tempora; itaq; vno contextu iſta propo :ere viſum fuit.

Eaſque per ordinem diſpoſuiſſet.] Vt altera alteri eſſet ſubalterna, & ab vna ad alteram tranſiretur. Primo enim vocantur ſui, poſt agnati, mox cognati, quæ eſt ſucceſſio de ordine in ordinem, quas ſpecies ſucceſſionis hic vocat Iuſtinian. Eſt alia in eodem ordine de gradu in gradum: quæ iure ciuili locum non habebat, vt dictum in §. *placebat 7. ſupra de legitima agnatorum ſucceſſione.* Sed prætor ei locum fecit, & ei fini præcipue ſucceſſorium edictum introduxit *leg. 1. & t. t. de ſucceßione Edict.* quod ſignificat Iuſtinian. hoc §. dum ait, in vna ſpecie ſucceſſionis, veluti agnatorum & cognatorum, ſæpe exſtare gradu diſpares perſonas; ita vt priori gradu deficiente ſequens admittatur. Et hac ipſa gratia certum tempus petendæ bonorum poſſeſſioni definitum eſt vt ſciri poſſet, quando finito iure prioris, gradus ſecundus eam petere poſſet, & nullo petente tandem ſequens ordo, aut fiſcus admitteretur. Sed & alia ratio additur hoc §. *& in l. 1. in princ. de ſucceſſ. edict.* Nimirum ſicut in debitore viuo latitante ius eſt, vt niſi ab alio defendatur, mittantur creditores in poſſeſſionem bonorum, & porro bona diſtrahantur; ita & mortuo debitore, ſi nemo ſit, qui actiones excipiat, & reſpondeat creditoribus, iure hi petunt immitti in bona.

Quod adeo cum ignominioſum eſſet, ne facile permittere cogeretur prætor, certum tempus conſtituit, intra quod petenda eſſet bonorum poſſeſſio, & quod citra iniuriam cogantur exſpectare creditores. Ex quibus apparet, triplex commodum in hac temporis definitione ſpectari, ipſius teſtatoris, vt ne ob moram bonorum poſſeſſoris in bona ipſius immittantur creditores: ſequentium graduum, vt ſciant an ius bonorum poſſeſſionis ad ipſos deuolutum ſit: & creditorum denique, ne eorum actiones diutius differantur.

Liberis & parentibus.] His anni ſpatium datum eſt; ceteris, agnatis cognatiſque, centum dierum. Ratio diuerſitatis eſt in *leg. 1. §. Largius 12. de ſucceßione edict.* quod illi non ſint arctandi, nec tam facile excludendi, qui tamquam ad bona propria veniunt. Quæ ratio cum in liberis magis proprie vera ſit quam in parentibus, per ea quæ ſupr. ad §. 1. *de inoffic. teſtament.* diximus, ex ea laxius tempus liberis quam parentibus erat tribuendum. Plane nullus eſt ordo proprius ex quo vocentur ad bonorum poſſeſſionem parentes, vti eſt liberorum agnatorum & cognatorum: itaq; quod hic de parentibus dicitur, locum habet, ſi v. c. pater bonorum poſſeſſionem contra emancipati filij tabulas petat *d. l. 1. §. penult. de ſucceſſ. edict.* item ſi mater cui ex Tertull. SCto defertur hæreditas, petat bonorum

rum poſſeſſionem ex capite, *vnde legitimi*, iuxta *l.3. vnde legit.*

Et ſi intra hoc tempus.] Ius adcreſcendi habet locum in ſucceſſione teſtamentaria, & ab inteſtato, *§. vltim. ſupr. de SC. Orſit.* itemque in ſucceſſione ciuili & prætoria; vt hic locus oſtendit; ſi nimirum ex eodem gradu perſona aliqua defecerit; id eſt mortua ſit, vel repudiauerit; quæ repudiatio hic eſt vel expreſſa, vel tacita, veluti ſi quis intra tempus præfinitum bonorum poſſeſſionem non petierit h. §. eoſque omnes caſus complexus eſt Iuriſconſultus in *l. 4. de bonorum poſſeſſ.* Sed an ita accreſcit vel accedit, vt illa pars quæ defecit, ſit de nouo petenda à prætore an vt citra nouam petitionem accedat? Et poſterius magis probo exemplo iuris accreſcendi, quod in ſucceſſione ciuili obtinet, vt pars vacans neceſſario accedat portioni occupatæ; idque etiam confirmat *lex 3. §. vltim. cum 2. ll. ſeqq. h. t.* vbi & in *dict. leg. 5.* dicitur, ei qui admiſit, accreſcere portiones quæ ceteris competerent, ſi petijſſent bonorum poſſeſſionem.

Deinceps ceteris.] Hoc iam diximus, per edictum ſucceſſorium deferri bonorum poſſeſſionem ſequenti gradui, quam præcedens non admiſit; & quidem ita iuxta hunc textum, ac ſi præcedens gradus in eo ordine non fuiſſet: quod ideo mihi videtur ita receptum, vt remoueretur ratio, qua ex Lege 12. tabularum ſucceſſioni locus eſſe negatur, iuxta not. ad *§. placebat ſupr. de legit. agnatorum ſucceßione.* quod proximo deferatur hæreditas, in quo cum ſpectandum ſit tempus mortis defuncti, vtique proximus non eſt ſequens gradus. Itaque prætor cum edictum ſucceſſorium introduceret, hoc colore vſus eſt, ac ſi numquam priori gradui, ſed recta ſequenti bonorum poſſeſſio fuiſſet delata.

Si quis itaque.] Repudiata bonorum poſſeſſione per eos, qui gradu præcedenti ſunt, exinde ſequenti gradui locus fit. Quod duplici cauſa admonetur, 1. vt intelligamus, eum qui ſemel repudiauit, amplius ad bonorum poſſeſſionem non admitti *leg. 1. §. qui ſemel 6. de ſucceßorio edicto*, niſi quis (quod commune eſt ius,) beneficio ætatis reſtituatur, 2. quod præcipue ad hanc rem pertinet, vt ſciamus, repudiante agnato intra tempus præfinitum, & verbi cauſa, poſt quinquaginta dies, ſtatim intelligamus currere tempus & centum dies ſequenti gradui, non vero demum poſt elapſos inſuper alios quinquaginta dies. Itaque ſi à repudiatione prioris gradus exceſſerint centum dies, iam ſecundus quoque gradus excluſus eſt, priori enim repudiante iam ſtatim cepit ad ſequentem pertinere poſſeſſio, *dict. leg. 1. §. 6. de edict. ſucceſſorio.*

In petenda.] Alibi tractatur, tempus in iure noſtrum aliud eſſe continuum, aliud vtile. Vtile tempus quid ſit ex duabus qualitatibus dignoſcitur, vt quis ſciat aliquod ius ſibi competere, & vt illud ius exercere poſſit. Id ſignificat vetus ratio inſtituendi ſub formula cretionis, de qua diximus ſupra *§. vltim. de hæredum qualitat. Intra centum dies, quibus ſcieris, poteriſue.* Itaque tempus vtile non currit, nec computatur ignoranti, nec agere non valenti. Et hinc illi centum dies demum currunt & computantur, ex quo quis ſciuit bonorum poſſeſſionē ſibi delatam, & rurſus ex quo quis ſciuit, inter eos dies non computantur, quibus vel quominus peteret neceſſaria cauſa impeditus fuit, vel eo quod prætor copiam ſui non faciebat, bonorum poſſeſſionem non poterat petere *l. 2. & vltim. quis ord. in bonorum poſſeßione.* Ex quo intelligitur aliud hic iuris eſſe in bonorum poſſeſſionibus ordinarijs, de quibus *h. t.* agitur, quæ certis perſonarum generibus deferuntur; aliud in extraordinarijs, quæ accuratiorem cauſæ cognitionem & decretum deſiderant. Illæ nimirum dicebantur admitti, *d. l. 2. quis ordo in bonor. poſſeſſ. l. 1. §. quibus 10. & §. Largius 12. de ſucc. edict.* quod in cuiuſuis libero arbitrio poſitum erat, nec prætor eas ſi quis agnatum, aut cognatum ſe probaſſet, poterat denegare: Itaque etiam

Digitized by Google

bon. poſſ. ſec. tabulas. Eſt tamen & alia ſpecies huius bonorum poſſeſſionis contra tabb. quæ patrono datur præterito, in partem quam ei dat Edictum prætoris, vel etiam conſtitutio Iuſtiniani, iuxta tradita *ſup. de ſucceſſ. libert.* Altera hinc eſt, ſecundum tabulas, modo rite ſint compoſitæ, de quo ſupra in materia teſtamentorum diximus, nihil præterea requirere prætorem, quam vt ſeptem teſtium ſignis ſint ſignatæ tabulæ, nec attendere alias ſolennitates iuris ciuilis.

Sequuntur bonorum poſſeſſiones ab inteſtato. Semper enim teſtati cauſa potior eſt, itaque ait Iuſtin. prætorem poſtquam de teſtatis locutus eſt, ad cauſam inteſtati tranſitum feciſſe. Sed non tamen eo ſenſu, vt teſtati cauſa ſimpliciter præferri poſſet: nam per bonorum poſſeſſionem contra tabulas euertitur teſtamentum, & res deducitur ad cauſam inteſtati: & iſta bonorum poſſeſſio prior eſt bonorum poſſeſſione, quæ datur ſecundum tabulas, ſcilicet imparibus poſitis terminis perſonarum, quæ petunt bonorum poſſeſſionem, vbi nimirum liberis præteritis inſtituti ſunt extranei hæredes *l. 2. in pr. de bon. poſſ. ſec. tab.* nam hæredibus ſuis ſcriptis primo loco ſecundum tabulas datur poſſeſſio, ſed & ſi ſui ſint præteriti & alii hæredes ſcripti, ratio propria eſt, quod quamuis teſtamentum ſeptem teſtium ſigna habeat, & poſſeſſio bonorum ſecundum illud peti poſſit, tamen propter ius liberorum, & quod eiuſmodi diſpoſitio iure ciuili, cuius miniſter eſt prætor, nulla eſt, fit, vt iſta poſſeſſio bonorum ſecundum tabb. ſit ſine re, & vt potior ſit ſucceſſio ab inteſtato, dum liberi iure ſuo vtuntur, per *l. 1. §. vlt. vnd. liberi, iunct. l. vlt. de lib. & poſth.*

Dicamus iam de bonorum poſſeſſionibus ab inteſtato. De duabus prioribus res liquida eſt, quæ ſunt, *Vnde liberi* &, *vnde agnati*: *ſiue legitimi* & ex ſuperioribus quorſum illæ pertineant, & quibus competant, ſatis conſtat, quod nimirum illa liberis, ſiue ſuis ſiue emancipatis detur, hæc agnatis & qui quacunque L. aut SCto veluti Tertulliano aut Orphitiano inter agnatos aut iure agnatorum vocantur *l. 3. vnd. legit.* Tertiam dicit Iuſtin. propoſitam decem perſonis, quæ præferebantur extraneo manumiſſori. Vbi repetendum eſt, quod non ſemel, & præcipue ad *§. præterea ſup. quib. mod. ius pat. pot. ſolu.* diximus, emancipationem ita fieri ſolitam, vt imaginarius emptor adhiberetur, qui filium ſibi mancipatum à patre primo, ſecundo & tertio, manumitteret, quo demum facto filius liberabatur à poteſtate patris. Et, vt ad *§. vlt. ſup. de legit. agn. ſucc.* quoque notatum, ſub tertiam venditionem fiducia contrahi ſolebat, vt imaginarius ille emptor ſiue pater (ita enim quoque appellatum fuiſſe docet *Caius lib. 1. Inſtit. 6.*) filium patri naturali remanciparet, vt hic ipſe filium tertio manumittens, ius patroni haberet, quid ſi neglectum & non contracta fiducia, imaginarius ille emptor filium manumiſiſſet, ipſe ſumma & ſtricta ratione ius patroni in eo conſequebatur, quod aliis patronis, ſiue ex L. XII. Tabularum, ſiue ex Edicto prætoris, aut ex Lege Papia competebat. Quod cum prætori non immerito iniquum videretur, vt homo alieniſſimus in filio alterius, emãcipato ius patroni haberet, & ab inteſtato omnibus pene præferatur propoſita hac bonorum poſſeſſione decem hic numeratas perſonas ei prætulit, qui dicitur extraneus manumiſſor, & opponitur patri manumiſſori.

Et hanc bonorum poſſeſſionem intelligit ICtus *in l. ſi ad patrem 10. de ſuis & legit.* quoniam nimirum ille eſt pater non manumiſſor, qui filium emancipauit non contracta fiducia, & per hanc bonorum poſſeſſionem filio ſuccedit, cum ceſſante iure patronatus non poſſit ad legitimam filii hæreditatem, (quæ patrono L. XII. Tabul. defertur) admitti. Et eodem ſenſu dicitur pater manumiſſor cui ius vetus, (ſcil. patroni) ſit ſeruatum *in l. 2. C. ad SC. Tertull.* Et iſtæ ſunt decem perſonæ, quæ in aliis terminis præferuntur fiſco *in l. 1. C. de ſecund. nupt.* Sed quæritur de ipſarum decem perſonarum hic enumeratorum ordine inter ſe, quem Iuſtinianus non videtur obſeruaſſe hoc loco: cum ex *d. l. 2.* poſt liberos demum

& fratres

& fratres pater manumiſſor vocetur. Nec dubium eſt liberorum cauſam omnino eſſe potiorem, ſed quod iuxta *d. l.* 2. fratres præferuntur manumiſſori patri, ſcrupulo non caret. Et vt hoc addam ad ea quæ tractaui ſupra ad *pr. de ſeruil. cognat. & §. ſed noſtra. ſ. p. de ſucceſſ. libert.* Siquidem liberto inteſtato ſine liberis mortuo omnino ſuccedit patronus, vt traditur *in d. §. ſed noſtra.* non video quomodo frater præferatur patri manumiſſori, quem conſtat ius patroni in filio manumiſſo habere *tot. tit. ſi quis à par. §. vlt. ſup. de leg. agn. ſucc. §. præterea C. ſup. quib. mod. ius pat. pot. ſoluitur.* Veniebat in mentem ideo ex L. XII. Tabb. omnino poſt ſuos hæredes vocatum patronum, quia libertus nec parentes nec agnatos habebat, & cognationis, quæ initium in ſeruitute cepiſſet, nulla penitus habebatur ratio, & alias quoque cum ſolo iure cognationis citra agnationem ſuccedi ex XII. Tabulis non poſſet, vtique nec emancipati fratres aut ſorores ex ratione L. XII. Tabb. fratri emancipato ſuccedere, aut patri manumiſſori preferri potuerint. Et ſi adeo nihil mutatum à Triboniano *in d. l.* 2. *C. ad Tertull.* &, ſi argumentum validum à contrario ſenſu inde poteſt deduci, fateri oportebat, habitam poſtea rationem cognationis, & Impp. quoque hac in re ſecutos ius pretorium fratres liberti ante patronum admiſiſſe. Cum enim in iure antiquo manumiſſoris ſe fundet *d. l.* 2. efficietur, vt poſtquam Iuſtinianus ſeruilium cognationum in ſucceſſione voluit haberi rationem *d. pr. de ſeruil. cognat.* hodie & iuxta illud ius quiuis frater liberti cuicunque patrono præferatur, & ita recte ſe habebit illorum opinio, qui excluſo patrono manumiſſi fratris, vnum in alterius locum admitti defendunt, de quo *ad d. pr.* ſupra diximus. Verum poſito iſto iure, quo frater & ſoror præferuntur etiam patri manumiſſori, iuxta *d. l.* 2. *C. ad SC. Tertull.* quid tandem neceſſe fuit fratrem & ſororem ſpeciali hac bonorum poſſeſſione vocari? Qui enim præferuntur naturali patri & habenti ius patroni, illi vtique multo magis præferuntur extraneo manumiſſori. Rurſus quid neceſſe fuit vocare filios & filias, & omnino liberos, cum hi ex primo capite Edicti prætoris ante omnes vocentur, & ex L. quoque XII. Tabularum excludant patronum? Vix video huius rei rationem, niſi ſi forte prætor omnino proprias voluit eſſe & diſtinctas bonorum poſſeſſiones, circa bona & ſucceſſionem liberti, ſiue proprie dicti, ſiue etiam filii emancipati. Aut an dicimus pertinere hanc bonorum poſſeſſionem ad eos, qui propter capitis diminutionem amplius agnati & ſui non ſunt, veluti, ſi quis nepotem ex filio emancipauerit: qui cum ſit in aliena familia, (vbi ſcilicet pater in poteſtate retentus eſt) ex prioribus poſſeſſionibus non ſuccedet. (Et quo ad *l.* 2. *C. ad Tertull.* nondum mihi liquet, quomodo fratres præferantur patrono.) Et hinc apparet ratio cur iſta poſſeſſio tertio loco poſt agnatos propoſita fuerit. Ridiculus autem cum aliis eſt Mynſ. qui putant agi hic de perſonis iſtis decem, præferendis patri naturali, qui non contracta fiducia emancipauit, hic enim nec eſt nec dicitur manumiſſor, hæ autem perſonæ extraneo manumiſſori præferuntur. Sed nimis multa de hac re.

Sequitur quarta bonorum poſſeſſio, quæ defertur proximis cognatis, cuius conditio quæ ſit, ſatis ex iis quæ diximus *ſup. ad tit. de ſucceſſ. agnat.* intelligi poteſt.

Quæ autem ſit ea quæ quinto loco proponitur, † *tamquam ex familia*, vt vulgo legitur, 2 ſatis eſt obſcurum: Et hoc modo quoque apud Theophil. extat. Ruſſardus tamen notat hic miram varietatem exemplarium; & Hottoman. legit, *Tum qui ex familia.* Cuiacius, *Tum quem ex familia*, nam & ad eum modum locutus eſt prætor alibi in hac materia, vt docent *l.* 1 *&* 4. *vnde legit. l. vn. in fin. vt ex LL. l. ex illa* 227. *de verb. ſign.* Explicationes quoque variant. Alciat. 1. *par.* 1. 2. intelligit hac fuiſſe vocatos gentiles, ſed ipſe necdum quid inter gentem & familiam intereſſet, intellexiſſe videtur, vt non ſemel attigimus, gens vna multas familias continebat: neque appella-

Digitized by Google

tione familiæ gentem veniſſe, vnquam legimus: Ceteroquin facile conceſſerim, deficientibus his qui eiuſdem familiæ erant, gentiles, admiſſos fuiſſe & quidem ſub appellatione agnatorum, nec ratio eſt, cur hæc bonorum poſſeſſio ita fuerit appellata, ſi ad gentiles pertinuiſſet. Communior explicatio eſt, quod vocentur hac bonorum poſſeſſione agnati patroni, quod & Acc. probat. Et oſtendimus *ſup. de ſucc. lib.* etiam adgnatos patroni ad ſucceſſionem liberti admiſſos fuiſſe. Adeo cum in ſpecie parentibus & liberis patroni, itemque cognatis eius propoſuerit poſſeſſionem, non veroſimile eſt agnatos omiſſos fuiſſe. Et hac de cauſa Cuiac. legiſſe videtur, *Tum quem ex familia.* neque enim verbum, *tamquam* quod improprietatem denotat, ſatis conuenit. Quinimo quadrat licet explices de agnatis patroni: quoniam patronus non eſt agnatus liberto: ſed iure agnati, & ita tamquam agnatus venit ad bonorum poſſeſſionem. Sed præterea repugnat ordo Edicti, nec enim credibile eſt, prius patroni agnatis, quam liberis bonorum poſſeſſionem fuiſſe propoſitam: quamuis, quidquid etiam videatur Hottomanno, dici poſſit, nec prætorem ipſum accuratum ordinem ſeruaſſe: aut ſi ille maxime ſeruarit, cum forte à Triboniano neglectum fuiſſe: cui nec obſeruare eum neceſſe fuit, cum ei propoſitum eſſet, iſtas ad liberti bona pertinentes poſſeſſiones tollere: & non leuis eſt Theophili autoritas, qui etiam patroni agnatos hac bonorum poſſeſſione vocatos fuiſſe cenſet. Hottoman. refert ad familiam ipſius liberti, ita vt eius liberos & vxorem intelligat, argumento ſane leui ex *Vlp. tit. vlt. in pr.* vbi agitur de vxore liberti, quæ in manum conuenerat. Et apparet ex illo ipſo loco, talem vxorem olim inter ſuos hæredes fuiſſe. Et hic poterat ſufficere generalis ſucceſſio, *Vnde vir & vxor.* Siquidem ad libertum referre id licet, malim intelligere eos, qui quaſi agnati ſunt liberto. Veros enim agnatos libertus non habet, ſed vtique habere poteſt, qui ipſi per maſculos ſunt coniuncti, quam improprietatem verbo *tamquam* prætor ſignificare voluiſſe videtur, quid enim ſi duo fratres manumiſſi fuerint, ex altero genitus filius, poterit venire ad ſucceſſionem quaſi patrui tamquam agnatus. Sed ſane iſtos inter cognatos (ſcilicet poſt manumiſſionem ſuſceptos & genitos) vocaſſe videtur prætor: ac me ea ſemper ratio mouet, quod veroſimile non eſt, nullam agnatorum patroni factam mentionem. Et videtur prætor circa libertos tot ordines facere voluiſſe, quot circa ingenuos.

Ad hos pertinent tres ordines, ſuorum, legitimorum & cognatorum. Ita & tres ordines voluit facere eorum qui liberto proprio iure ſuccedunt, patronos ipſos cum liberis & parentibus, eorum agnatos & cognatos. Et cum diſtinctam bonorum poſſeſſionem propoſuerit patrono, quamuis hic etiam ex Edicto *vnde legitimi* venire poſſet *l. 2. §. 1. vnde legitimi*, quidni ſeparatim quoque agnatos vocauerit, cum & cognatorum propriam fecerit mentionem. Sed non ſunt iſta tanti.

Neque vero placet, quod Hotto. hic iſtam bonorum poſſeſſionem, quæ patrono & liberis competit, reſtringit ad caſum, quo liberi non naturales ſunt liberto, ſed adoptiui, vel vxor materfam. quæ in manum conuenerat, quoniam ab his quidem patronus à L. XII. Tabb. excludebatur, ſed ex Edicto prætorio vocabatur in partem contra iſtos liberos §. 1. *ſup. de ſucceſſ. lib.* per enim abſurdum eſt, verba ſimpliciter loquentia, reſtringere ad caſum ſingularem. Et cum prætor ordines ſuccedendi faceret, laxius illos patere voluit, & etiam iis proprios eſſe, qui alias ex communi quodam ordine venire poterant. Sexta datur patrono, parentibus & liberis eius, vbi hoc ſaltem annotandum, comprehendi liberos tantum naturales, non etiam adoptiuos, Quod expreſſum eſt Epitome conſtitutionis apud *Cuiac. 20. obſ. 34. in fin.* ex qua ea verba retulimus ſup. ad §. *ſed noſtra 3. de ſucceſſ. libert.* Septima bonorum poſſeſſio eſt coniugum, qui admittuntur ante fiſcum

l.1. vnde vir & vxor. l. vn. C. eod. Quod Hottom. notat ad eas pertinere vxores, quæ matronæ dicebantur, non matresfam. & quæ per conuentionem in manum non factæ erant vxores: Cæteroquin eas iure ſuorum hæredum admiſſas primo loco fuiſſe. Sed iſta quidem probantur ex antiquioribus autoribus: ætate autem Iuriſconſultorum noſtrorum obtinuiſſe, & id temporis coniuges inuicem ſibi vt ſuos hæredes ſucceſſiſſe, procul dubio falſiſſimum eſt, quod ad *Treutl. diſp. de nupt.* apertius & plenius oſtendi.

TEXTVS.

3. Sed eos quidem prætoria introduxit Iuriſdictio: à nobis tamen nihil incurioſum prætermiſſum eſt, ſed noſtris conſtitutionibus corrigentes, contra tabulas quidem & ſecundum tabulas bonorum poſſeſſiones admiſimus, vtpote neceſſario conſtitutas: nec non ab inteſtato, Vnde liberi & vnde legitimi, bonorum poſſeſſiones, quæ autem quinto loco erat poſita in prætoris Edicto, *Vnde decem perſonæ*, eam pio propoſito & compendioſo ſermone ſuperuacuam oſtendimus. Cum enim præfata bonorum poſſeſſio decem perſonas præponebat extraneo manumiſſori, noſtra conſtitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eiſdemque manumiſſoribus contracta fiducia manumiſsionem facere dedit: vt ipſa manumiſsio eorum hoc in ſe habeat priuilegium, & bonorum poſſeſsio ſupradicta fiat ſuperuacua. Sublata igitur prædicta quinta poſſeſſione bonorum, in gradum eius ſextam antea bonorum poſſeſſionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur.

COMMENTARIVS.

MVtatio iuris veteris. Et initio iſtud quãuis leue hic notandum: Iuſtinianum, qui cap. præced. poſſeſſiones eas bonorum, quæ teſtamento facto competunt, computauit disiunctim, ab iis quæ ab inteſtato dantur, hoc §. vtraſque coniunctim recenſere, vt quæ §. *præced.* tertia, ea hoc §. quinta vocetur, & ita porro in cæteris.

Ait Iuſtin. ſe duas illas bonorum poſſeſſiones, quæ teſtamento facto competunt, contra tabulas & ſecundum tabb. conſeruaſſe tanquam neceſſarias. Quod ad priorem attinet, ea ſuis præteritis nec olim neceſſaria fuit emancipatis à patre tantum (nam à matre præteritis olim data non fuit §. *vlt. ſup. de exher. lib.*) neceſſaria olim fuit, hodie an neceſſaria ſit diſputatur, *poſt N. 115. cap.* 3. de quo dixi *ſup. ad pr. tit. de in. ff. teſtam.* Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas olim neceſſaria erat poſthumo alieno, hodie neceſſaria non eſt, vt ipſe *in pr. h. t.* tradit. Nec iis qui legitime teſtamento valido ſcripti ſunt, neceſſaria eſſe poteſt, cum poſſint iure ciuili adire hæreditatem. Quod ſi teſtamentum aliqua ſolemnitate ciuili deſtituatur, & ſaltem teſtium ſignis ſit ſignatum, diximus ſupra dari quidem ſecundum illud bonorum poſſeſſionem, ſed quæ fere ſit ſine re & effectu, cum teſtamento iure ciuili inualido proximi ab inteſtato facile euincant hæreditatem. Itaque neceſſariam hic Iuſtinianus pro vtili dixiſſe videtur, aut intellexit neceſſariam ex hypotheſi, ſi quis interdicere, & remediis prætoriis veluti Interdicto: Quor. bonorum, vti velit: quæ non temere aliis quam bon. poſſeſſoribus accommodabat prætor.

Sequuntur duæ poſſeſſiones ab Inteſtato: *Vnde liberi* & *vnde legitimi* quas & ipſas, vt ne-

vt neceſſarias conſeruat, ſed enim illa ſuis neceſſaria nec olim fuit, qui ipſo iure exiſtebant heredes: Emancipatis neceſſaria fuit: hodie non eſt poſt N. 118. ex qua ab inteſtato pariter emancipati, vt ſui ſuccedant, licet non perinde, vt ſui exiſtant hæredes, quomodo nec olim iure prætorio exiſtebant. Vnde *legitimi* nec olim neceſſaria fuiſſe videtur: quippe cum agnati ex L. XII. Tabb. venirent, & qui ex Senatuſconſultis aut conſtitutionibus iure agnatorum & ante proprie dictos agnatos vocabantur, ex illis ipſis Senatuſconſultis & conſtitutionibus ſuccedere poſſent: neque vllam perſonam ſupra retulit Iuſtin. cui prætor ius agnatorum dederit. Quod ſi quod SCtum aut qua alia Lex bonorum poſſeſſionem dare iubebat, his ſpecialis bonorum poſſeſſio propoſita erat, quæ ex LL. dicebatur, de qua *in §. ſeptima infra h. t.* nec bon. poſſeſſio *vnde legitimi* neceſſaria erat. *l. 3 vnde legit.*

Porro poſſeſſio bonorum *vnde decem perſonæ* ſponte ſua ceſſauit, poſtquam ſublatum eſt ius extranei manumiſſoris: quod neceſſario ceſſauit, poſtquam emancipationes ex noua L. Iuſtiniani citra vllas ſolemnitates venditionum aut manumiſſionum fiunt: cum ita nec vllus talis manumiſſor fingi poſſit.

Itaque cum ad eam ipſam cõſtitutionem, quæ *in l. pen. C. de emancip.* extat, hic ſe referat Iuſtin. parum ſubtiliter ait, ſe dediſſe omnibus parentibus contracta fiducia manumiſſionem facere, nam non entis nullæ ſunt qualitates, & ceſſante vetere illo emancipandi modo non niſi ridicule de contracta fiducia, vel omiſſa tractari poteſt, ſuccedit igitur in numerum bonorum poſſeſſionum, ea quę dicitur *vnde cognati*, vt ait Iuſtin. *in verſ. ſublata.* Quæ nec ipſa hodie neceſſaria eſt poſt ſublatam per N. 118. agnationis prærogatiuam, & exæquata agnationum & cognationum iura, cum ex d. N. cognati vocentur æqualiter cum agnatis, qui & hodie cum ex eadem N. ſuccedant, tanto minus bon. poſſeſſio *Vnde legitimi*, neceſſaria eſſe poteſt.

TEXTVS.

4\. Cumque antea fuerat ſeptimo loco bonorum poſſeſſio, tamquam ex familia: & octaua, vnde patroni patronæque liberi & parentes eorum: vtramq; per conſtitutionem noſtram, quam de iure patronatus fecimus, penitus euacuauimus. Cum enim ad ſimilitudinem ingenuorum ſucceſſionis, libertinorum ſucceſſiones poſuerimus, quas vſque ad quintum gradum tãtummodo coarctauimus, vt ſit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: ſufficit eis tam contra tabulas poſſeſſio, quam *vnde legitimi*, & *vnde cognati*, ex quibus poſſunt ſua iura vindicare, omni ſcrupuloſitate & errore inextricabili iſtarum duarum bonorum poſſeſſionum reſoluta. Aliam vero bonorum poſſeſſionem, quæ, *vnde vir & vxor* appellatur, & nono loco inter veteres poſſeſſiones bonorum poſita erat, & in ſuo vigore ſeruauimus, & alteri loco, id eſt, ſexto eam poſuimus: decima quoque veteri bonorum poſſeſſione, quæ erat, vnde cognati manumiſſoris, propter enumeratas cauſas merito ſublata: vt ſex tantummodo bonorum poſſeſſiones ordinariæ permaneant, ſuo vigore pollentes.

COMMENTARIVS.

1 *Bon. poſſ. tamquam ex familia.*

VLterior mutatio veteris iuris. Et tollit hic tres bon. poſſeſſiones, quæ patronis eorumque liberis, parentibus, quæ agnatis, & quæ cognatis patroni dabatur. Et vtitur

duplici

duplici ratione, cur iſtæ poſſeſſiones amplius neceſſariæ non ſint. Prima, quia conſtitutione ſua de patronatus iure ſatis definierit, quomodo libertis patroni ſuccedant. Altera eſt, quod libertinorum & ingenuorum ſucceſſiones fere exæquauerit. Quæ poſterior ratio ſi ad idem thema referas, de ſucceſſione patronorum in bona libertorum, nihil plane concludit: quoniam ingenui nullos habent patronos, ſed ea ratio ſi alicuius debet momenti eſſe, referenda eſt ad ſucceſſionem libertorum inter ſe, qui ſcilicet ex eodem capite, *vnde cognati*, poſſint petere bonorum poſſeſſionem, ex quo eam petunt ingenui. Ex quo mihi probabilis fit ſententia quam ad §. præcedentem propoſui, quod bonorum poſſeſſio, quæ dicitur tamquam ex familia, pertineat ad familiam non patroni, ſed liberti; Illa enim poſterior ratio huius loci, cauſam reddit, cur bonorum poſſeſſio tamquam ex familia ſit ſublata. Vrget quidem obiectio, quam *præcedent.* §. propoſuimus, quod non conueniat, prætorem, qui parentibus, liberis & cognatis quoque propoſuit bonorum poſſeſſionem, nullam propoſuiſſe pro agnatis, ſed fortaſſe an reſpondere poſſit, iis ſuffeciſſe bonorum poſſeſſionem *vnde legitimi*. argument. *leg. 2. §. 1. vnde legit.* Et ideo liberis parentibuſque fuiſſe propriam propoſitam, vt etiam patronis parentibus, etiam emancipatis, (quibus etiam nominatim ius ſuccedendi liberto tribuit epitome conſtitutionis apud *Cuiac. lib. 20. obſ. 34. in fin.*) etiam ex filia natis poſſet ſuccurrere prætor; qua occaſione ipſos quoque adiecit patronos, qui alias, *Vnde legitimi*, bonorum poſſeſſionem haud dubie petere potuerunt.

Et ſane non eſt de nihilo, quod mouet Hottomann. non eſſe probabile, vt Iuſtinian. priori loco eam retulerit, quæ agnatis detur patroni, poſt demum eam quæ ipſis patronis; cum ex toto contextu ſatis pateat Iuſtinianum eum ordinem obſeruaſſe, quem ipſe prætor tenuerat. Et tamen Iuſtinian. *ſupr. de ſucc. libert.* §. 3. *in fin.* vbi tantum tractat, quomodo patroni & eius liberi cognatiue ſuccedant libertis, hac eadem vtitur ratione, quod pene conſonantia fecerit iura ingenuorum & libertinorum. Cruces vbique ingeniis figit Iuſtinian. Et ita ratio mea ſuperior pro explicatione *tamquam ex familia*, nulla erit, ſed ea hic quoque erit ſententia Iuſtiniani, quod ita ſuccedant patroni libertinis ſicut alias ſucceditur ingenuis. Et id tamen mihi non ſapit, & forte nec mens fuit Iuſtiniani. Sed videamus cetera huius textus. Ait,

Ad ſimilitudinem ingenuorum.] Cum mox relinquat hanc differentiam, vt libertinis tantum vſque ad quintum gradum ſuccedatur, repetenda huc eſt particula PENE quam poſuit in §. 3. *in fin. de ſucceſſ. lib.* vbi eam particulam ex hoc loco explicat Theophil. Addit duas alias differentias ad *d.* §. 3. Accurs. quod vbi ſucceditur libertinis, à pluribus patronorum liberis, fiat diuiſio in ſtirpes; Item quod vnius patroni filius excludat nepotem alterius patroni, de quo ibidem egimus. Sed ſunt illæ differentiæ parum ſubtiles, quoniam patronus ſuccedens liberto, venit tamquam agnatus, & liberi plurium patronorum ibidem, tamquam ex latere, non tamquam patri ſuo ſuccederent. Hodie ſi agamus de ſucceſſione, libertorum inter ſe, apertius eſt, quod ſuccedatur ad ſimilitudinem ingenuorum, poſt N. 78. qua, ſaluo ſaltem iure patronatus liberti ingenuorum iure vtuntur.

Sufficit eis tam contra tabulas.] Hoc itidem ad patronos pertinet; nam liberis præteritis à patre liberto, communi alias & ordinario iure datur ius dicendi nullum, neque de hac ſpecie ſuccedendi iſto loco agitur. Itaque ſignificat ſufficere patronis iſtam bonorum poſſeſſionem, (circa quam nihil quoque immutauit) de qua in §. 1. & 3. *ſup. de ſucc. libertorum.* Sed an iſta bonorum poſſeſſio contra tabulas, etiam datur liberis, parentibus, & agnatis patroni? Probo ſententiam

Vuuu 3, Fabri,

Digitized by Google

Fabri, eam agnatis non dari, ſed eos tantum ab inteſtato admitti; Liberis olim datam fuiſſe non dubito; an parentibus etiam competierit, ambigo. Sed decidit rem cõſtitutio, cuius epitome eſt apud *Cuiac.* 20. *obſ.* 34. & eius huc verba tranſcribere libet: vbi de caſu liberti, qui teſtatus eſt non relicta tertia parte, καλοῦμεν (an conſtitutio) αὐτοὺς, ἵνα μόνον τὸ τρίτον τῆς τοῦ ἀπελευθέρου κληρονομίας μέρος δυνηθῶσι λαβεῖν, οὐ πάντες οἱ καλούμενοι πρὸς τὴν πατρωνικὴν κληρονομίαν, ἀλλὰ πάτρων καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, καὶ ἔγγονοι καὶ ἀπέγγονοι τουτέστι οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων καὶ μόνοι, οἱ οὖν περαιτέρω αὐτῶν κατιόντες ἢ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσι τὴν ἐναντίωσιν τῆς διαθήκης, ἐξωτικῶν γραφέντων κληρονόμων ἐπὶ τὸ λαβεῖν τὸ τρίτον τῆς οὐσίας, id eſt. Vocamus eos (ſcilicet per bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas) vt ſaltem tertiam partem (ante enim dimidia erat) liberti hæreditatis poſſint accipere, non tamen omnes (ſcilicet poſſint accipere,) qui vocantur ad patronalem hæreditatem (quæ ſcilicet defertur patronali iure,) ſed patronus & patrona, ſed eorum liberi, nepotes, & pronepotes, & qui vſque ad quintum gradum à patrono deſcendunt, qui igitur vlteriori gradu deſcendunt, vel à latere ſunt, non habent contradictionem teſtamenti (ſcilicet vt poſſint id impugnare per bonor. poſſeſſ. contra tabb.) ſcriptis (à liberto) extraneis hęredibus, pro tertia illa parte capienda.

Vnde cognati & vnde legitimi.] Has ſane bon. poſſeſſiones videtur prætor tantum pro patrono eiuſque agnatis & cognatis propoſuiſſe, id eſt voluiſſe, vt hi ex ordinibus iſtis aliorum agnatorum & cognatorum admittantur. Cum tamen ex *pr ſup. de ſeruil. cogn.* Iuſtin. etiam cognationem ſeruilem admittat, & iis quoque, qui ſunt in ſeruitute nati, ius ſuccedendi & parentibus & inuicem concedat, conſequentia neceſſaria, & hi vtique ex capite, *vnde cognati*, erunt admittendi.

Omni ſcrupuloſitate.] Quæ fuerit iſta ſcrupuloſitas & inextricabilis error, à nemine video explicari. Neque enim ſatisfacit, quod Hottomann. ſcribit, magnas probabiliter controuerſias incidiſſe in partiendis bonis inter patronum, & hæredem extraneum, vel etiam ſuum, non naturalem filium. An enim

Hic labor ille domus & inextricabilis error.

Vbicunque quarta vel quæcunque portio detrahitur, vt plurimum lites oboriri contingit; & Iuſtinian. dimidiam partem in tertiam mutauit. In more eſt hoc Triboniano, vt veteri Iuriſprudentiæ contentiones, ambiguitates, & ſcrupuloſitates ſoleat obiicere, & in primis in *leg.* 1. *Cod comm. de legat.* vbi vocat *inextricabiles circuitus*, & in *leg.* 3. §. 2. *cod. tit. tenebroſiſſimum errorem.* Scilicet vt extrudat merces ſuas. Mihi ſane non ita facile perſuadet.

Suo vigore pollentes.] Quam exiguus iſtarum hodie ſit vſus ad *textum præcedentem* diximus. Notant tamen ſatis multos caſus, ſed fere ſigulares, Interpretes noſtri, quibus hodieque ſit neceſſaria bonorum poſſeſſio: quos videre eſt apud *Angel. ad tit. ſupr. de exhæred. lib. in princ, numer.* 7. *& Iaſon. in addit. ad Porcium hic*, & in eo fere conueniunt, quod trium illarum poſſeſſionum, *vnde liberi, vnde legitimi, & vnde cognati*, neceſſitas hodie ſit nulla, poſt differentias ſublatas N. 118. emancipationis, & poteſtatis patriæ, itemq; agnatorum & cognatorum.

TEXTVS.

5. Septima eas ſecuta, quam prætores optima ratione introduxerunt. Nouiſſime enim promittitur edicto iis etiam poſſeſſio bonorum, quibus vt detur, Lege vel Senatuſconſulto vel cõſtitutione comprehenſum eſt, quam neq; bon. pc[illegible]ſſionibus, quæ ab inteſtato veniunt[illegible] neque iis quæ ex teſtamento ſunt, prætor ſtabili iure connumerauit, ſed quaſi vltimum & extraordinarium auxilium, (prout exigit res) accommodauit; ſcilicet iis, qui

Digitized by Google

qui ex legibus, SCtis, conſtitutionibusue principum ex nouo iure, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato veniunt.

COMMENTARIVS.

HActenus bonorum poſſeſſiones ordinariæ relatæ fuerunt, quæ certis perſonarum gradibus ſiue ordinibus deferuntur, & inſtar hæreditatis Lege delatæ, agnoſcuntur. Aliæ ſunt extraordinariæ; quæ cauſa cognita dantur, & hæ vel determinatæ, velut quæ datur ventri *t. t. de ventr. in poſſeſ. mitt.* Itemque Carboniana, quæ datur impuberi filiæ, cui controuerſia ſtatus mouetur, dilata hac quæſtione in tempus pubertatis *leg. 1. & t. t. de Carboniano edicto*, vel vagæ & indeterminatæ, quæ variis caſibus cauſa cognita & interpoſito ſpeciali decreto à prætore conceduntur; & hodie quoque neceſſariæ ſunt; qualis ſpecies eſt in *leg. ventre 84. de adquiren. hæredit.* Sub quod genus hæc quoque bonorum poſſeſſio referri poteſt, quæ dicitur ex Legibus, iis promiſſa, quibus bonorum poſſeſſionem dare iubet ius ciuile, vt docet *hic §.* & apertius *L. vn. vt ex Legibus, &c.* quæ docet tunc iſtam bonorum poſſeſſionem habere locum, vbi ſpecies aliqua iuris ciuilis nō hæreditatem defert, ſed bonorum poſſeſſionem dare iubet; quod etiam docet *l. 3. vnde legit.*

Neque mouet quod cum Lex ſit ex ſe potens deferre hæreditatem, fruſtra videatur recurrere ad prætorem, & ei iniungere, vt det poſſeſſionem bonorum; quoniam legi eſt liberum, quod velit, remedium eligere, & proponere; Et iſta bonorum poſſeſſio pertinet ad caſus ſingulares, in quibus neceſſaria fere eſt cognitio cauſæ, quam prætori Lex permittere; & ad eum voluit remittere. Neque adeo Lex poſſeſſionem bonorum dat (omnis enim bonorum poſſeſſio prætoria eſt,) ſed à prætore eam dari iubet, vbi & iſtud notandum, quod vt plurimum hæc bonorum poſſeſſio incidit in aliquam ſpeciem ordinariæ bonorum poſſeſſionis; ſed ob proprias rationes opus eſt auxilio Legis & prætoris, citra quod alias auferret hæreditatem; veluti contingit in ſpecie *lex poſthumus 12. in pr. de iniuſt. teſtament.* vbi rupto ſummo iure teſtamento, ab inteſtato agnatus ſuccederet, niſi iuxta Hadriani conſtitutionem prætor bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſcripto hæredi daret: cum alias illa quæ ex ſimplici edicto prætoris competit, ſine re eſſet futura.

Itaque non obſtat, quod Fab. mouet, hanc bonorum poſſeſſionem eſſe ſeptimam; illam autem ſecundum tabulas, ſecundam: eoque non poſſe concurrere. Et proinde nihil prohibeat exemplum quoq; petere ex *§. non tamen ſupr. quibus m. du teſtament. infirm.* Et vt apparet ex *dd. textibus* eſt iſta generalis bonorum poſſeſſio non ad certam ſpeciem reſtricta, & quæ adeo omnibus ordinibus, ſingularibus caſibus poſſit accommodari. Exemplum ſingulare quoque prodidit *Cuiacius 14. obſ. 11.*

TEXTVS.

6. Cum igitur plures ſpecies ſucceſſionum prætor introduxiſſet, eaſque per ordinem diſpoſuiſſet, & in vnaquaque ſpecie ſucceſſionis ſæpe plures, gradu diſpari exſtent perſonæ: ne creditorum actiones differentur, ſed haberent quos conuenirent, & ne facile in poſſeſſionē bonorum defuncti mitterentur, & eo modo ſibi conſulerent, ideo bonorum poſſeſſioni petendæ certum præfiniuit tempus. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quam adoptiuis in petenda bonorum poſſeſſione ſpatium anni, ceteris autem agnatis vel cognatis, centum dierum dedit. Et, ſi intra hoc tempus aliquis bono-

Digitized by Google

rum poſſeſſionem ex capite, *vnde legitimi*, iuxta *l.3. vnde legit.*

Et ſi intra hoc tempus.] Ius adcreſcendi habet locum in ſucceſſione teſtamentaria, & ab inteſtato, *§. vltim. ſupr. de SC. Orfit.* itemque in ſucceſſione ciuili & prætoria; vt hic locus oſtendit; ſi nimirum ex eodem gradu perſona aliqua defecerit; id eſt mortua ſit, vel repudiauerit; quæ repudiatio hic eſt vel expreſſa, vel tacita, veluti ſi quis intra tempus præfinitum bonorum poſſeſſionem non petierit h. §. eoſque omnes caſus complexus eſt Iuriſconſultus in *l. 4. de bonorum poſſeſſ.* Sed an ita accreſcit vel accedit, vt illa pars quæ defecit, ſit de nouo petenda à prætore an vt citra nouam petitionem accedat? Et poſterius magis probo exemplo iuris accreſcendi, quod in ſucceſſione ciuili obtinet, vt pars vacans neceſſario accedat portioni occupatæ; idque etiam confirmat *lex 3. §. vltim. cum 2. ll. ſeqq. h. t.* vbi & in *dict. leg. 5.* dicitur, ei qui admiſit, accreſcere portiones quæ ceteris competerent, ſi petijſſent bonorum poſſeſſionem.

Deinceps ceteris.] Hoc iam diximus, per edictum ſucceſſorium deferri bonorum poſſeſſionem ſequenti gradui, quam præcedens non admiſit; & quidem ita iuxta hunc textum, ac ſi præcedens gradus in eo ordine non fuiſſet: quod ideo mihi videtur ita receptum, vt remoueretur ratio, qua ex Lege 12. tabularum ſucceſſioni locus eſſe negatur, iuxta not. ad *§. placebat ſupr. de legit. agnatorum ſucceſſione.* quod proximo deferatur hæreditas, in quo cum ſpectandum ſit tempus mortis defuncti, vtique proximus non eſt ſequens gradus. Itaque prætor cum edictum ſucceſſorium introduceret, hoc colore vſus eſt, ac ſi numquam priori gradui, ſed recta ſequenti bonorum poſſeſſio fuiſſet delata.

Si quis itaque.] Repudiata bonorum poſſeſſione per eos, qui gradu præcedenti ſunt, exinde ſequenti gradui locus fit. Quod duplici cauſa admonetur, 1. vt intelligamus, eum qui ſemel repudiauit, amplius ad bonorum poſſeſſionem non admitti *leg. 1. §. qui ſemel 6. de ſucceßorio edicto*, niſi quis (quod commune eſt ius,) beneficio ætatis reſtituatur, 2. quod præcipue ad hanc rem pertinet, vt ſciamus, repudiante agnato intra tempus præfinitum, & verbi cauſa, poſt quinquaginta dies, ſtatim intelligamus currere tempus & centum dies ſequenti gradui, non vero demum poſt elapſos inſuper alios quinquaginta dies. Itaque ſi à repudiatione prioris gradus excesserint centum dies, iam ſecundus quoque gradus excluſus eſt, priori enim repudiante iam ſtatim cepit ad ſequentem pertinere poſſeſſio, *dict. leg. 1. §. 6. de edict. ſucceſſorio.*

In petenda.] Alibi tractatur, tempus in iure noſtrum aliud eſſe continuum, aliud vtile. Vtile tempus quid ſit ex duabus qualitatibus dignoſcitur, vt quis ſciat aliquod ius ſibi competere, & vt illud ius exercere poſſit. Id ſignificat vetus ratio inſtituendi ſub formula cretionis, de qua diximus ſupra *§. vltim. de hæredum qualitat. Intra centum dies, quibus ſcieris, poteriſue.* Itaque tempus vtile non currit, nec computatur ignoranti, nec agere non valenti. Et hinc illi centum dies demum currunt & computantur, ex quo quis ſciuit bonorum poſſeſſionē ſibi delatam, & rurſus ex quo quis ſciuit, inter eos dies non computantur, quibus vel quominus peteret neceſſaria cauſa impeditus fuit, vel eo quod prætor copiam ſui non faciebat, bonorum poſſeſſionem non poterat petere *l. 2. & vltim. quis ord. in bonorum poſſeſſione.* Ex quo intelligitur aliud hic iuris eſſe in bonorum poſſeſſionibus ordinarijs, de quibus *h. t.* agitur, quæ certis perſonarum generibus deferuntur; aliud in extraordinarijs, quæ accuratiorem cauſæ cognitionem & decretum deſiderant. Illæ nimirum dicebantur admitti, *d. l. 2. quis ordo in bonor. poſſeſſ. l. 1. §. quibus 10. & §. Largius 12. de ſucc. edict.* quod in cuiuſuis libero arbitrio poſitum erat, nec prætor eas ſi quis agnatum, aut cognatum ſe probaſſet, poterat denegare: Itaque etiam

Xxxx præ-

Digitized by Google

prætore nõ ſedente pro tribunali, ſed de plano peti & agnoſci poterant. Hæ autem pro tribunali cognita cauſa interpoſito decreto impetrabantur, *l* 2 §.1.& 2.*quis ord.in bonor.poſſ.* Ex quo iſtud conſequitur, vt plures eſſent vtiles dies petendæ bon. poſſeſſioni ordinariæ, quam extraordinariæ; quod illæ etiam extra tribunal vbicunque copiam ſui faciente prætore poterant peti & admitti.

Sed bene anteriores principes.] Non ita longe ante Iuſtinianum, non autem qui temporibus ICtorum noſtrorum vixerunt. Autor eius iuris perhibetur Conſtantinus, in *l.vltim. Cod.qui admitti, &c.* Hoc autem quod iſto loco dicitur, non ita accipiendum eſt, quaſi ſufficiat ſimplex declaratio voluntatis, priuatim aut coram teſtibus facta; ita enim nihil differret ab aditione hæreditatis; Sed quod non neceſſum ſit vti certa petendi formula, nec omnino prætorem adire neceſſe ſit, ſed ſatis ſit ſimplici conteſtatione & voluntatis declaratione, apud magiſtratum municipalem quoque bonorum poſſeſſionem agnouiſſe; vt apparet ex *dict.leg. vltim. Codic.qui admitti*: vbi in princ. iſtis verbis, vt *verborum inanium excludimus captiones*, excluditur ſolemnis formula petendi; & mox, *apud duumuiros quoque teſtationem amplectendæ hæreditatis*, (id eſt bonorum poſſeſſionis) interponi poſſe ſubiicitur. Quod ſcilicet ita locum habet, in ordinariis bonorum poſſeſſionibus, quæ regulariter decretum non requirunt, & perinde adquiruntur, vt hæreditas quæ ab inteſtato certis perſonis defertur, cum nec hic tertio fiat præiudicium, ſed ſi forte ſe proximiorem oſtendere poſſit, ius ipſius integrum maneat. Ceteroquin in extraordinariis bonorum poſſeſſionibus, ſed &, ſi aliquando ob contradictionem alterius cauſa cognita & decreto ſit opus *l.3. §.pen.h.t.* vtique prætore & decreto opus erit, neq; tum nuda conteſtatio apud magiſtratum quemuis interpoſita ſufficiet.

Sed quocunq; modo.] Laborat conſtructio, nec cohærent, *admittentis, oſtenderit*, Cuiac. monet legendum, *ſed quocunq; modo admittendi eam indicium oſtenderit*: nec multum aliter Ruſſardus, *ſi admittendi indicium.*

Plenum habeat earum.] Ruſſardus Cui. Hottom. legunt, *eorum*, vt referatur ad anteriores principes: ſed poſſit dici Tribonianum non bonum Latinitatis autorem, mutaſſe numerum, & intellexiſſe bonorum poſſeſſionum plenum beneficium; etiamſi vt olim pro iis petendis non curauerit, vt paulo ante locutus eſt.

AD TITVLVM XI.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE ADQVISITIONE PER adrogationem.

TEXTVS.

Eſt & alterius generis per vniuerſitatem ſucceſſio: quæ neque Lege 12. tabularum, neque prætoris edicto, ſed eo iure, quod conſenſu receptum eſt, introducta eſt. Ecce enim cum paterfamilias ſe in adrogationem dat, res omnes eius, corporales & incorporales, quæque ei debitæ ſunt, antea quidem adrogatori pleno iure adquirebantur: exceptis iis, quæ per capitis diminutionem pereunt; quales ſunt operarum obligationes, & ius agnationis: vſus etenim & vſusfructus, licet his antea connumerabantur, attamen minima capitis diminutione, eas noſtra conſtitutio tolli prohibuit. Nunc autem nos eandem adquiſitionem, quæ fiebat per adrogationem, coarctauimus ad naturalium parentum ſimilitudinem. Nihil enim aliud niſi tantummodo

Digitized by Google

modo vſusfructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptiuis per filiosfamiliarum adquiritur in iis rebus, quæ filiis extrinſecus obueniunt, dominio eis integro ſeruato.

COMMENTARIVS.

IN vniuerſum modi adquirendi, vel ſunt particulares vel vniuerſales. Et per vniuerſitatem acquirimus, vel bona defuncti cui ſuccedimus, de quo hactenus actum eſt; vel etiam viuentis, ex certis & propriis rationibus. Cuiuſmodi ſpecies acquiſitionis hic proponitur, per adrogationem; quæ aliquanto minus proprie hic *in princip.* ſucceſſio appellari videtur. Dependet iſtud à iure patriæ poteſtatis, cui qui ſubiectus eſt, nihil omnino proprij habere poteſt, ſed omnia patris ſunt; vt neceſſum ſit, eo ipſo puncto, quo, quis deducitur per arrogationem in alienam poteſtatem, omnia quæcunque habet adrogatori adquiri, *fac. l. ſi paterfam. 15. de adopt. l. penultim. §. 2. in princ. de bonorum poſſeſſion. ſec. tab.* & hic text. *verſ. ecce.* ita vt & poſſeſſio adroganti adquiratur *leg. ſi adopt auero 16. de precar.* Siue illam adquirat per filium, tamquam ipſius nomine nunc poſſidentem (qua in re diuerſum eſt in hærede) ſiue ipſius apprehenſione ſit opus, vt diſputat Faber hic. Hoc ait hic in prin. Iuſtinian. non fieri Lege 12. tabularum, nec ex edicto prætoris, ſed eo iure, quod conſenſu receptum eſt. At enim poteſtatem patriam Romuli Lege introductam, & in Leg. 12. tabularum repetitam fuiſſe ſupra *lib. 1. de pat. pot.* probauimus, & ibidem tamen addidimus quomodo intelligendum ſit, quod dicitur in *leg. 8. de his, qui ſunt ſui iur.* patriam poteſtatem moribus receptam eſſe, nec aliud hic videtur ſentire Iuſtinian. nam conſuetudo & mores dicuntur ius vtentium conſenſu comprobatum *§. fine 9. ſupr. de iure naturali.* An intelligimus ius adoptandi & adrogandi moribus introductum eſſe? Lege quidem curiata interueniente fiebat adrogatio; ſed ipſum ius adoptandi certa Lege introductum eſſe non memini me legiſſe.

Quaque ei debita ſunt.] Itaq; etiam actiones & obligationes tranſeunt; ſiquidem filiusfam. agere regulariter non poteſt, & tranſeunt citra vllam ceſſionem, quæ alias in incorporalibus & actionibus neceſſaria eſt; quoniam eſt adquiſitio per vniuerſitatem ad inſtar ſucceſſionis. An autem viciſſim paſſione teneatur adrogator, dicemus ad textum ſequent.

Exceptis, quæ per capitis dimin.] De hac diximus ſupra *de capit. dim. & ad §. ſciendum 2. ſup. de SC. Orphit.* per capitis diminutionem minimam quoque tolli ius agnationis. Adrogatus autem capite minuitur. Et igitur quæ à iure agnationis pendent, ea non poſſunt tranſire in adrogatorem. Sed videtur præter ius agnationis aliud genus ponere Iuſtinian. eorum quæ pereunt capit. diminutione. Ait enim, quales ſunt operarum obligationes, & ius agnationis: Ceteroquin ſatis habuiſſet ſolum hoc exprimere. Et ſane cur adrogatus amittat operas quas ipſi libertus debet, non ita in procliui ratio eſſe videtur; cum hac ratione non adimatur nec pereat ius ſuccedendi liberti *leg. ſi libertus in princip. l. patroni 39. de bon. lib.* Et cur igitur patronus quamuis adrogatus non poſſit exigere operas, aut cur hæ pereant potius quam ius ſuccedendi? neque enim aliæ operæ hic intelligi videntur poſſe, quam quas libertus debet patrono, qui ſe adrogandum dedit. An forte hæc ſpecialis ratio eſt, quod ſint mere perſonales? Atquin iſtud eo pertineret, vt non tranſirent in patrem adrogatorem, (quomodo nec in dominum tranſit, ſi quid perſonale ſtipulatus ſit ſeruus §. 2. *infra de ſtipulation. ſeru.*) non autem vt plane perirent? ſicut nec ſecuta capitis diminutio facit, quo minus patrono reuerentiam libertus exhibere cogatur, argument. *l. ſed ſi 10. §. 2. de in ius voc.* Hottomannus ait, per emancipationem quidem ipſo iure videri ius patroni extinctum eſſe, ſed tamen ius ſuc-

Digitized by Google

ceſſionis ex æquo & bono fuiſſe conſeruatum. Verum cur non & conſeruatæ fuerunt operarum obligationes? Deinde emancipatus deducebatur in imaginariam ſeruitutem: hic autem de adrogato quæritur, qui Lege lata curiata ad populum, citra vllas manumiſſiones & venditiones, (quod ego quidem ſciam) in poteſtatem & familiam alienam tranſibat. Accedit, quod operæ transeunt in hæredes, patroni liberos, etiamſi ſint in adoptionem dati *l. vt iuris l. 7. §. penult. de oper. libert.*

Apparet plane hoc de operis non artificialibus, ſed officialibus intelligi, quod Hottom. Cui. Weſemb. notant, ſiquidem artificiales etiam alteri quam patrono præſtari poſſunt, non itidem officiales *l. operæ 9. de op. lib.* adeo eadem hic ratio, videlicet quod alij non debentur, quam patrono, quæ in vſu & vſufructu, quos olim quoque minima capitis diminutione periiſſe refert Iuſtinian. hic & in *l. corruptionem Cod. de vſufruct.* & probatur ex *l. 1 quibus modis vſusfr. am.* (quem locum apparet ad cap. diminutionem maximam, aut mediam reſtringi non poſſe) & diſerte Paulus ſcribit *3. ſent. de vſufruct. §. capitis.* Itaq; ſtatuendum eſt, adrogatione facta, quæcunque fuerunt apud adrogandum, aut tranſiuiſſe in patrem adrogatorem, aut ſi tranſire non potuerint, hoc ipſo fuiſſe extincta. Tranſire autem non potuit vſusfructus, quoniam ita nouus vſufructuarius ſubſtitutus fuiſſet cum iniuria proprietarij, (aliam autem rationem ſecutus eſt *Iuſtin. in l. vlt. C. de vſufr.*) & pariter propter perſonalitatem cum operæ non poſſent tranſire in patrem adrogatorem ob hoc plane deberi deſierunt? Itaque textus ſupra citati referendi erunt ad operas artificiales; aut dicendum erit, facilius eſſe vt filiofamil. iam conſtituto, & per eum patri aliquid adquiratur ab initio; quam vt quod in alicuius perſona iam conſtitutum eſt, eo poſt ſeſe vltro in alienam familiam dante, durare & ſubſiſtere poſſit. At enim ſi adrogatus ſocius ſit, nec contractus finitur, nec tranſit in adrogatorem *l. actione 65. §. ſocietas 11. pro ſocio:* Nec enim contractus, qui facti & iuris gentium eſt, poteſt extingui per adrogationem: & ſpecialis ratio eſt cur in adrogatorem non tranſeat, cum nec tranſeat in hæredē: ne inuitus quis ſocium habere, aut ſocius fieri cogatur alteri.

Nunc autem nos.] Nulla alia ratio fuit, ob quam adrogator omnia bona filij adquirebat, quam quia ius hoc erat patris in filium ex nuptijs ſuſceptum. Ita enim verba L. curiatæ habebant, vt eodem iure filius eſſet adrogantis, ac ſi ex ipſo & matrefamilias eius natus eſſet: Conſequenter cum per conſtitutiones recentiorum Imperatorū, & cumprimis Iuſtiniani, pater naturalis in aduentitijs tantum habeat vſumfructum, ratio non patitur, vt plus tribuatur patri arrogatori.

TEXTVS.

1. Mortuo autem filio adrogato in adoptiua familia, etiam dominium rerū eius ad adrogatorem pertranſit: niſi ſuperſint aliæ perſonæ, quæ ex conſtitutione noſtra patrem in ijs, quæ adquiri non poſſunt, antecedant.

COMMENTARIVS.

HOc inter iura patris non poſtremū erat, vt filij defuncti bona omnia adquireret & quæ etiam non adquirebat per filium veluti caſtrenſia & quaſi, ea tamen filio inteſtato mortuo iure peculij occuparet, vt diximus *ſup. lib. 2. tit. 9.* Neq; enim eo iure filiusf. hæredem in quibuſcunque bonis ab inteſtato habere poterat. Poſt id ius mutatum, & quædam perſonæ patribus prælatæ, ſi filiusfamil. etiam inteſtatus deceſſiſſet; hoc enim ipſo neceſſario effectum eſt, vt filiusf. haberet hæredem: Ceteroquin ſemper potiori iure pater fuiſſet. Et iam ante Iuſtinianum quoque fratres defuncti prælatos patri vtiq; in proprietate apparet ex *pr. ſupr. quib. non eſt perm. fac. teſt.*

verſ.

Digitized by Google

verſ. ſi vero. Iuſtin. hic certius ius conſtituit N. 118. *cap. 1.* ex qua tamen non niſi liberi præferuntur auo: frater autem vtrimque defuncto coniuncti cum parentibus concurrunt: hic prouocat ad conſtitutionem ſuam, ex qua quædam perſonæ antecedant patrem, & intelligi *l. vlt. C. comm. de ſucceſſ.* ex qua liberi & fratres præferuntur. Acc. putat. Alii vt Hottom. & Bart. Græcam conſtitutionem deperditam intelligunt.

In iis quæ adquiri non poſſunt.] Intelligit nimirum aduentitia, de quibus & loquitur *in d. l. vlt.* & quæ *in §. 2. ſup. per quas perſ. adq.* appellat, adquiſitionem effugientia, & quæ omnino ad perſonas *d. l. vlt.* & hodie N. 118. deſignatas perueniunt, vtpote de quibus filius teſtari non poſſit: Cæteroquin, ſi teſtatus de caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus filius non fuerit, ad eundem modum & iiſdem perſonis hæc bona ab inteſtato deferentur.

TEXTVS.

2. Sed ex diuerſo pro eo quod is debuit, qui ſe in adoptionem dedit, ipſo quidem iure adrogator non tenetur, ſed nomine filii conuenitur: & ſi noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes magiſtratus noſtros, bona, quæ eius cum vſufructu futura fuiſſent, ſi ſe alieno iuri non ſubiecíſſet, poſſidere & legitimo modo ea diſponere.

COMMENTARIVS.

1 *An adrogator teneatur de antegeſto.*
2 *An adrogator teneatur vtilibus actionibus, ex contractu adrogati.*

Actiones omnes per filium adrogatum & quæ ipſi ante competebant, adquirit pater adrogator §. 1. *h. t.* ſed non itidem ipſe ſuo nomine tenetur creditoribus, neque hic ob 1 adrogationem factam obligatur. In quo hæc adquiſitio aperte differt ab adquiſitione hæreditatis, quæ facit, vt directæ quoque actiones in hæredem dentur: Scilicet totum hoc dependet à iure patriæ poteſtatis. Pater omnia per filium adquirit, etiam actiones: ſed viciſſim contrahendo filius patrem obligare non poteſt, niſi de peculio ſibi pater peculium filio conceſſit, & hoc ipſo ius contrahendi filio permiſit *arg. l. 1. §. 5. de adquiren. poſſ.* Itaque Hottoman. & Pacius hic pro limitatione notant, quod pater adrogator teneatur de peculio. Equidem adrogatus cum ſui iuris fuerit, non potuit habuiſſe peculium: itaque oportet fingere ipſi peculium à patre adrogatore conceſſum. Vbi quæritur an etiam ex antegeſto antequam ſe adrogandum filius daret, de peculio conueniri poſſit pater. Quod vt negandum ſit facit ſumma ratio iuris, *ex d. l. 1. §. 5.* qui hãc reddit rationem actionis peculii, quod qui concedit peculium ſimul conceſſerit facultatem contrahendi; quę ratio vtique hic ceſſat. Accedit, quod qui tenetur de peculio, tenetur omnino defendere, aut patitur miſſionem in ſua ipſius bona *l. Fulcinius 7. §. ſi quis 15. quib. ex cauſ. in poſſ. iunct. l. ſumma 21. §. fin. de pecul.* Ad id autem non tenetur adrogator ob antegeſtum, ſed ad ſummum tenetur permittere creditoribus bona filii arrogati *h. textu in fin.* Atque ita accipienda eſt *l. in adrog. 42. de pecul.* quod adrogator teneatur de peculio ex contractibus poſt ſecutis, conceſſo peculio: & quod probetur ſententia Caſſii & Sabini, qui negant, ex antegeſto actionem de peculio habere locum.

Nomine filii conuenitur.] Omnia quidem bona adquiruntur adrogatori. Sed ratio apertiſſima ſuadet, vt adquirantur ſaluo iure tertii, ne per factum alterius alteri iniqua conditio inferatur. Nimis autem † iniquum eſſet, vt creditores ob ſecutam adrogationem amittant actiones ſuas. Etiam qui contraxit cum eſſet filiusfam. tenetur creditoribus, & conueniri poteſt: *l. filiusf. 39. de ob. & act.* Sed eſt ea fere actio ſine effectu, cum filius bona non habeat. Sed cum hic tempore contra- 2

ctus habuerit bona, plus iuris habent creditores,& nimirum in bonis quæ filius tempore contractus habuit,& ita pater conuenitur, vt ſi non ſatisfiat ipſis, miſſionem in bona ea petere & impetrare creditores poſſint. Eaque ſententia eſt, eius quod hic dicitur, adrogatorem conueniri nomine filii. Etenim recta adrogator conueniri non poteſt: ſed actio in adrogatum dirigetur, quem aut defendere cogitur pater, aut, vt dixi creditores in bona mittentur *h. textu.* At numquid per damnationem capitis pereunt actiones? *l. 2. in princ. & § per d. cap. min.* Id quidem in emancipatione ob imaginariam ſeruitutem *l. 3. de capite min.* apertius eſt, ſed idem eſſe videtur in adrogatione, propterea quod ipſo iure omnia bona alteri adquiruntur, & *in d. l. 2.* fit ſimpliciter mentio capitis diminutionis minimæ, & nominatim adrogationis *in §. pen. ibid.* ſed vtut ita ſit, prætoris edicto reſtituuntur actiones, & ita datur iudicium, ac ſi nulla capitis diminutio interceſſiſſet *d. l. 2. §. 1.* quod huic loco addendum eſt. Hic autem obiiciunt Interpp. quod cum & fiſcus ad quem bona perueniunt, itemque is cui libertatis cauſa bona addicta ſunt, creditoribus hæreditariis teneantur, vtique vtilibus actionibus *l. 3. de fideicomm. lib.* mirum videri quod non teneatur pater arrogator, qui bona tenet. Et Ioh. Faber quem ſequitur Ang. putat, quod imo etiam de iure, proprio nomine vtilibus actionibus teneatur arrogator, ſed liberetur ex æquitate, ſi demittat bona & ea creditoribus permittat, ſed falſa eſt ſententia, & ſatis perſpicua differentia inter fiſcum eumve de quo *tit. ſeq.* & patrem adrogatorem.

Illi ſubeunt locum hæredum ſiue bonorum poſſeſſorum *l. 4. §. is autem 21. de fidei commiſſ. lib.* quod ſecus eſt in patre adrogatore, qui nullo modo repræſentat hæredem, ſed iure patriæ poteſtatis bona conſequitur: cum & ipſe ſuperſtes ſit debitor, in quem actiones competunt.

Quæ eius cum vſufructu.] Quia vt *in §. 2.* dicitur, proprietas poſt adrogationem integra manet adrogato.

Legitimo iure ea diſponere.] De qua re *in tit. quib. ex cauſ. in poſſ. & de reb. aut. iud. poſſid. & de curat. bon.*

AD TITVLVM XII. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE EO CVI LIBERTATIS *cauſa bona addicuntur.*

TEXTVS.

Acceſſit nouus caſus ſucceſſionis ex conſtitutione Diui Marci. Nam ſi ii qui libertatem acceperunt à domino in teſtamento, ex quo non aditur hæreditas, velint ſibi bona addici, libertatum conſeruandarum cauſa, audiuntur. Et ita Diui Marci reſcripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba reſcripti ita ſe habent. Si Virginio Valenti, qui libertatem teſtamento ſuo quibuſdam adſcripſit, nemine ſucceſſore ab inteſtato exiſtente, in ea cauſa bona eius eſſe cæperunt, vt venire debeant, is cuius notio eſt ea de re, aditus rationem habebit deſiderii tui, vt libertatum tam earum, quæ directo, quam earum, quæ per ſpeciem fideicommiſſi ſunt relictæ, tuendarum gratia addicantur tibi, ſi idonee creditoribus caueris de ſolido, quod cuique debetur ſoluendo. Et ii quidem quibus directa libertas data eſt, perinde liberi erunt, ac ſi hæreditas adita eſſet: hi autem quos hæres manumittere rogatus

gatus eſt, libertatem à te conſequentur: Ita autem vt ſi non alia conditione tibi velis bona addici, quam vt ii etiam, qui acceperunt libertatem directo, tui liberti fiant: nam huic etiam voluntati tuæ, ſi ii quorum de ſtatu agitur conſentiant, noſtram autoritatem accommodamus. Et ne reſcriptionis huius noſtræ emolumentum alia ratione irritum fiat, ſi fiſcus bona agnoſcere voluerit, & ii qui rebus noſtris attendunt, ſciant, commodo pecuniariæ præferendam eſſe libertatis cauſam, & ita bona cogenda, vt libertas eis ſalua ſit, qui eam adipiſci potuerunt, ac ſi hæreditas ex teſtamento adita eſſet.

Commentarivs.

Hic cui libertatum conſeruandarum cauſa bona addicuntur, vtique in defuncti locum ſuccedit. Sed quia nec voluntate vltima, nec Edicto prætoris, aut alia Lege ad hæreditatem vocatur, nec hæres ciuilis nec prætorius eſt, & quia tamen, vt dixi defuncti in locum ſuccedit, & in eum non ſecus ac in hæredem prætorium actiones vtiles dantur *l. 3. de fideicomm. libert.* ideo bonorum poſſeſſoris loco eſſe dicitur *l. 45. ii autem 21. eod. tit.* in hoc à patre adrogatore omnino diuerſus.

Hæc porro ſucceſſio fit ex autoritate reſcripti D. Marci, *h. textu l. 2. de fideicomm. lib. l. ſi hæreditas 6. & l. vlt. C. de manum. teſtam.* cui cauſam dedit fauor libertatis, vt eſt *in fin. huius tex.* & *in §. pen. in pr.* itaque nouus modus dicitur *h. t. in pr.*

Si qui libertatem acceperunt.] Et ad horum implorationem fortaſſe primum reſcriptum emanauit Imp. Marci: poteſt enim quod hic refertur, ad ipſum manumiſſum ſcriptum fuiſſe: ſed poſt etiam ad extraneos quoſcunque productum *d. l. 6. in fin. & d. l. vlt. in princip. Cod. de teſtam. manum.* Et poteſt teſtator ſeruo directo manumiſſo hoc nomen impoſuiſſe (Pompilii Rufi) quod inſcriptio præfert huius reſcripti: ſolebant enim manumiſſis nomina patronorum imponi, Ita in *l. quæro 32. §. 2. de teſtamento tut.* ſeruus vocatur Lucius Eros, ſed nihil affirmo: nam neutrum horum Pompilii, aut Rufi, conuenit ſeruo. Conſtat ſane ex *dd. locis & l. 2. de fideicomm. lib.* ipſos quoque ſeruos hoc petere potuiſſe. Plane Theophil. quoque Popilium iſtum Rufum ponit fuiſſe vnum ex manumiſſis. Sed an oportet directam libertatem eſſe relictam? Ita ſane rationis videatur: quoniam hæ libertates recta valeant: & addictis bonis perinde habetur ac ſi hæreditas adita fuiſſet *in fine huius textus*: fideicommiſſaria autem libertas facto alterius indiget.

Et vt forte dubitari olim potuerit, hodie res certa eſt, poſtquam Iuſtin. permiſit, vt etiam hic ſeruus cui libertas data non eſt, poſſit petere bona ſibi addici *l. vlt. §. pen. in fin. C. de teſtam. manumiſſ.*

Qui teſtamento libertatem.] Siue etiam codicillis *§. inprimis infra h. t.* Ait, *adſcripſit*, id eſt, dedit: neque enim ſcriptura neceſſaria eſt: Quid enim ſi teſtamentum nuncupatiuum fecit, vel etiam codicillos nuncupauit, *l. 3. in pr. C. de bon. libert.* & nominatim, locum eſſe conſtitutioni, licet libertates ſine ſcriptis fuerint relictæ, diſponit *l. vlt. in princip. Cod. de teſtamento manumiſſ.* libertates plane datas eſſe oportet, vt conſtitutio locum habeat *§. pen. h. t.*

Nemine ſucceſſore ab inteſtato.] Ergone, ſi ſucceſſor ab inteſtato ſit, debebuntur libertates, vbi ex teſtamento non aditur hæreditas? Non ita eſt, *l. 1. C. de fideic. hæred. arg. l. 1. in pr. ſi quis om. cauſ. teſtam.* Quod ſi ab inteſtato quis reliquerit libertates, facilius eſt, vt ſecundus gradus, modo non prior nominatus grauatus ſit, debeat libertates & alia fideicom-

Digitized by Google

deicommiſſa, quomodo conciliandæ ſunt *l.* 1. §. *pen. de legat.* 3. *l. ſi Titio* 61. *de leg.* 2. de quo alibi tractatur. Ergo ideo demum conſtitutioni locus eſt, vbi deficit ſucceſſor ab inteſtato, quod licet magnus ſit libertatis fauor, tamen non talis, vt ius quæſitum alteri debeat auferri. Eſt autem ius quæſitum proximis agnatis, vel cognatis.

Vt venire debeant.] Vbi nullus eſt hæres, qui reſpondeat creditoribus, qui proinde petunt in bona immitti, aut vt ea præſcribantur recta, *de quo tit. ſeq.* Et hoc eſt quod *in l.* 6. *C. de teſtam. man.* dicitur, cum hæreditas ob æs alienum ſpernitur: Vnde etiam ſumitur alia ratio pro conſtitutione Marci, vt conſulatur honori ipſius defuncti, nec cum eius infamia bona diſtrahantur, vt eſt *in* §. *ſeq.*

Addicantur.] Et ergo decreto magiſtratus poſt cognitam cauſam, opus eſt, vt hic tamquam & ad inſtar decretalis bonorum poſſeſſoris conſtituatur.

Si idonee caueris de ſolido.] Ita fauendum eſt libertatibus, ne fiat aliis iniuria, videl. creditoribus hæreditariis, ſiquidem per libertates minuuntur bona defuncti. Itaque caueri oportet, & 1. caueri idonee, id eſt, non promiſſione nuda, ſed pignoribus aut fideiuſſoribus, vt explicat ICtus *in l. ergo* 4. §. *addic.* 8. *de fideicomm. lib.* 2. caueri oportet de ſolido, *hic & d.* §. 8. quod tamen Iuſtin. mitigauit *in d. l. vlt. C. de teſtam. manum.* §. 1. vt liceat paciſci cum creditoribus de ſoluenda parte, quam pactionem ſi vltro admittant creditores, locum conſtitutio habeat, quoniam creditorum gratia hoc ita conſtitutum eſt, vt caueri de ſolido oporteret, quibus autem poteſt remittere ius ſuum.

Ac ſi hæreditas adita eſſet.] Aut ac ſi bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas aut ab inteſtato petita eſſet, in iis terminis ſcil. quibus directæ libertates directo valerent, ceteræ ab hærede præſtandæ eſſent: quod vtrumque ſimul contingit vbi teſtamentum factum eſt, (nam ab inteſtato directo libertates competere non poſſunt) in quibus terminis reſcripſit Imp. itaque & tum quo ad libertates perinde habetur, ac ſi ex teſtamento hæreditas adita fuiſſet. Indeque fit, vt directo etiam manumiſſi protinus liberi fiant. Sed ſicut cum creditoribus paciſci licet, vt partem accipiant: ita & licet tranſigere cum his qui directo manumiſſi ſunt, vt ſint contenti fideicommiſſaria libertate, & eam ſcil. accipiant ab eo cui addicuntur bona, & ita (in quo non parum commodi eſt) fiant ipſius liberti, qui alias futuri fuiſſent orcini. *l.* 4. §. *hi qui* 12. *de fideic. lib.* Tranſigendum autem cum iis eſt, & oportet, vt iuxta hunc text. conſentiant. Sed an dubitari poteſt, illos conſenſuros? cum præſtet quocunq; modo liberum fieri, quam ſeruum manere. An noluerunt forte aliqui hoc beneficium debere olim conſeruo? An noluerunt ſibi nimis duras conditiones imponi *arg. l.* 1. *de bon. libert.* Certe Iuſtin. *in l. vlt.* §. 2. *C. de teſtam. manum.* meminit ſeruorum, qui plane nolint (an forte propter metum paupertatis) liberi fieri: quos tamen nõ permittit impedimentum afferre reſcripto Marci.

Si fiſcus bona agnoſcere voluerit.] Vbi nemo adire vult hæreditatem, bona fiunt vacantia, adeo notiſſimo iure, ea occupat fiſcus principis regalium iure. Sed benigniſſime hoc cautum eſt, vt etiam fiſco agnoſcente bona, conſeruentur libertates *h. text. & l.* 4. §. *Eadem* 17. *de fideic. libert.* nimirum vt intelligo, ſi quis alius ſit, qui bona ſibi addici petat libertatum conſeruandarum gratia, vt docet hic locus, vbi hoc diſponitur, ne emolumentum huius reſcripti irritum fiat, vbi ſcilicet aliquis eſt, qui hoc implorat, & bona ſibi addici petit. Eoque autem refero, quod eſt *in d. l.* 4. §. 17. *verſ. ceterum*, vbi dicitur, ceſſare conſtitutionem, ſi alia ratione fiſcus agnoſcat bona, nemine ſcilicet, cum eo concurrente: quamuis nec male ideo referat Acc. ſi fiſcus bona defuncti debitoris ſui vel damnati occupet.

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

1. Hoc reſcripto ſubuentum eſt & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus poſſideantur & veneant. Certe ſi hac de cauſa bona addicta fuerint, ceſſat venditio. Exiſtit enim defuncti defenſor, & quidem idoneus qui de ſolido creditoribus cauit. Inprimis hoc reſcriptum toties locum habet, quoties teſtamento libertates datæ ſunt. Quid ergo ſi quis inteſtatus decedēs, codicillis libertates dederit, neque adita ſit ab inteſtato hereditas, an fauor conſtitutionis debebit locum habere? Certe ſi inteſtatus deceſſerit, & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium eſt. Tunc conſtitutioni locum eſſe verba oſtēdunt, cum ſucceſſor ab inteſtato nemo exiſtat. Ergo quamdiu incertũ erit vtrum exiſtat, an non, ceſſabit conſtitutio. Si vero certum eſſe ceperit, neminem exiſtere, tunc erit cōſtitutioni locus. Si is qui in integrum reſtitui poteſt, abſtinuerit hereditate, an quamuis poteſt in integrum reſtitui, poſſit admitti conſtitutio, & bonorum addictio fieri? Quid ergo ſi poſt addictionem libertatum conſeruandarum cauſa factam, in integrum ſit reſtitutus? vtique non erit dicendum reuocari libertates: quia ſemel competierunt. Hæc conſtitutio libertatũ tuendarum cauſa facta eſt. Ergo ſi libertates nullæ ſint datæ, ceſſabit conſtitutio. Quid ergo ſi viuus dederit libertates vel mortis cauſa, & de hoc quæratur, vtrum in fraudem creditorum an non factum ſit, idcirco addici ſibi velint bona, an audiendi ſint? Et magis eſt vt audiri debeant, etſi verba conſtitutionis deficiant. Sed cum multæ diuiſiones eiuſmodi conſtitutioni deeſſe perſpeximus, lata eſt à nobis pleniſſima conſtitutio, in qua multæ ſpecies collatæ ſunt, quibus ius huiuſmodi ſucceſſionis pleniſſimum eſt effectum, quas ex ipſius conſtitutionis lectione quis poteſt cognoſcere.

COMMENTARIVS.

QVia Iuſtin. paulo confuſius agit, ne bis idem dicere neceſſe ſit, coniunctim iſta explicabimus. Primum eſt, de quo ante diximus, ſcopus & finis effectus conſtitutionis, vt libertatibus ſubueniretur, & defunctis ne bona eorum diſtrahantur. Nam cum alias quicunque etiam extraneus cum ſatiſdatione poſſit defendere debitorem abſentem & latitantem, & impedire, ne immiſſio in bona eius fiat, & hic qui bona ſibi addici petit, caueat de ſoluendo, nihil habent creditores quod conquerantur: Creditores nimirum: nam aliis legatariis quibus defunctus quid reliquit, cauendum non eſt, qui alias deſtituto teſtamento, nihil conſequerentur: creditorum autem ius ſemper manet ſaluum.

Alterum caput eſt, ad quas libertatis conſtitutio pertineat. Et ante quoque diximus, reſcriptum habere locum, ſiue teſtamento, ſiue ab inteſtato datæ ſint libertates *l. 2. de fideic. lib.* quod tractatur in §. *inprimis.* vbi tamen parum ſubtiliter cum quæſtio tamquam dubia proponatur, de libertatibus ab inteſtato datis: reſpondetur nemini dubium eſſe quin locus ſit conſtitutioni. Et debebat igitur ſimpliciter hoc proponi, ſicut & in *d. l. 2.* Sed quid ſi non ſint datæ à morituro, ſed à viuo mortis cauſa, & imo ſimpliciter inter viuos, vt ſtatim valerent, ſed quæ arguuntur datæ in fraudem creditorum? Hoc deciditur in §. *pen.* licet verba deficiant conſtitutionis, tamen ex æquitate & mente eius hoc admitti debere; vt nimi-

rum audiatur qui libertatem accepit, ſi bona ſibi addici, & creditoribus cauere velit. Vbi autem nullæ libertates datæ ſunt, ceſſat conſtitutio. *d. § pen.* Adeoque hanc apparet principalem eſſe cauſam conſtitutionis, vt libertates conſeruentur. Igitur adeo licet alius ſeruus defuncti petat ſibi addici bona cum cautione, non audietur.

Tertium eſt, tum demum habere locum conſtitutionem, ſi nemo ex teſtamento vel ab inteſtato ſit heres, quod etiam ad text. præc. attigimus. Et oportet conſtare, quod nemo ſit futurus heres: ſi dubitetur, interim dum de eo conſtet, ceſſat conſtitutio, quod docet §. *tunc* 4. in cuius *princ.* verbum *enim* ſuperuacuum eſt. Quid ſi igitur qui repudiauit hereditatem, ob ætatem poſſit reſtitui in integrum, an pro eo habemus ac ſi adhuc incertum ſit, an quis ſit futurus heres? Quod ſi ſumimus, ceſſabit interim conſtitutio. Sed magis placuit non ceſſare, quia hic non ordinario iure ſed extra ordinem beneficio prætoris cauſa cognita admittitur iterum ad hereditatem, & ita reſpondet *Vlp. in l.* 4. §. 1. *de fideic. hered.* Idque ipſum non obſcure innuitur in §. *ſi iis* 5. *h. t.* & tacite hoc reſponderi intelligitur ex *ſeq. verſ.* qui docet per addictionem factam non impediri, quo minus minor in integrum reſtituatur, ſaluis tamen libertatibus, quæ ſemel competierunt. Plane ex *d. l* 4. §. 1. ſupplendus eſt *d.* §. 5. aut particula interrogandi An detrahenda. Et ita in caſu contrario, ſi minore adeunte, competierint libertates, non reuocantur, licet poſt minor reſtitutus ſit contra aditionem *l.* 3. *C. de teſtam. manum. fac. l. ſciendam* 32. *D. eod. l. cum quaſi* 30. §. *ſed etſi* 10. *cum* §. *ſeq. de fideic. libert.* Et hoc libertatum ius eſt, vt vix retractentur §. *ſemel ſup. Quib. manum. non lic.* Conſtitutio porro cuius in *f. tit.* meminit Iuſtin. exſtat in *l. vlt. C. de teſtam. manum.*

* * *

AD TITVLVM XIII. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SVCCESSIONIBVS SVBLAtis quæ fiebant per bonorum venditiones &c.

TEXTVS.

Erant ante prædictam ſucceſſionem olim & aliæ per vniuerſitatem ſucceſſiones: qualis fuerat bonorũ emptio, quæ de bonis debitoris vendẽdis per multas ambages fuerat introducta: & tum locum habebat, quando iudicia ordinaria in vſu fuerant. Sed cum extraordinariis iudiciis poſteritas vſa eſt, ideo cum ipſis ordinariis iudiciis, etiam bonorum venditiones exſpirauerunt: & tantummodo creditoribus datur, officio iudicis bona poſſidere, & prout vtile eis viſum eſt ea diſponere: quod ex latioribus Digeſtorum libris perfectius apparebit.

COMMENTARIVS.

CVm nec heres vllus eſſet, nec quiſquam ſibi bona addici peteret, & fiſcus bona quoque reſpueret, tandem olim ſuccedebat quod hic proponitur obſeruatum fuiſſe. Nam & fortaſſis poſt tempora Marci venditiones iſtæ bonorum obſeruatæ fuerunt: ſed procul dubio & magis tum, cum necdum addictio de qua *tit. praced.* introducta eſſet: ſiquidem vt in *pr.* teſtatur Iuſtinian. ante ſucceſſionem de qua *tit. præc.* venditiones bonorum frequentabantur, & maxime, vt Hottom. notat, ſtante adhuc Repub. & necdum à principibus occupata. Non infrequens olim erat, vt damnatorum bona & proſcriptorũ publice haſtæ ſubiiceren-

Digitized by Google

ſicerentur, & non raro pro non magna ſumma, autoritate eorum qui tum in Repub. pollebant, alicui addicerentur: quod ſub Sulla, Mario & Triumuiris ſæpe accidiſſe conſtat. Huc pertinet, quod Aſcon. tradit. Vbi ſectorem deſcribit & dicit, æſtimatorem redemptoremque bonorum damnati atque proſcripti, qui ſpem ſectans lucri ſui bona omnia auctione emit, & ſemel infert pecuniam ærario: quæ paulo poſt repetit in *eandem orat. 3. in Verr.* quæ eſt de prætura vrbana, vbi ad it, quod ſectores, qui ita auctionati erant bona, poſtea pro compendio ſuo ſingulas res populo venditarint: quo forte poteſt referri illud *Varronis 2. de re ruſt. cap.* 10. vbi inter modos quibus iure acquiritur dominium, refert, cum quis ex bonis & ſectione publice quid emit. Eandem rationem obſeruatam fuiſſe, vbi defuncti bona ſoluendo non erant, nec heredem habebant, ex *h. tex. u.* colligitur, vt ſcilicet bona publice proſcriberentur, & per auerſionem & vniuerſitatem, alicui, qui forte cum creditoribus pactus erat, addicerentur. Sed duo ſunt hic ſcrupuli, & 1. quod Iuſtinia. ait id obtinuiſſe, cum iudicia ordinaria erant: ſed deſiiſſe poſtquam poſteritas iudiciis extraordinariis vſa eſt. Neque enim ſatis apparet, quomodo à varietate hac iudiciorum iſtud ius pendeat. 2. quod Iuſtinia. ait poſtea receptum, vt creditores officio iudicis bona poſſiderent, & ea diſponerent, iuxta Digeſt. libros ad quos nos remittit. At enim dubium non eſt, quin etiam temporibus ICtorum noſtrorum, ex quorum reſponſis Digeſta compoſita ſunt, ordinaria iudicia fuerint in vſu, vt videlic. magiſtratus iudicem Pedaneum cum formula daret, & poſt ſententiam ipſe prætor iuxta *l. à Diuo 15. de re iud.* faceret executionem. Tum & amplius hæc ipſa ratio vendendi bona publice etiamnum iure Digeſtorum obſeruata fuiſſe videtur, per *l. cum bona 16. l. Fuſidius 29. de reb. aut. iud. poſſ. l. Imperator 60 paſt. l. 4. C. de bon. aut. iud. poſſ. l. 9. de cur. fur.* quod & omnino hic putat Hottom. cum tamen diſerte Iuſtin. hæc ſententia ſit, iure Digeſtorum non fuiſſe locum veteri illi venditioni bonorum: ſiquidem huic veteri rationi opponit iſtum procedendi morem, vt creditores bona poſſideant, & de iis diſponant: & ad iſtum modū cognoſcendum ad Digeſta nos remittit. Iſta explicare in re tam antiqua nō eſt perfacile. Inprimis vereor, ne in verbis, ordinarii & extraordinarii lateat ambiguitas. Equidem illud conſtat, cauſas de quibus prætor ipſe cognoſcit, dici extra ordinem tractari: ordinarie autem agi, cum prætor formula data partes ad iudicem pedaneum mittit: quo ſenſu ſi hic accipimus ordinarium & extraordinarium iudicium, explicari res aut liberari ab errore Tribonianus non poteſt, cum liquidiſſimum ſit, temporibus ICtorum noſtrorum, etiamnum illū morem dandi iudices in vſu ordinario fuiſſe. Sed forte alio ſenſu quid ordinariū aut extraordinarium in hac materia dici poteſt, quod tamen ego non exputo: & repugnat, quod ex Cicer. pro Quintio & iis quæ hic tractat Hott. apparet, iam antiquitus & Ciceronis temporibus hunc ordinarium procedendi modum fuiſſe, vt creditores in bona mitterētur, & vbi ea certo tempore poſſediſſent; vendendi ius haberent: nec quidquam in eo extraordinarii videtur, vt creditores bona poſſideant, & poſt nemine defendente, ea vendāt. An forte Tribonianus in diſtinctione temporū peccauit? aut non bene iſta inter ſe oppoſuit? ſiquidem iſta nō pugnant, creditores mitti in poſſeſſionem, & poſtmodum bona alicui ſiue extraneo ſiue etiam creditorum vni bona omnia addici: vide tamen Theoph. hic. vbi notat emptorem bonorum loco heredis effectum, & in eum & ei actiones datas fuiſſe: quod poſtea vix putem obtinuiſſe, ſed ita vendita bona vt ex pretio recte creditoribus ſatisfieret. Iuſtin. quoque in *§. vlt. inſ. de interdict.* ait hodie omnia iudicia eſſe extraordinaria: quo ſenſu ſi hic loquitur, non video quomodo excuſari poſſit: cum iſtud de temporibus ICtorum non poſſit eſſe verum. Ego mihi fateor non liquere: quomodo hic explicandus, aut excuſandus ſit Tribonianus.

 TEXTVS.

TEXTVS.

Erat & ex SCto Claudiano miſerabilis per vniuerſitatem adquiſitio, cum libera mulier ſeruili amore bacchata, ipſam libertatem per Senatuſconſultum amittebat, & ſubſtantiam cum libertate: quod indignum temporibus noſtris exiſtimantes, & à noſtra ciuitate deleri, & non inſeri noſtris Digg. conceſſimus.

COMMENTARIVS.

SVetonius in Veſpaſiano ſcribit *cap.* 11. autorem fuiſſe eum Senatui decernendi, vt quæ ſe alieno ſeruo iunxiſſet, ancilla haberetur. Aut errat Suetonius, aut iterum relatum id fuiſſe oportet; ſiquidem *lib. XII. annal. Tacit.* vbi de rebus geſtis ſub Claudio: Inter quæ, inquit, refertur ad patres, de pœna fœminarum quæ ſeruis coniungerentur: ſtatuitque vt ignaro domino ad id prolapſa, in ſeruitutem ſui conſenſiſſet, & qui nati eſſent pro libertis haberentur. Qui locus tamen Lipſio & aliis mendoſus videtur, & non vno modo emendatur. Sed nihil abſurdi video, ſi dicamus, mulierem in ſeruitutem ſui ceu conſentientem pro ſerua ex eo SCto habitam, conſeruata tamen ex ea natis libertate, vt dominus ſerui Ius liberti tantum in iis haberet. *Vlp. tit. de tutelis XI. §. 5. maxima* 10. hanc refert ſpeciem maximæ capitis diminutionis, cum mulier alieno ſeruo ſe iunxit denuntiante domino, & ancilla facta fuerit ex SCto Claudiano. Cum autem Tacitus ſimpliciter meminerit ignorantis domini, ſequitur, diſputatione ICtorum id additũ SCto, vt oportuerit id accidiſſe fuiſſe repetitum congreſſum contra denuntiationẽ domini: & imo denuntiationum plurali numero meminit *Iuſtin. in l. vn. C. de SCto Claud. tollendo.* & inde ratio dubitandi videtur fuiſſe in *l. Lucius* 23. *depoſ.* Legitimæ etiam admonitionis in iiſdem terminis mentio eſt in *l. edicimus* C. *Theodoſ. de murileg. lib.* 10. & Theoph. ter, & quidem coram 7. teſtibus denunciandũ fuiſſe ſcribit. D - qua re v. & *Pet. Fabr.* 1. *ſemeſtr.* 25. Hoc SCtum *d. l. vn.* ſuſtulit Iuſtinianus.

AD TITVLVM XIV. LIBRI TERTII INſtitutionum, *DE OBLIGATIONIBVS.*

TEXTVS.

Nunc tranſeamus ad obligationes.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio methodi.*

2 *Tractatus obligationum pertinet ad Tract. De rebus.*

AIt: *Nunc tranſeamus.*] Et inprimis de ratione methodi videndum eſt: quę ſcilicet repetenda eſt ex *lib.* 2. *tit.* 2. vbi Iuſtin. poſt tractatum de *adq. rer. dom.* ſubiicit diuiſionem rerum in corporales & incorporales: & harum ſpecies facit, obligationem, hereditatem & ſeruitutes: de quibus continua ſerie tribus titulis cum egiſſet, in *f. tit.* 5. tractaturus de modis ciuilibus adquirendi, monet ſe loco ſuo acturum de hereditatibus & obligationibus. Ergo poſtquam hactenus de hereditatibus egit, iam tranſit ad obligationes. Nec tamen iſtud ſatis eſt defendēdæ methodo. Hac enim ratione de quauis alia re corporali aut incorporali tractat o inſtitui poſſet: ſi non alia conſideratione hic de obligationibus tractatur, quam ſupra de ſeruitutibus actum fuit. Et de hereditatib. vero eo reſpectu actũ fuit, quod per eas adquiritur dominiũ: vel potius quod ſunt vniuerſitas rerum, quam certis modis adquirimus. Hoc enim fuit propoſitum Iuſti. iam à *pr. lib.* 2. vt traderet cauſas & modos adquirendi dominii. Itaque repetenda altius eſt methodi ratio ex §. *vlt. tit.* 2. *li.* 1. vbi Iuſt. docuit poſt ICt. in *l.* 1. *d. ſtat. hom.* omne ius pertinere ad perſonas res & actiones. Perſonarum

tracta-

Digitized by Google

tractatus abſoluitur *lib.* 1. De actionibus incipit tractatus *lib.* 4. *tit.*6. Ergo totus intermedius tractatus ad res pertinet. Et recte ſentiũt,
2 qui tractatum iſtum De Rebus, dicunt † abſolui Duabus partibus. De dominio & de obligatione. De dominio & modis quibus id adipiſcimur, huc vſq; à *lib.* 2. actum eſt. Sequitur igitur, vt modo agatur de Obligationibus. Hic ſine controuerſia ſcopus eſt Iuſtiniani: & neſcio quid in mẽtem venerit Vulteio, vt tractatum de obligationib. referret ad primum obiectum de perſonis: vano argumẽto, quod obligatio inhæreat perſonæ; quomodo vel maxime vſusfructus ad primum obiectum referendus eſſet. Neque vero obligationes vt relatæ ad perſonam debitoris, ſed & magis relatæ ad creditorem conſiderandę ſunt: qui ſcilicet obligationem ſibi contrahendo adquirit, & eam quoque certo modo, vendere & donare & in alium transferre poteſt: vt hoc modo obligationes non male in commercio eſſe dicantur: quomodo prorſus non ſunt, quæ ad Tractatum de perſonis pertinent. Neque aliud per ius perſonarum intellexit *Iuſtin. lib.* 1. quam ſtatum: & haud dubie titulus de Iure perſonarum, reſpondet ei qui eſt *lib.* 1. *Digeſt. De ſtatu hominum*, ad quem nulla ratione referri obligatio poteſt: ſiquidem vt quis in ciuitate obligatus ſit, nihil neceſſum eſt; quæ autem ad ſtatum pertinent, in omnium ciuiũ perſona neceſſario conſiderantur. Ita plane rem factam habemus, ſi de mente Iuſtiniani & ICtorum, quid illi per ius perſonarum intellexerint, quęramus: ceteroquin parum noſtra intereſſe debet, quam hic vel ille ex cerebro ſuo interpretationem confinxerit. Ita ergo ſtatuendum eſt: Duo eſſe genera rerum, quæ adquiruntur, & de quibus in iure tractatur: dominium & obligationem. Neq; enim tractamus de rebus quales ſunt natura ſua, quæ tractatio eſt alterius diſciplinæ, ſed quatenus in iis aut ad eas ius aliquod quæſitum habemus. Hactenus enim intereſt inter dominium & obligationem, quod illud eſt ius in re, hæc eſt ius ad rem. Obiici hic poſſit quod ſtatim Iuſtinian. definit obligationem in relatione ad perſonam debitoris, quod ſit ius quo obſtringimur. Sed nimirum ſunt iſta relata: nec ob id efficitur, non poſſe definiri quoque obligationem, qua refertur ad creditorem. Et Iuſtinianus voluit ita oſtendere ſimul ius quod creditor conſequitur. Nec enim qui adquiſiuit obligationem ſtatim rem ipſam habet, ſed tantum facit, vt ſibi debitor ſit ad dandum obligatus: quod ius ipſum licet in debitore quoque conſideratum, longe diuerſum eſt, à iure quod eſt & dicitur perſonæ. Cui accedit, quod res eſt ęſtimanda ab vltimo fine: & vero non hoc intendit creditor finaliter vt ſibi habeat obligatum alium, ſed vt per hanc obligationem aliquid aliud conſequatur. Dominium porro principale eſt ius quod in rebus intendimus: ſunt autem & alia iura, veluti, pignoris, ſeruitutis, de quibus propriis locis agitur. Scio quoſdam etiam ſtatuere dominium pignoris & ſeruitutis. Nec omnino abnuerim poſſe ita dominium iuris quoque dici. Sed enim dum res obiectum alterum iuris dicimus, ipſas ſubiectas res intelligimus, non quatenus ſaltem in illis aliquod ius habemus, qualia etiam iura ſunt pignus & ſeruitus. Apparet tamen ex his, non eodem ſenſu obligationem ad res referri, quo refertur ſeruitus aut hereditas, neque iſta omnino recte *ſub tit. de reb. incorp. ſup. lib.* 2. coniungi. Hereditas enim ſignificat quandam vniuerſitatem bonorum, quam & adquirimus & certis actionibus quoque perſequimur: ſicut & pro ſeruitutibus, quæ ipſæ deducuntur in obligationem, conſequendis & defendendis certas actiones habemus, ſed obligationes non perſequimur, verum earum beneficio, pro rebus tradendis experimur. In ſumma res ſunt obiectum iuris ſiue potius Iuriſprudentiæ, quatenus in iis aut ad eas ius habemus, quod poſterius per obligationem conſequimur. Et hinc adeo videri poſſit, non eſſe neceſſarium, vt tria obiecta iuris conſtituantur, ſed poſſe ſufficere duo, perſonas & res: quandoquidem actiones tamquam effectus, ad obiectum illud de rebus commode referuntur: ſiquidem dominium & obligatio,

 quarum

quarum explicatione obiectum de rebus abſoluitur, ſunt cauſæ actionum: & cauſa & effectus bene ſub idem obiectum referuntur. Errant adeo procul dubio, qui ad ſolas obligationes, actiones referunt: cum diuiſio principalis actionum ſit in perſonales & reales, quæ non obligationis, ſed dominii aut alterius iuris realis ſunt effectus, cum quibus errat Theoph. qui ad *pr. h. t.* omnino ſeparat obligationes à rebus, & nec alia ratione de obligationibus agi putat, quam quatenus ſunt pars tractatus de actionibus. Et hæc ad *iſtud pr. huius tit.* ſufficiant.

TEXTVS.

1. Obligatio eſt iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ, ſecundum noſtræ ciuitatis iura.

COMMENTARIVS.

Definitio cuiuſque rei de qua tractatur, merito præcedere debet. Succinctius dicemus, quod obligatio ſit ad aliquid præſtandum adſtrictio. Obligatio enim dicitur à ligando: vnde & à Iuſtiniano vinculum vocatur. Idque forte à nectendo deductum, quod olim obligationes per æs & libram quod per nexum, dicebant, contrahebantur. Quo pertinet illud Feſti: Nexum eſt, quodcunque per æs & libram geritur, idque necti dicitur: & *Varro 6. de Ling. Lat.* Nexum, omne quod per æs & libram geritur: & quod obligatur per æs & libram, inde nexum dictum, & *Cic. 3. de orat.* Nexum eſt, inquit, quod per æs & libram agitur. Verba, *neceſſitate*, itemque, *ſecundum noſtra ciuitatis iura*, videntur definitionem facere anguſtiorem, ita vt tantum contineatur obligatio ciuilis ex qua actio naſcitur efficax; quamuis & naturalis obligatio ſuo modo aliquam habeat neceſſitatem, nec omnino ſit incognita Legibus Romanis. Sed oſtendit apertius ſubiecta diuiſio, tantum de obligatione ciuili quæ opponitur naturali, hic tractari. At enim cum paſſim in iure noſtro etiam fiat mentio eius, quæ dicitur, naturalis obligationis, eiusque non ſint exigui effectus, quod non citra vitium, eſt hic omiſſum à Iuſtiniano, à nobis in gratiam tyronum ſupplendum eſt. Definimus igitur, vt iam diximus, obligationem in genere, ad aliquid præſtandum adſtrictionem: vt ſingulæ ſpecies comprehendi poſſint, & nimirum naturalis quoque, vt modo pluribus dicemus.

TEXTVS.

2. Omnium autem obligationum ſumma diuiſio in duo genera deducitur: namque aut ciuiles ſunt, aut prætoriæ. Ciuiles ſunt, quæ aut legibus conſtitutæ, aut certo iure ciuili comprobatæ ſunt. Prætoriæ ſunt, quas prætor ex ſua iuriſdictione conſtituit, quæ etiam honorariæ vocantur. Sequens diuiſio in quatuor diuiditur ſpecies. Aut enim ex contractu ſunt, aut quaſi ex contractu: aut ex maleficio, aut quaſi ex maleficio. Prius eſt, vt de iis quæ ex contractu ſunt, diſpiciamus. Harum æque quatuor ſunt ſpecies: Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut conſenſu; de quibus ſingulis diſpiciamus.

COMMENTARIVS.

1 *Obligationis in genere diuiſio.*
2 *Ciuilis obligationis variæ ſignificationes.*
3 *Naturalis obligatio quot modis dicatur &* n. 6.
4 *Obligationis naturalis nudæ effectus.*
5 *Cauſa huius obligationis.*
7 *Diuiſio cauſarum ex quibus ſunt obligationes, & inprimis conuentionis.*
8 *Quid ſint variæ cauſarum figuræ in* l. 1. de O. & Act.
9 *Poteſtas non eſt cauſa obligationis.*
10 *Inſubtilis diuiſio in* l. 52. de O. & A.

IVſtinianus, vt diximus, tantum hic tractat de obligationibus, ex quibus naſcitur effi-

Digitized by Google

cat actio. Nos agamus plenius. Obligatio generaliter ſumpta diſtinguitur à Dd. communiſſime in naturalem & ciuilem: quæ vtraque rurſus eſt vel ſimplex vel mixta. Eſt enim alia ciuilis tantum, ſeu nuda quædam naturalis tantum: quædam naturalis atque ciuilis ſi-
2 mul. Ciuilis † obligatio non vno modo vſurpari poteſt. Et 1. vt ſignificet obligationē iure ciuili introductam, ſine vlla conſideratione æquitatis aut iniquitatis; quam poteſtatem Legis in quauis Republica eſſe dubitari non poteſt: itaque talis & efficax erit obligatio. Deinde & ex diuerſo aut magis oppoſito, ciuilis etiam obligatio dicitur à nuda approbatione: quo ſenſu obligationes ex contractibus, qui ſine dubio tota ſua eſſentia ſunt à iure gentium, notiſſimo iure dicuntur ciuiles, vt tamen omnino potior & potentior ibi ſit naturalis obligatio: hoc ſolidiſſimo argumento, quod huiuſmodi obligatio, (vbi nihil aliud ſupereſt, quod eam ſuſtineat) nudo pacto tollitur tota & ipſo iure, vt nulla ſuperſit amplius actio; quod accidit in obligationibus quæ conſenſu conſtare dicuntur: vt docent *l. 7. §. adeo 6. l. ſi vnus §. 2. l. ab emptione 58. de pact.* Tertio ciuilis obligatio dicitur, cum Ius ciuile nudæ, & vt ita dicam indeterminatæ alicui obligationi, quæ & ipſa tamen æquitate conuentionis nititur, & habet conſenſum, robur addit, vel adiiciendo propriā aliquam formam, quo pertinet obligatio ex ſtipulatione, vel ſimpliciter confirmando, quo pertinet obligatio ex pactis quæ dicuntur legitima, lege ſpeciali confirmata. Atque his caſibus omnibus obligatio eſt ciuilis quæ mixta dicitur, id eſt naturalis & ciuilis ſimul, niſi aliquo ſuperueniente, coniunctio iſta & quaſi vinculum tollatur, aut inhibeatur, & fiat, vt alterutra vel ab initio ſola ſit, vel poſt aliquo ſubducto ſola relinquatur, vt ſequentia docebant. Et nimirum Quarto loco ciuilis obligatio appellari poteſt, quam Dd. docendi cauſa vocant ciuilem nudam, quæ non habet vinculum æquitatis: quoties nempe debitor, qui ſummo iure poteſt conueniri, exceptione aliqua, metus, doli, erroris, pacti, &c. defenditur, & propter huiuſmodi exceptionem à iudice abſoluitur. Neque hic intereſt an ſtatim ab initio talis obligatio exiſtat: an poſtea talis fiat. Illud accidit, ſi quis coactus metu vel dolo inductus, aut errore lapſus aliquid promiſerit: hoc, ſi poſt recte conſtitutam obligationem, debitor, ne à ſe peteretur pactus ſit, aut ſe non debere, creditore deferente iurauerit: vinculo enim æquitatis, quo naturalis continetur obligatio, ita ſublato *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolut.* obligatio nuda ciuilis manet, ad hoc efficax, vt ex ea actionem det aditus prætor, & formulam: quoniam conuentio ad agendum ſua natura & exigendum eſt habilis: vt proinde prætor ex ratione iuris, & veteris procedendi modi, actionem negare non poſſit. Sed debitore allegante dolum, metum, pactum &c. formulæ inſerit prætor exceptionem: qua probata cum omnino reus ſit abſoluendus: apparet, quod prætor ex hypotheſi ſublati vinculi æquitatis hanc obligationem effectu habeat pro nulla: & id hoc quoque indicio; quod qui tali exceptione tutus, & ciuiliter tantum obligatus eſt, ſi per errorem pecuniam ſoluat, condictionem ſoluti habet *l. qui exceptionem 40. in princ. de condict. indeb.* Mixta autem obligatio alia vere talis eſt, alia vt ita dicam, præſumptiue talis; quæ ſubdiſtinctio explicatur in §. 1. *infra de fideiuſſorib.* Hæc de obligatione ciuili mixta & nuda. Naturalis quoq; obligatio non vno modo
dicitur. Et 1. à potiori † talis recte appel- 3
latur obligatio, quæ naſcitur ex contractibus iuris gentium, & eſt iure ciuili approbata: quam paulo ante ciuilem quoque vocari diximus: & ſane frequentius ita appellatur, imo fere tantum: quoniam videlicet ſemper plus ſolet tribui Legi ciuili, quæ facit, vt quæ etiam eſſentia ſua iuris gentium ſunt, in Republ. vſurpentur: quo reſpectu *Ariſtot. 5. Ethic.* iuris ciuilis (quod accipit de vniuerſo eo quo ciuitas vtitur) ſpeciem facit ius naturale, de quo diximus ad *lib. 1. titul. 2.* cæteroquin contractuum iſtorum, ex quibus hæc obligatio eſt, eſſentia eſt à iure gentium, teſte ipſo iure ciuili, *leg. ex hoc 5. de iuſt. & iur.*

i. n. §. *ſed ius in fin. ſup. de iur. nat.* itaque & ipſa obligatio tamquam effectus recte ad ius gentium referetur: & hoc fortaſſe ſenſu, & pro obligatione naturali latius ſumta, videretur accepiſſe ICtus in *l. naturalis* 10. *de O. & Act.* neque enim de obligatione naturali tantum, dici poteſt, quod actionem pariat. Et nimirum hæc eſt ſecunda acceptio naturalis obligationis, pro ea quæ eſt deſtituta vinculo iuris ciuilis, eo videlicet quod ita dicitur per excellentiam, & quod obligationem fouet & facit ad agendum & exigendum efficacem. Nam vt dixi, licet vel maxime eſſentia obligationis ſit à iure gentium, niſi tamen Lege ciuili quoque ſit recepta, actionem producere non poteſt, & hoc reſpectu negatur nuda pactio parere obligationem (ſc. efficacem) *l.* 7. §. *ſed cum* 4. *de pact.* & qui ex nudo pacto debet naturaliter tantum & abuſiue dicitur debitor, *l. fideiuſſ.* 16. §. *naturales* 4. *de fideiuſſor.* Habet autem alias & iſta quoq; obligatio, ſuos iure ciuili effectus: veluti, quod ſolutum retinetur, nec qui ſoluit
4 id repetere † poteſt *d. l. naturalis* 10. *de oblig. & act. l.* 6. §. *vlt. cum l. ſeq. de fideiuſſ.* Item quod eiuſmodi obligatio nouari poteſt *l.* 1. §. 1. *de noua.* de quo in §. *pen. infr. Quib. mod. toll. obl.* quod conſtitui *l.* 1. §. *debitum* 7. *de conſt. pec.* quod ei recte accedit pignus *l.* 1. *in pr. de pign. act.* itemque fideiuſſor *d. l.* 6. §. *vlt. d. fideiuſſ.* imo quod tale debitum cum debito quouis alio compenſari poteſt *l. etiam* 6. *de compenſat.* Cui non video quomodo obſtet quam obiicit Gothof. *l. quæcunque* 14. *eod. tit.* cum procul dubio ibi intelligatur debitum ciuiliter tantum, & quod, vt paulo ante diximus, caret vinculo æquitatis, & exceptione iuſtiſſima perimi poteſt. Fruſtra autem quæritur de exceptione in terminis obligationis naturalis, ex qua actio non competit, ex qua adeo debitum non poteſt dici perimi per exceptionem. Vt autem obligatio ta-
5 lis & non † etiam ciuilis ſit, duplex cauſa eſt. Prima, qualitas conuentionis: veluti nudum pactum. Non enim omnes omnino conuentiones neceſſitate adſtringere Leges Romanæ voluerunt: ſed aliquas tantum, eaſque aut determinatas & nominatas, aut certe eas ex quibus iam ab vno ad alium quid perueniſſet, quod ſuaderet dari actionem, vt tractatur in *l.* 7. *de pactis.* Ceteras conuentiones in nomine pacti reliquerunt, nec ex iis actiones dandas cenſuerunt. Altera cauſa eſt, qualitas perſonæ contrahentis, quæ facit, vt licet alias conuentio per ſe habilis eſſet, tamen ciuilis obligatio naſci non poſſit: veluti ſi pupillus contrahat *l. ſi pupillus* 21. *ad L. Falcid. l. cum illud* 25. *in f. quand. dies leg. ced.* de quo agemus pluribus *inf. de inutil. ſtipul. ad* §. *pupillus.* Item ſi ſeruus *l. ſerui* 14. *de oblig. & act.* ita vt & ipſe domino, & hic viciſſim ipſi naturaliter obligetur *l. ſi quod* 64. *de cond. ind. indeb.* §. 1. *inf. de fideiuſſorib.* Neque mouet quod obiiciunt Dd. ſeruos gentium iure pro nullis videri, *arg.* §. 1. *ſup. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Neque enim quod ex iure gentium talis poteſtas in ſeruum eſt, facit, vt propterea nullo modo poſſint iure gentium obligari: ſiquidem nec ſummum ius poteſtatis patriæ, impedit quo minus inter liberos & patrem & duos fratres ſub eadem poteſtate naſcatur obligatio naturalis *l. frater à fratre* 38. *de condict. indeb.* Accedit, quod iura bellorum & ſeruitutum ſunt ex ea ſpecie iuris gentiū, cui cauſam dedit improbitas humana: ex diuerſo autem genere iuris gentium obligationes deſcendunt, vt tractatum eſt *ſup. de iure nat. gent. &c.* Et manet ſeruus naturaliter obligatus ex conuentionibus quas fecit, etiamſi manumiſſus ſit: neque tamen ex ante geſto (quippe cum omnia domino acquiſiuerit) in eum actio datur *l.* 1. *C. an ſeruus ex ſuo facto.* niſi quoad connexa cum iis quæ manumiſſus geſſit *l. tutorem* 37. §. 1. *de admin. tut.* & quod actio in factum in eum datur: Pro eo quod promiſit pro libertate *l.* 3. *C. An ſeruus ex ſuo facto &c.* Eſt & † tertia acceptio obligatio- 6
nis naturalis, quam citra vllam conuentionem officii ratio inducit: quo ſenſu naturaliter quis dicitur obligatus ad remunerandum *l. ſed etſi* 25. §. *conſuluit* 5. *de petit. hered.* quam obligationem ius ciuile honeſtati, & cuiuſq; conſcientiæ relinquit: excepta tamen ea ſpecie beneficii, quod manumiſſus debet patrono, & propter hoc, operas: quæ ſpecies obligationis pene ad prioris illius naturalis obligatio-

nis naturam redacta eſt, *Arg. l. ſi non ſortem 26. §. libertus 12. de condict. indeb.* ſed & ſunt aliæ ſpecies huius naturalis obligationis, & inprimis illa quæ oritur ex iuſſu teſtatoris, licet teſtamentum ſit non ſolenne, de qua re ſuo loco tractatur. Hæc præmiſiſſe ſatis ſit, iam quædam in textu videamus.

Ciuiles ſunt aut prætoria.] Ita quoq; diuiduntur actiones *inf. tit. de action.* alias in genere, dum obligationi ciuili naturalẽ opponimus, illius appellatione etiam prætoriam, quæ actionem parit, comprehendimus. Neq; hic obſtat, quod in *l. obligationes 27. de O. & A.* dicitur inutiles obligationes imperio prætoris non confirmari. Non enim intelliguntur ſimpliciter obligationes ad agendum per ſe inutiles, ſed obligationes LL. improbatæ: ceteroquin nec Lex ciuilis poſſet inducere obligationem: quia additur, tales obligationes, nec Legis poteſtate confirmari.

Conſtituta ſunt aut comprobata.] Firmatur hinc diſtinctio obligationis ciuilis, quã paulo ante præmiſimus, quod quædam obligationes ſint iuris ciuilis conſtitutione: quædam ſola approbatione. De iure prætorio & eius autoritate ſatis diximus in *§. præto. ſup. de iur. nat.*

In quatuor ſpecies.] Obligatio naſcitur vel eſt ex delicto, vel ex conuentione, pro quo ait Iuſtin. *contractu*, quoniam non agit de obligatio-
7 ne naturali tantum. Et tamen † ne ſic quidem omnes cauſæ ciuilis obligationis ponuntur. Nam & ex pactis legitimis naſcitur obligatio ciuilis, & ea tamen contractus non ſunt. Et vt omnes ſpecies conuentionum ſimul proponamus: Conuentio omnis vel eſt veſtita vel nuda. Ita enim docendi cauſa non inepte loquuntur Dd. Et errant omnino, qui pactiones nudas non putant dici ad diſtinctionẽ aliarum pactionum, quæ non ſint nudæ: ſiue enim alteram ſpeciem pactionum, appelles veſtitas, vel alio nomine, nihil intereſt. Veſtita dicitur vel natura ſua vel ex accidenti: illa eſt contractus: hæc vel eſt pactum legitimum vel pactũ contractui adiectum incontinenti; his enim accidit, cum ex ſe inualida ſint, vt propter autoritatem Legis, & cohærentiam contractus producant actionẽ *l. legitima 6. & l. 7. § quinimo 5. de pact.* Rurſus conuentio vel eſt expreſſa vel tacita quæ conſtituit quaſi contractus, de quibus *inf. h. li. tit. 28.* Ex quo autem æſtimandum ſit an conuentio ſit contractus, docet *Vlp. in l. 7. de pact.* nimirũ an habeat nomen an cauſam. Nomen quidem eſſentiale rei non eſt: ſed tamen arguit eam eſſe naturam conuentionis, vt iure gentium recepta ſit & approbata, vel etiam iure ciuili. Itaque à poſteriori procedit *Vlp. in d. l. 7.* & omnino præſupponere aliquid oportet, ob quod conuentioni nomen impoſitum & illa fuerit approbata. Cauſam diſerte vocat *Vlp. in d. l. 7.* (alias enim cauſa omnibus contractibus tribui poteſt) dationem vel factum, quæ facit, vt etiamſi nomine deſtituatur contractus, tamen æquum ſit actionem dari, eo quod à me aliquid ad te ſub certa pactione profectum eſt: vnde exſiſtunt contractus innominati. Delictum eſt altera cauſa obligationis; Sunt qui putent & hic obligari reum ex tacita quadam conuentione, iuxta illud quo Lex omnes dicitur obligare, aut ad obedientiam, aut ad pœnam: adeo qui ſciens voluntatem Legis, v. c. furtum committat, tacite hoc ipſo ſe ad pœnam obſtringere videatur. Verum iſta opinio minime recipienda eſt, iuxta quam oppoſitæ inter ſe ſpecies, conuentio & delictum confunduntur: & hoc quam remotiſſimum eſt à mente & propoſito furis aut raptoris, vt velint ſubire pœnam. Itaq; agnoſcendum eſt, hanc obligationem eſſe à Lege, non tamen mere ciuili, ſed magis iure gentium, quod delicta vetat & punit hactenus, vt damni aut iniuriæ vindictam læſo proponat, & actionem ciuilem: de qua ſpecie obligationis ex delicto deſcendentis hic agitur: non de ea pœna quæ criminali aut publico iudicio exigitur & quaſi in publicam vindictam irrogatur; hic enim tractatus totus pertinet ad iudicia ciuilia, & cauſas actionum, quæ priuato competunt, proprium ſuum intereſſe perſequenti. Et hi igitur ſunt duo fontes obligationis, conuentio (ita enim generalius loquar, vt omnes obligationum ſpecies comprehendam) & delictum. Occurrunt aliquando

Digitized by Google

quando caſus, quibus actio datur perſonalis, vt tamen vix vlla veſtigia alicuius conuentionis ſuperſint, vt in *l. ſi me 3. de reb. cred.* ſed habent illi ſpeciales rationes, & ſunt caſus ſin-
8 gulares † propter quos quidem ego exiſtimo in *l. 1. in pr. de O. & Act.* adiectum eſſe oriri prætereà obligationes ex *variis cauſarum figuris*: itemq; *inſ. de act. in pr. aliis quibuſdam modis*: nam cum omnino varii & vix numerabiles ſint caſus, qui occurrunt, & in quibus ſæpe æquitas aliqua ſuadet dari actionem, cum & ſint actiones perſonales extraordinariæ & in factum, periculoſum exiſtimauerunt ICti his duobus fontibus cõuentione & delicto, omnes cauſas obligationum præciſe concludere, & cautionis cauſa ea, quæ retuli, verba, adiicere voluerunt. Et recte nihilominus hæ ponuntur generales & ordinariæ cauſæ eædemq; principales; conuentio & delictum: quæ etiam ſtatuuntur in *l. 4. h. t.* & eodem ſenſu *Caius 2. Inſt. 9. in pr.* omnem obligationem aut ex culpa aut ex contractu eſſe & deſcendere ſcribit, & in *l. obligamur 52. de O. & A. in pr.* additur itidem cauſa obligationis *ex peccato*. Et haud ſcio, quid hic rurſus in mentem venerit Vulteio, vt tertiam
9 cauſam obligationis † ſtatueret, poteſtatem. Nec cauſam aliam errandi conſicit, quã quod putauit actiones præiudiciales eſſe in perſonam: quod falſum eſſe docebimus in *§. præiudiciales 13. inſ. de act.* Et alias illa ſententia Vulteii nihil eſt abſurdius. Nam cum poſita cauſa neceſſe ſit poni effectum, nihil tamẽ falſius eſt, quam quod ponatur obligatio, poſita poteſtate: & imo alio ſpectat poteſtas: & nullo modo ad obligandum eum qui eſt in poteſtate. Et hoc modo, adoptionẽ, & v. c. hoſtis capti occupationem, adquirendæ: rurſus emancipationem, & manumiſſionem, tollendæ obligationis modos ſtatuemus. An aut dicimus obligari filium, vt honorem exhibeat patri, ſeruum, vt obſequia & operas domino præſtet? Sed ita numquam ICti in hac materia obligationem accipiunt: & ita dominium & obligationem confundemus, & inter dominum & rem quæ in dominio eſt, obligationẽ aliquam ſtatuemus. Abſurde penitus, & cum ingenti rerum omnium confuſione. Sed hæc cõmenta refutatione vix digna ſunt. De ſingulis porro ſpeciebus hic relatis, & porro ſubiectis ſpeciebus in ſeqq. agetur.

In quatuor ſpecies diuiditur.] Incõcinne dicitur, *diuidi diuiſio*. Et Cui. pro *diuiditur* legit, *diducitur*.

Aut re contrahuntur.] Hic commode ſubnectenda erat ſubdiuiſio contractuum qui re ineuntur in nominatos, de quibus tantum in *ti. ſeq.* agitur, & innominatotos, qui & ipſi re cõtrahuntur, *l. 1. §. 1. de permut.* de quibus *d. ti. & ti. ſeq. de præſc. r. verb.* ſed non fuit propoſitum Iuſti. omnes ſpecies accurate hoc libello perſecuti, verito forte ne tyrones iuris nimis oneraret.
Illud deniq; circa has diuiſiones addo, † paulo 10
generalius & parum accurate agere ICtum in *l. obligamur 52. de O. & A.* Nam quod de herede neceſſario ex neceſſitate obligato aſſertur, huc non multum pertinet; niſi qua ipſo iure legatariis & creditoribus obligatur, in quo ſunt proprie & ſpeciales cauſæ obligationis, qua repræſentat defunctum: tum illud membrum inſubtiliter aliis mẽbris diuiſionis opponitur, in quib. ſingulis eſt neceſſitas, vt apparet ex definitione obligationis in *pr. huius ti.* Tum porro, *Re, verbis, conſenſu*, ſub vnum commune genus contractus pertinent. Neq; re & verbis ſimul obligari nos recte dicimur, quaſi hoc diuerſum ſit membrum, cum alterutrũ ſufficiat, & vbi interrogatio accedit, & ſtipulatio ſubiicitur, nouatio contingit *l. 6. §. vlt. & l. 7. de nouation.* Rurſus cum Lege obligari dicit, eum, qui contra Legem facit: non recte ab hoc diuerſum membrum conſtituit eius qui ex peccato obligatur. Sed nimirum aliquando pinguius diſputant ICti.

AD TITVLVM XV.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

QVIBVS MODIS RE CONTRAhitur obligatio.

TEXTVS.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione

datione. Mutui autem datio in iis rebus conſiſtit, quæ pondere, numero menſurave cõſtant: veluti, vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, auro, argento: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, vt fiant accipientium: & quandoq; non eædem res, ſed alia eiuſdem naturæ & qualitatis reddantur. Vnde etiam mutuum appellatum eſt, quia ita à me tibi datur, vt ex meo tuũ fiat. Et ex eo contractu actio naſcitur, quæ vocatur certi cõdictio.

COMMENTARIVS.

1 *Diuiſiones contractuum realium.*
2 *Etymologia mutui.*
3 *Diuiſio mutui.*
4 *Condictionis ſignificatio.*
5 *Condictio certi an duplex.*

CONtractus reales ſunt, qui traditione rei perficiuntur: adeoq; nõ ſufficit eſſe conſenſum, aut verba interueniſſe, ſed neceſſum eſt rem ipſam traditã eſſe: & omnino rei traditio initium obligationi præbet, vt de eiuſmodi contractibus ſcribit ICtus in *l. 1. §. de rer.*
1 *permut.* Et hi contractus † reales, & quidem nominati, de quib. hoc tit. ſolum diximus agi, aut ſunt acceſſorii, vt contractus pignoris, de quo in *§. vlt. h. t.* aut principales, quales ſunt ceteri. Rurſus, vel res traditur daturve (hic enim verbo dãdi generalius vtimur, quo alias translatio dominii ſignificatur) gratia & commodo eius qui tradit, vt res cuſtodiatur, & eſt depoſitum: vel gratia & commodo accipientis, vt re vtatur: & vt vel vtatur ea, ſalua ſubſtantia, & poſt idem corpus reſtituat, & eſt commodatum: vel non ſalua ſubſtantia, & vt rem conſumere liceat, & eſt mutuum: vel datur vtriuſq; gratia, quod de pignore dicitur in *§. vlt. h. t.* quod datur, vt & qui eget, pecuniam mutuam accipiat, & qui dat vel aliter contra-
2 hit, de ſuo debito ſit ſecurus. In *pr. h. t.* & † in textu propoſito agitur de mutuo. Cuius proponitur notatio nominis in *f. text.* ideo ſic dictum, quod de meo tuum fiat: quam miror à quibuſdam hoc argumento improbari, quod non ſit conuertibilis, nec ſtatim vbi de meo tuum fit, mutuum ſit, cum & in donatione & permutatione id contingat: haud enim ſæpe contingit, vt iſta ſint inter ſe conuertibilia. Et non video quid ſibi velit argutia Hotto. Quid inquit ſi de tuo meum fiat? Vtique dicimus de meo tuum, quia ego creditor tibi rem do, non tu mihi: quãuis nolim peruicaciter tueri iſtam etymologiam. Et à Græco tractum autor eſt Varro. Mutuum, inquit, quod Siculi μοῖτον. Et mox μοῖτον ἀντίμοιον, vt rectiſſime ibi reſtituit Scalig. cum vulgo legatur, μοῖτον ἀντίδομον. Ceterum *Cuiac. 11. obſer.* 37. magis putat dictum à mutatione, quod & Turnebo placet 10. *aduerſ.* 25. vbi notant Etymologiam ICtorum ſcitam magis eſſe quam veram. Mutui dationem ait Iuſt. conſiſtere in rebus quæ pondere numero & menſura cõſtant, hoc eſt, quæ non niſi hoc modo ſunt in cõmercio: ceteroquin quidquid eſt fere in rerũ natura, numerari poteſt. Tũ intelligitur res iſtas datas, numeratas, adpenſas &c. ceteroquin ſi v. c. obſignatę dentur, cuſtodiendę, tum naturã cuiuſq; corporis alterius imitãtur, & tunc eſt depoſitũ. Harum rerum ita datarũ, ad vſum nimirũ accipientis, oportet vt dominium tranſeat in accipientẽ, ſiquidẽ illis vti reuera debet, ſecundũ earũ rerum naturã. Et pecunia nimirum vtimur eam expendendo & neceſſaria emendo vinum & frumentum in cibum & potum vtimur. Nemo porro ius conſumendi habet, niſi qui dominus eſt: itaq; Iuſt. ait, in hoc dari iſtas res, vt accipientis fiant. Sed cum non dentur animo donandi, vt ſatisfiat ei qui eas dat, neceſſe eſt vt quid aliud pro iis reſtituatur. Quod ſi de pecunia reſtituenda & præſtanda ſimpliciter actum ſit, pro oleo, vino, frumento, iam fuerit emptio & venditio. Itemq; ſi conuenerit vt pro pecunia res alia detur, & omnino ſi de alia ſpecie reddenda pactum interuenerit, incidet negotium in permutationẽ & cõtractum innominatum. Diuerſum aũt ab iſtis contractibus eſt mutuum, quo contractu hoc docet Iuſtinianus agi, vt quandoq; (id eſt aliquando

& ſecundum quod conuentum eſt) nobis non eadem res (id eſt non eadem indiuidua) ſed aliæ eiuſdem naturæ & qualitatis reddantur:id eſt aliæ ſpecies generis eiuſdem, vt ICti loquuntur, vel potius indiuidua alia eiuſdem ſpeciei : Hæ enim res ita ſunt comparatæ, vt vna ſpecies vice alterius fungatur, & qui ſpeciem aliam recipit, idem quod dedit recepiſſe videatur:idq; prorſus eſt quod ICtus ait, mutuum in iis rebus conſtituere , quæ in genere ſuo recipiant functionē *l.2. §.1. de reb.cred.* idq; ex ſubiecta ratione apparet: ideo nimirū alias res mutuo dari non poſſe(vt qui accipiat eis tamquā dominus vtatur) quoniam (cum qui mutuum accipit reſtituere aliud debeat,) aliud pro alio inuito creditori ſolui non poſſit, ſiquidē ſi quis pro ſeruo aut equo accepto alium ſoluere velit,non ſatisfaceret creditori, quandoquidem magna indiuiduorum varietas,& in precio diuerſitas eſt; at qui ex his rebus quas hic recenſet Iuſtinianus , aliam ſpeciem reſtituit, non aliud pro alio,ſed idem reſtituere intelligatur:ſiquidem v. c. nihil intereſt creditoris, an talerorum ipſa corpora quis mutuo dedit, an alia eiuſdē bonitatis recipiat & valoris. Ex quo fit,vt cum hic nō ſit debitor corporis & indiuidui, vt quamuis nummi accepti perierint debitori, ſine culpa eius, (cum & alias quæuis res domino ſuo pereat)tamen non liberetur obligatione, ſed quantum accepit reſtituere neceſſe habeat §.2. *verſ. & is, inf.h.t.l.incendium* 11.*C.ſi cert.pet.*

Mutuum Dd. aliud faciunt naturale, aliud
3 ciuile † tantum, aliud mixtū, primum, in quo interuenit naturalis numeratio, & nihil præterea. Alterum, in quo numeratio non interuenit, vt ſi quis ſpe numerationis ſecuturæ confeſſus ſit ſe accepiſſe pecuniam.Poſterius, ſi numerationi addatur ſtipulatio. Sed non vno modo hic peccant. Et 1. vbi naturalis numeratio interuenit,vtique etiam eſt mutuum ciuile , & ciuilis naſcitur obligatio. Deinde cum ſubiicitur ſtipulatio , cenſetur huius rei gratia facta numeratio, itaque fit nouatio, vt tantum ex ſtipulatione ſuperſit obligatio *l.ſi ita 6.§.1. cum l.ſeq. de nouat.*3. Cum in diuiſione verba quæ exprimunt ſpecies debeant vno modo vſurpari , longe alio ſenſu ciuile dicitur mutuum,vbi accedit numeratio : alio modo vbi ſpe numerationis datum chirographum eſt.Et 4. ad *tit.d.elit.oblig.* oſtendimus hac quoque in re non recte ſentire Dd. Et penitus contradictorium eſt ponere mutuum ſine numeratione, ſiquidem mutui eſſentia in eo conſiſtit,vt re contrahatur. Ait Iuſtin.

Pecunia numerat.ære,argento,auro.]Verba hęc poſteriora aut explicant priora de pecunia numerata, quæ ſignatur in ære argento & auro: aut de ære argento auro ad pondus datis, accipienda ſunt.

Naſcitur actio quæ certi condictio.] De condi-ctionum † natura oportunior erit dicendi locus *inf.de actionib.* Interim hic notandum, condictionis quidem nomen antiquitus omnibus actionibus perſonalibus commune fuiſſe *§.appellamus* 15.*inf. de action.* ſed iure noſtro denotat ſpeciē actionis perſonalis , qua aliquid nobis dari petimus *d.§.*15. id eſt dominium in nos transferri; itaq; iſta actio regulariter tantum contra dominum,& non domino datur; & in duas ſpecies ſubdiuiditur ab obiecto, quod alia ſit incerti, alia certi,qua certum petimus,iuxta deſcriptionem *l.ſtipul.* 74. §. 1. *de Verb.oblig. & l.certum* 6.*de reb.cred.* ex quacunq; obligatione *l. certi* 9. *eod. tit.* ſed an igitur mutuum, quod eſt contractus ſpecialis, non habebit ſpecialem & propriam actionem,quam tamen habent omnes reliqui contractus nominati?Hæc res fecit,vt Interpp. quos vocant Citramontanos † duplicē ſtatuerēt certi con- 5
dictionem,generalem & ſpecialem. Sed contra Vltramontani, vnicam tātum eſſe generalem contenderunt, quæ etiā ex mutuo detur. Quod non ita eſt accipiendum, quaſi videant ex vllo contractu ſpeciali poſſe naſci actionem generalem : ſed putauerunt condictionē certi quæ ex mutuo datur, comprehendi ſub generali condictione,& huius eſſe ſpeciē non minus quam alias ſpecies , quæ referuntur in *d.l. 9.h.t.* At vero Citramontani putauerunt, ita ſpecialem condictionem eſſe quæ ex mutuo eſt, vel pro repetendo mutuo datur, vt

non

non comprehendatur ſub generali natura certi condictionis, ſed quæ condictioni generali, cuius ſpecies referuntur in *d. l. 9.* tamquã diſparata ſpecies opponatur: numquam autem ſuo generi opponitur ſpecies: Eadem controuerſia occurrit in materia ſtipulationis ex qua itidem dicitur competere condictio certi. Et placuit fere recentioribus opinio quam olim defenderunt Vltramontani, quod videlicet condictio certi ex mutuo, ſit eiuſdem naturæ in genere, cuius ſunt aliæ condictiones certi: cum nec vlla dari eſſentialis & ſpecifica differẽtia poſſit, qua vt genus diſparatum à generali condictione ſiue à condictione certi pro genere ſumpta, diſtinguatur. Nec refert, quod ita ſit deterior futura conditio huius contractus, qui præter actionem communem, & quam alii quoque contractus habeat, nullam propriam ſit habiturus. Etenim ſatis creditori eſt per hanc actionem conſultum, vt non indigeat alia. Et veroſimile eſt cum ab initio tantum pro mutuo, ſtipulatione & aliis quibuſdam ſpecialibus caſibus hæc condictio eſſet introducta, ſenſim poſtea factum eſſe, vt ad alias etiam conuentiones, quæ in ſe haberẽt certam rem, produceretur. Sed non pluribus libet hac de re agere, cum præſertim, vt & Fab. hic monet, res iſta ſit nullius vtilitatis, & recte agat, quiſquis v. c. ex mutuo ſe centum petere dicit. Et nos in *Tract. de actionibus* diximus plura.

TEXTVS.

1. Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem ſoluit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici poteſt, *ſi apparet eum dare oportere*, ac ſi mutuum accepiſſet. Vnde pupillus, ſi ei ſine tutoris autoritate per errorem indebitum datum eſt, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione. Sed hæc ſpecies obligationis non videtur conſiſtere ex contractu, cum is qui ſoluendi animo dat, magis voluerit diſtrahere negotium quam contrahere.

COMMENTARIVS.

1 *Indebiti ſolutio non recte dicitur promutuum.*

ALtera ſpecies contractus qui initur re. Verum cum hic agatur de veris contractibus, non de quaſi, de quibus *infr. tit.* 28. apparet parum ſubtiliter iſtud hic proponi: cum in *f.* §. ipſe Iuſtin. fateatur, hic pecuniam numerari non contrahendi, ſed diſtrahendi animo: vt proinde hæc ſpecies inter veros contractus referri non poſſit: de quo dicemus *d. tit.* 28. §. *penult.* Nec alia ratione defendi hæc poteſt, methodus, quam à ſimilitudine ſolutionis indebiti, cum numeratione cauſa mutui, vt apparet ex ipſo textu, & *l. ſi quis ſ.* §. *is quoque 3. de oblig. & act.* Verum eadem ratione imo rectius potuiſſet huc referri contractus innominatus do vt des, & do vt facias: quoniam qui hac lege aliquid accepit, vtiq; re & ex vero contractu obligatur, & itidem ſi non faciat, vel præſcript. verb. actione ad intereſſe vel condictione tenetur: ſicut & pupillus quoq; qui ita quid ſine tutoris autoritate accepit, vt daret viciſſim vel faceret, pariter non obligatur, non magis quam ſi mutuum accepiſſet, aut indebitum. Nec ſatis adeo † rationis video cur à *Cuiac. in parat. hic. & 8. obſ.* 34. indebiti ſolutio vocetur promutuum: cum differant & ratione obiecti, cum indebito quæcunque res dari & repeti poſſint: & præcipue cum differant, in eo quod conſtituit vtrumq; hunc & verum & quaſi contractum: quod nimirum indebitum per errorem ſoluitur diſtrahendæ obligationis gratia, & quaſi & tacita conuentio eſt condictionis cauſa, vt dicemus *infr. tit.* 28. Et quod is qui indebitum accipit *h.* §. perinde dicitur teneri ac qui mutuum accepit, & in *d. l.* 5. §. 3. *de oblig. & act.* eadem actione, qua tenetur qui mutuum accepit, non eſt verum, quo ad eandem actionis ſpeciem, ſed quo ad genus: vterq; enim tenetur condictione, & ſi 1

certum per errorem ſolutum ſit, certi condictione: ſed vtiq; cum cauſæ repetendi ſint diuerſæ, diuerſæ ſunt iſtæ ſpecies condictionis.

Ait Iuſtinianus:

Condictitia actio.] Id eſt condictio indebiti, qua repetat ſolutum. Vnde ea proprie naſcatur, & quale hic ſit negotium dicemus ad §. *pen. inf. de oblig. quæ ex contr.* vbi eſt propria ſedes huius materiæ, quam non recte hic Interpp. tractant.

Si apparet eum dare oportere.] Formula eſt condictionum, de qua *inf. in pr. & in §. appellamus 15. de action.*

Non tenebitur.] Niſi in quantum locupletior factus eſt: idque generale eſt *l. pupillus 5. §. 1. de aut. tut.* de quo *inf. §. pupillus de inutil ſtipul.*

Non videtur ex contractu.] Dicitur *inf. d. §. pen. de oblig. quæ ex contr.*

TEXTVS.

2. Item is, cui res aliqua vtenda datur hoc eſt, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit, longe diſtat: namque res non ita datur vt eius fiat: & ob id de ea re ipſa reſtituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, ſi quolibet fortuito caſu amiſerit, quod accepit, (veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hoſtiumue incurſu) obligatus nihilominus remanet. At is qui vtendum accepit, ſane quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare iubetur, nec ſufficit ei tãtam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt: ſi modo alius diligentior poterat eam rem cuſtodire: ſed propter maiorem vim maioreſue caſus non tenetur: ſi modo non ipſius culpa is caſus interuenerit: alioqui ſi id quod tibi commodatum eſt domi, peregre tecum ferre malueris, & vel incurſu hoſtium prædonumue, vel naufragio amiſeris, non eſt dubium, quin de reſtituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, ſi nulla mercede accepta vel conſtituta, res tibi vtenda data eſt, alioqui mercede interueniente, locatus tibi vſus videtur. Gratuitum enim debet eſſe commodatum.

COMMENTARIVS.

1 *Cuius periculo ſit res commodata aut depoſita.*
2 *De culpa in contractibus præſtanda & n. 5.*
3 *Lata culpa.*
4 *Leuiſſima culpa.*
6 *Ad L. 32. depoſiti.*

Commodatum eſt contractus, quo res ſub certo modo vtenda eademq; in ſpecie reſtituenda gratis conceditur. Ex quo apparet differentia huius contractus à mutuo: in hoc enim transfertur dominium, & ius pro libitu re vtendi, ita vt non idem indiuiduum ſed tantundem reſtituatur: at in commodato eandem rem & corpus idem quod datum eſt reſtitui oportet. Vnde conſequitur altera differentia ab obiecto: vt quoniam res commodata quoq; vtenda datur, huiuſmodi tantum res commodatum admittant, quarum vſus eſt ſalua rei ſubſtantia, & proinde res fungibiles quæ in mutuum veniunt, & quarum non eſt vſus niſi in cõſumendo, non poſſint dari commodato, ſiquidem res conſumptæ eædem in ſpecie reſtitui non poſſunt, neq; in aliis rebus extra eas quæ fungibiles dicuntur, accidit temere, vt reſtitutione alterius ſpeciei idẽ quod acceptum eſt, reſtitui videatur: cum ipſorum indiuiduorum, velut, ſeruorũ, equorum, &c. non leuis ſit diuerſitas. Et cum igitur res ipſa reſtituenda ſit, quæritur, & hic & in aliis eiuſdem conditionis contractibus, veluti, depoſito, pignore, ſi res perierit, cuius id ſit periculo, & damno, an dantis, an accipientis. Et prima diſtinctio eſt an interierit ante morã commiſſam à debitore, an poſt moram. Hoc caſu regulare

regulare eſt, quod quomodocunque perierit,
periculum ſit debitoris, ex regula iuris, quod
mora perpetuet obligationem *l. ſeruū 91. §. ſe-
quitur 3. de V.O.* quæ tamē regula habet duas ex-
ceptiones, de quibus commodius *inf. h. lib. tit.
vltim.* priori caſu vbi nulla commiſſa eſt mora,
ſubdiſtinguitur, an res perierit citra culpam
debitoris, & certum eſt, eum liberatum eſſe;
an eius culpa. Culpa autem nec omnis vnius
2 generis, nec † omnium contractuum eadem
hic ratio eſt. Itaque expoſcit hic locus: vt de
culpa in contractibus ſingulis præſtanda ali-
quid dicamus, ſed paucis: eſt enim diffuſior &
intricatior hic tractatus, quā vt hic plene ex-
plicari debeat aut poſſit. Culpa in genere &
dolum & quamcunque negligentiam aliam
comprehendit: in ſpecie autem dolo opponi
ſolet, & rurſus in culpam latam, leuem & le-
uiſſimam diſtingui. Sunt nimirum tria de
quibus præſtandis, vbi res periit, in omnibus
contractibus pene tractatur. Dolus, culpa, &
caſus fortuitus. Extrema ſunt duo, Dolus &
caſus fortuitus. Hic nullo bonæ fidei iudicio
præſtatur *l. quæ 6. Cod. de pign. action.* imo nullo
plane iudicio, ita vt ſemper ſi res caſu fortuito
ante moram (quem caſum hic tractamus) res
perierit, debitor ſit liberatus: niſi ſpeciali pa-
ctione ad hoc periculum ſe obſtrinxerit *leg. 1.
§. ſæpe 35. depoſiti. l. 1. Cod. commod.* Ex aduerſo
Dolus omnibus iudiciis & in omnibus con-
tractibus præſtatur, ita vt nec pactum in futu-
rum valeat, ne quis de dolo teneatur, quia in-
uitaret ad delinquendum *l. ſi vnus 27. § Illud 3.
de pactis.* Intermedium eſt culpa, quæ vt dixi
tres ſpecies vel potius gradus habet, latam le-
uem & leuiſſimam: cui tot gradus diligentiæ
opponuntur, minima, media & maxima.
Ex his culpa lata accedit ad dolum, & compa-
ratur & æquiparatur dolo, in contractibus, ita
vt perinde teneatur debitor ſi perierit res lata
3 culpa, ac teneretur, ſi dolo † eius periiſſet,
per textus in *leg. 1. §. 2. ſi is qui teſtam. lib. l. 1. §. 5.
de obligat. & actionib. l. ſi fideiuſſor. 29. in princip.
Mandati. leg. 7. §. 1. de ſuſpect. tut. l. quæſitum 8.
§. 3. de precario.* adeo vt ſi etiam dolus notetur
cum taxatiua particula, *tantum, duntaxat* &c.
tamen comprehendatur lata culpa *l. contractus
23. de Reg. iur. d. l. 1 §. 5. inf. de obliga. & act. d. l.
1. §. 3. ſi is qui teſtam. l. 1. §. hæc actio. ſi menſor falſ.
mod.* Eſt enim lata culpa craſſa & ſupina ne-
gligentia & ignauia, cui non ignoſcitur *l. lata
223. l. magna 226. de verb. ſignificat. l. 3. §. 1. l. 6.
de iuris & fact. ignoſ. l. etſi 15. §. 1. de contrah. empt.
l. cum ſex. 55. de ædilit. edict.* Et explodenda hic
eſt diſtinctio Zaſii inter latam culpam ver-
ſutiæ & latam culpam ignauiæ: quoniam ille
ipſiſſimus eſt dolus. Ergo, vt concluda-
mus, licet lata culpa à dolo in ſpecie ſumpto
differat & diuerſa ſit *d. lege 7. §. 1. de ſuſpect. tut.
leg. 1. §. 3. in fin. de magiſtrat. conuen.* maxime in
criminalibus *l. 7. ad Lex Cornel. de ſicariis.* atta-
men in ciuilibus cauſis, & vbi de periculo rei
præſtando quæritur, eadem ratio eſt doli & la-
tæ culpæ.

Poſterior gradus culpæ, quæ † leuiſſima 4
dicitur, accedit prope ad fortuitum caſum:
quod enim ipſum verbum & appellatio o-
ſtendit, vix ea culpa eſt. Et quia tamen aliquid
culpæ eſt, non poteſt eodem plane iure cum
caſu fortuito in hac materia cenſeri: ſed imo
cum fortuitus caſus ſemper ſit inculpatus,
culpa leuiſſima non eſt inculpata, & quibuſ-
dam caſibus ob eam quis tenetur, & ea eſt
præſtanda, veluti vbi alteri damnum datum
eſt, quod Lex Aquilia vindicatur *l. in lege 44. ad
L. Aquil.* itemque in hoc ipſo contractu com-
modati, vt mox dicemus. Quia tamen leuiſ-
ſima culpa vix culpa eſt, vt iam diximus, fit in-
de, vt aliquando vbi de iis caſibus agitur, qui-
bus leuiſſima culpa venit, tantum ſimpliciter
mentio fiat doli & culpæ, (per quā ſimplici-
ter appellatam tantum leuem culpam ſignifi-
cari receptiſſimum eſt) vt in *l. ſi negotia 11. de
negot. geſt.* de quo *infr. in §. 1. de obliga. quæ quaſ.
ex contr. & in lege quæſitum 8. §. 3. de precar.*
Sed & hinc eſt, quod aliquando duo contra-
ctus, in quorum altero dolus & leuis culpa,
in altero etiam leuiſſima culpa præſtatur,
coniunguntur, tamquam vtriuſque eædem
eſſent præſtationes, propterea nimirū, quod
leuiſſimæ culpæ ratio habita non fuit: quod
accedit in *l. ſi cum 13. §. 1. de pign. act.* de quo &
inferius

inferius agemus. Et deniq; hinc eſſe videtur, quid ICti, vbi quid præter culpam (ſcil. leuem) præſtandum ſignificare volunt, cuſtodiam præſtandam dicunt, vt in *d.l.13. de pign. act.* aut diligentiam (in ſpecie ſcilicet ſummo gradu acceptam) *l.5.§ 2. in f. commod. l. cum res 47. §. pen. de legat.* 1. Ita cuſtodia in ſpecie accipitur in *§. cum autem 3. in f. inſt. de empt.* ex quo apparet, cuſtodiam illam intelligi fere in facto & circa res, quæ ſua ſponte ſe mouere & aufugere poſſunt, vt circa ſeruum: quamuis & circa alias res locum habeat, ne quod damnum iis inferatur, vt docet *l. ad eos 19. commod. iunct. l. ſed de 41. Locati.* Et recte hac acceptione in *d. §. 3 de empt.* cuſtodiam definit Theophil. quod ſit ἀκριβεστάτη καὶ ὑπερβάλλουσα [illegible] φυλακή. Et ideo quoque cuſtodia adiicitur, vt intelligamus non eam tantum culpam præſtandam, quæ in faciendo conſiſtit, ſed & quæ in omittendo.

5 Traditur porro hac de re, & † quæ in ſingulis contractibus culpa aut diligentia præſtanda ſit, regula in *l. ſi vt certo §. videndum. Commodat.* ſumpta ex diuerſitate contractuum, in quibus aut ſpectatur commodum vtriuſque contrahentis, velut in emptione, locatione, ſocietate &c. aut alterutrius tantum: Et huius vel tradentis, vt in depoſito: vel accipientis, vt in hoc contractu commodati. Vbi vtriuſque vtilitas verſatur, præſtari docet ICtus & dolum & culpam ſcilicet leuem: & nimirum requiri diligentiam mediam, qualem vulgo homines adhibere rebus ſuis ſolent: hæc eſt enim diligentia mediocris, cui oppoſita culpa leuis in hoc ſita eſſe dicitur, ſi quis non eam diligentiam rebus alienis adhibeat, qua res proprias curet, *argum. l. mulier 22. §. ſed enim 3. ad Trebell. l. heredes 25. §. non tantum 16. fam. erciſc. l. ſæpe 35. ſi res 4. de contr. empt. fac. l. ea 14. de pign. act.* vbi verſatur commodum ſolius accipientis, vt in depoſito, tantum dolus, & quæ ei æquiparatur, lata culpa præſtatur *§. ſeq. & l.1. §. 5. de obl. & act. l. contractus 23. de Reg. iur.* vbi inſignem

6 ſcrupulum † mouet *l. quod Nerua 32. depoſiti.* Diximus, vbi vtriuſque contrahentis vtilitas verſatur, præſtari mediocrem diligentiam, & eum excuſari qui modo eo tractet res ſuas & alienas: Et adeo erit in culpa leui, ſi minorem diligentiam rebus alienis quam ſuis adhibeat. Probat autem *d. l. 32.* teneri depoſitarium, ſi minus curet res depoſitas quam ſuas: & in genere docetur, eum eſſe in dolo, qui minorem diligentiam adhibet rebus alienis, quam ſuis. Qua ratione quidem tum definitio leuis culpæ, quam modo propoſuimus, tum differentia depoſiti & aliorum contractuum plane euerti videtur. Vix quiſquam eſt qui hic hærentem transferat. Exiſtimo probabiliter dici; diligentiam conſiderari poſſe tum in abſtracto, tum in concreto, & in hoc vel illo homine. Illa definiri & determinari poteſt ex communi hominum quam in rebus ſuis ſolent adhibere, cura. Hæc omnino incerta & indeterminata eſt, cum alius alio longe magis induſtrius & ad res ſuas magis ſit attentus, quidam etiam omnino in rebus quoque propriis ſocordes ſint & negligentes. Dico ſuperiorem definitionem, quod in contractibus illis requiratur diligentia, qualem quis rebus ſuis adhibet, procedere, ſi diligentia illa æſtimetur ad communem boni patrisfamilias naturam & rationem: ceteroquin ſi quis in indiuiduo ignauus plane & negligens ſit in curandis rebus ſuis, hunc non excuſari, ſi in illis contractibus in quibus præſtatur leuis culpa, pariter negligat aliena. Etenim cum quiuis ſit rei ſuæ moderator & arbiter etiam vt abuti rebus ſuis poſſit *l. in re Cod. Mandati,* non ita arbiter eſt rerum alienarum: ſed oportet omnino in iis curandis aliquam adhibere diligentiam, aut eos omnino ad ſe non recipere: quo modo in *l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus 5. ſol. mat.* ſæuitia in propriis ſeruis culpanda, in alienis dicitur coercenda. Secundum iſta hanc ſtatuam eſſe differentiam inter alios contractus & depoſitum: quod in hoc non æſtimemus diligentiam in abſtracto, & ad eum modum quem regulariter homines ſolent adhibere in curandis rebus ſuis: ſed ea æſtimetur in concreto indiſtincte: vt licet depoſitarius natura ſua in rebus ſuis curandis ſit ignauus & plane ſocors & negligens, non

teneatur

teneatur tamen, ſi eodem modo res ſuas & depoſitas curauerit. Idque eſt quod dicitur, *in d.l.32. depoſiti.* Licet depoſitarius non ad eum modum ſit diligens, quem hominum natura deſiderat (quæ eſt diligentia in abſtracto conſiderata) fraude tamen non carere, ſi non ad ſuum modum (hæc eſt diligentia in concreto) curam in depoſito præſtet. Quid ſi enim res ſuas aſſeruet diligenter, & occludat, depoſitas in propatulo & incuſtoditas iacere patiatur? ſane videtur eſſe in dolo. Idemque eſt, quod *in §. ſeq.* traditur, eum de ſe debere queri, qui rem deponit penes negligentem amicum, quem nimirum ſatis ſciebat natura ſua eſſe negligentem & ignauum. Et hæc ad explicationem rei iſtius fortaſſe aliquid lucis afferre poſſunt. In progreſſu plura dicentur. Ait Iuſtinianus:

Cui res vtenda datur.] Vtenda non vt in mutuo, vt conſumatur, ſed ita vt eadem res reſtituatur.

Commodati actione tenetur.] Directa ſcil. Nam & contra ipſum eſt commodantem actio, ſed contraria, vbi notanda contractuum diſtinctio, quod alii ſint μονόπλευροι, alii δίπλευροι, id eſt, quod in quibuſdam ab vno tantum latere oriatur obligatio, in quibuſdam, ab alterutro, ſed hoc rurſus dupliciter. Quidam enim ſtatim ab vtroque latere obligant, & initio, veluti emptio, locatio, ſocietas. Quidam & ab initio ex vno latere obligatorii ſunt, & ſemper talis manent: cuiuſmodi ſunt, v.c. mutuum & ſtipulatio. Quidam quaſi intermedii qui non quidem ab initio ſunt, ſed ex poſt facto fiunt vtrimque obligatorii, ita vt etiam qui tradidit obſtringatur, veluti in commodato, depoſito, pignore: non tamen ſemper, nec ex natura contractus, ſed magis ex accidenti, veluti ſi ex re quam accepit ſine culpa ſua damnum ſenſerit, aut in eam impenſas fecerit: quo nomine ſicut ipſe v.c. ad reſtituendam rem deponenti, tenetur ita hunc viciſſim & contra ad illa præſtanda teneri æquum eſt, ex quo actio iſta, quæ depoſitario, commodatario, &c. datur, contrariæ nomen accepit, *tit. commod. vel contr. Depoſiti, vel contra.*

Exactam diligentiam.] Cum commodatum tantum detur commodatarii cauſa, citra vllam commodantis vtilitatem, conſequens eſt ſuperiori regulæ *ex l.5. §.2. Commod.* vt commodatarius etiam teneatur de leuiſſima culpa, & adeo rei cuſtodiendæ ſummam diligentiam adhibere teneatur. Idque apud omnes in confeſſo eſt: quæ diligentia ita deſcribi ſolet, quod ſit ea quam diligentiſſimus adhibere poteſt *l. ſi merces. 25. §. pen. locat.* accuratior & maior ea quam quis adhibet rebus ſuis, vt hoc *verſ. & in l.3. de peric. & comm. rei vend.* vbi nominatim additur, talem diligentiam exigi à cõmodatario: & hic, non ſufficere ſi talem diligentiam adhibuerit, quantam rebus ſuis: ſi modo, vt ſtatim additur, alius diligentius rem cuſtodire potuerit. Quod ſi enim nemo alius dari poſſit, qui rem diligentius curare & cuſtodire potuerit, quam commodatarius rem & commodatam & res ſuas curare ſolitus fuit, id eſt, vbi ipſe commodatarius ſumme diligens paterfamilias eſt, neceſſario ſequitur, vt diligentia quam adhibet, ſit ſumma & exactiſſima, qua maior in alio reperiri non poteſt. In eo enim homine, qui in rebus curandis diligentiſſimus eſt, ita vt eo diligentior alius nõ detur, eadem eſt diligentia, qua ipſe vtitur, cum diligentia ſumma. *fac. §. impetu 8. infra de L. Aquil.* Ex quo ſimul iterum intelligimus, conſiderari diligentiam hic magis in abſtracto qualis in diligentiſſimo eſſe poteſt, quam in concreto. Quod ſi enim ignauus quis ſit natura ſua, licet diligentius aliquanto curauerit rem commodatam quam res ſuas, non erit liberatus, ſi alius diligentius rem fuiſſet curaturus: Secundum quæ, cum ſumma diligentia exigatur à commodatario videtur hoc loco poſitiuus *exactam* explicandus de ſuperlatiuo, *exactiſſimam*, quo verbo vtitur ICtus *in l.1. §.4. de ob. & Act. & in l. Socius 72. pro ſocio. & in l. in rebus 18. in prin. comm. d. qualem diligentiſſimus.* nec tamen neceſſum eſt, vt quidquam mutetur: vtcumque in Argentin. ſi Codice ſuperlatiuum exſtare dicat Hottom.

nec enim vno modo loquuntur textus noſtri: & *in l.5.§.5. Commod.* dicitur teneri ad cuſtodiam diligentem, *& in l.3. de peric. & comm.* quod teneatur ad diligentiam: & quod *in d.l.3.* & hoc loco, additur, teneri ad maiorem, quam ſuis rebus præſtat, ſatis oſtendit, quæ ſpecies diligentiæ intelligatur: Et ad eundem modum *in l. heredes 25. §. non tantum 16. fam. erciſc.* per diligentiam qualem præſtat diligens paterfam. intelligitur diligentia ſumma. *& in l.5.§.2. in fin. commod* diligentia ſimpliciter dicta, ſignificat ſummam diligentiam.

Si modo non ipſius culpa.] Quia non vſus eſt ad modum præſcriptum: Ceteroquin ſi quis in latrones & hoſtes inciderit, dum equo v.c. commodato vtitur ex permiſſione commodantis, equo amiſſo non tenetur, quod perſpicue explicatur *in l. in rebus 18. in prin. Commod.*

Si nulla mercede.] Merces proprie ſignificat certam ſummam pecuniæ pro opera aliqua vſu aut re traditam vel pactam, quæ neceſſario facit, vt contractus nō ſit gratuitus: ceteroquin ſi honorarium accedat citra aliquam pactionem, non impedit quo minus contractus ſit gratuitus, de quo pluribus *infr. ad §. vlt. Mand.*

TEXTVS.

3. Præterea & is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depoſiti: quia & ipſe de ea re quam accepit, reſtituenda tenetur, ſed is ex eo ſolo tenetur, ſi quid dolo commiſerit: culpæ autem nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ non tenetur, itaque ſecurus eſt, qui parum diligenter cuſtoditam rem furto amiſit: quia qui amico negligenti rem cuſtodiendam tradit, non ei ſed ſuæ facilitati id imputare debet.

COMMENTARIVS.

CVm depoſitum fiat cuſtodiæ cauſa tantum, magis liquidum eſt, quod depoſitarius remipſam reſtituere teneatur: quod vt faciat, tenetur actione directa: ipſe ſi quid forte impenderit in rem, habet actionem contrariam contra deponentem.

Sed is ex eo ſolo.] Dicimus ad *§. preced.* licet ſolus dolus alicubi præſtandus, dicatur, tamen non excludi culpam latam, idque ita ad hunc §. debet ſuppleri ex *l.1.§. is quoque 5. in fin. de Ob. & Act. 5. l.1. C. depoſ.* & cōſequenter, ꝙ additur mox *h.§.* nō teneri depoſitariū deſidiæ & ignauiæ nomine; accipiendum eſt de mediocri deſidia & ignauia, aut negligentia, ſiquidem vt ad *d.§. preced.* oſtendimus, nimia & magna craſſaque negligentia conſtituit latam culpam, quam depoſitarius præſtat. Et ita quoque ea verba, ignauiæ & deſidiæ, & videlicet pro leuiori ignauia, vſurpantur à ICto *in l. Socius 72. pro Socio. l. ſi nulla 8. C. de pignor. act.*

Parum diligenter cuſtoditam.] Modo eadem negligentia vti ſolitus ſit in rebus ſuis: ceteroquin iam non ſimplex deſidia, ſed lata culpa & prope dolum eſſet, vt diximus *ad §. prac. ex l. quod Nerua 32. depoſiti.*

Furto amiſerit.] Furtum plerumque accidit culpa patrisfam. non bene res cuſtodientis, *l. cum duobus 52. §. damna 3. pro ſocio.* licet aliquando poſſit abeſſe omnis culpa, *l. eum qui 14. §. idem C. de furt.*

Negligenti amico.] Ait amico, quoniam ipſe qui deponit, eligit penes quem deponat, cuius mores & induſtriam perſpectam habere intelligitur: ex quo merito imputatur ei, quod homini ignauo rem ſuam commiſerit: quæ ratio ceſſat in commodante, qui alteri petenti dat beneficium. Cetera ad hunc textum pertinentia, ſunt explicata *ad §. preced.*

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

4. Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipſe de ea re quam accepit, reſtituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus vtriuſque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris quo magis ei in tuto ſit creditum, placuit ſufficere, ſi ad eam rem cuſtodiendam diligentiam exactam adhibeat, quam ſi præſtiterit, & aliquo fortuito caſu amiſerit rem, ſecurum eſſe, nec impediri creditum petere.

COMMENTARIVS.

Pignus interdum ſignificat contractum, interdum ipſam rem, interdū ius in re creditori pro ſecuritate debiti conſtitutum. Et hoc conſtituitur aut nuda conuentione *l.1. de pign.act.* ita vt poſſeſſio rei maneat apud debitorem, quæ ſpecies pignoris dicitur hypotheca *l.9.§.2. de pignor. act.* aut per traditionem tranſlata poſſeſſione rei in creditorem. Et ſolet in ſpecie dici pignus *d.§.2.* & hoc fit per contractum realem, de quo *h* §. tractatur: ex quo iuxta *pr.huius tit.* naſcitur actio quæ vocatur in ſpecie pignoratitia, quæ eſt perſonalis, & ſoluto pignore *d.l.9.§.3.de pign.act.* competit debitori pro repetenda re, & eſt directa: contraria autem datur creditori, ſi forte in rem fecerit impenſas. Alias eſt actio hypothecaria quæ eſt in rem *l.pignoris 17. de pign.* & ſi non ſatis fiat, datur creditori pro perſequenda re, & poſtmodum diſtrahenda *l. debitores 10. C. de pignorib.* aliquando autem pignoratitia actio latius ſumpto verbo hypothecariam realem actionem ſignificat *l.ſi Titio 22. de pign. l.rem 41.de pignorat.act.*

Quia pignus vtriuſque gratia.] Hinc confirmatur regula, quam ſupra propoſuimus ex *l.5.§.2.commodati.* quod interſit an ſolius dantis an ſolius accipientis, an vtriuſque gratia contractus ineatur. Adeoque hic contractus pignoris medius eſt inter commodatum, quod ſolius accipientis, & depoſitum, quod ſolius tradentis cauſa contrahitur conſequenter cum commodatarius ad ſummam diligentiam teneatur & præſtet leuiſſimam quoque culpam: contra depoſitarius ad qualem qualem diligentiam obligetur, & præſtet tantum latam culpam, creditor tenebitur ad mediam diligentiam, & dolum, latam & leuem culpam, non etiam leuiſſimam præſtabit, vbi tamen obiicitur *l.ſi cum 13.§.1. de pign. act.* vbi dicitur in pignoratitiam actionem, venire dolum & culpam, vt in commodato: in hac autem leuiſſima quoque culpa venit: poteſt reſponderi ex iis quæ diximus *ad §. Item is 2.h.t.* quod cum leuiſſima culpa ſit vix culpa, aliquando in iis quoque contractibus qui exigunt ſummam diligentiam, tantum ſimpliciter doli & culpæ mentio fiat, vt proinde quod iis locis deeſt, ex aliis ſit ſupplendum: adeoque creditor in pignore & commodatarius recte comparentur quo ad dolum & culpam, non autem etiam quo ad leuiſſimam, ſed vrgetur ex *d. l. 13. §. 1.* quod ibi præter dolum & culpam, venire in pignoratitia actione, dicitur & cuſtodia, quo verbo aliquando ſignificari ſummam diligentiam ad *d. §. 2.* diximus: & alias *in d.l.13.* cum primo culpæ & mox inſuper etiam cuſtodiæ mentio fiat, nihil verbum *cuſtodia* adderet, ſed ſuperuacuum & ſuperfluum maneret: cum & inſuper in *l.ſicut.19.C. de pign.* eodem modo reſcriptum ſit, teneri creditorem dolum culpam & cuſtodiam exhiberi, & ſola vis maior, ſicut & in *d.l.13.§.1.* excludatur. Quæ ratio mouit Cuiacium 19. *obſ.* 24. vt iſta loca reſtringeret ad caſum, quo pignus ſolius creditoris gratia cōtractum & datum eſt, quod nimirum vltro obtulit debitori, cum alias creditor etiam ſine pignore pecuniam crediturus, aut alias fidem habiturus fuiſſet. Verum hanc reſtrictionem generalitas textuum minime admittit: quo eodem argumento refutatur explicatio Accurſii, *in d.l.13.* qui ex contrario

AA 2 expli-

Digitized by Google

explicat illum locum de caſu ſingulari, quo commodatum vtriuſque gratia contractum eſt. Plane vix eſt quod reſpondeatur præter ea quæ in præcedd. diximus: plus præſtandũ eſſe in commodato euincit ineuitabiliter, quod hic tradit Iuſtinianus vtriuſque gratia contrahi pignus, commodatum autem conſtat tantum regulariter iniri accipientis gratia: & igitur hic ad diligentiam maiorem teneri debet ex ſumma ratione, & ex regula *d. l. 5. §. 2. commodati*. Itaque nec impedimento eſt, quod in *h. §.* Iuſtin à creditore requirit exactam diligentiam, quomodo & in §. 2. locutus eſt de commodato, quoniam facit iam dicta ratio, vt ibi exactiſſima ſit diligentia, hic autem exacta in poſitiuo gradu intelligenda, quod & Acc. monet. Niſi obſtaret hic locus, *iunct. l. 5. §. 2, commod.* defendi poſſit, pignus contrahi ſolius creditoris gratia: quoniam ſcil. pignus eſt ſeparatus plane contractus à principali, & vterque per ſe ſubſiſtit & ex vtroque propria & ſeparata actio competit. Itaque cum creditor ex contractu principali pro debito habeat ſuam actionem, dici poteſt non abſurde, pignus qua tale, & qua facit ſecurum creditorem, eius ſolius vtilitatem reſpicere, neque vero quod propter pignus facilius quis reperit creditorem, tanto magis facit, vt contractus pignoris ipſius gratia initus dici poſſit: quam forte conſiderationem *in d. l. 13. §. 1. de pignor. act. & in l. 19. C. de pignor.* Imp. & ICtus ſunt ſecuti. Quin nec ipſe Iuſtin hic ſatis ſibi conuenire videtur, dum tantum remouet caſum fortuitum: niſi ex ſuperioribus reſpondeas, ideo factum quod leuiſſima culpa vtpote vix culpa aliquando ſub fortuito caſu comprehenſa intelligitur: quamuis & turbet, quod *in l. 14. de pign. act.* dicitur eam diligentiam requiri quam diligens paterfam. adhibet rebus ſuis: quæ videtur eſſe deſcriptio mediocris diligentiæ: niſi rurſus intelligas in abſtracto patremfamilias diligentiſſimum, vt *in l. 25. §. 16. famil. erciſc.* Et diximus de hac re plura *in Tr. de pignorib. lib. vlt.*

Nec impediri creditum petere] Idem *in l. pignus 9. C. de pignor. act.* Eſt enim ſeparata obligatio principalis à pignoratitia: & nimis ruſtica eſt opinio eorum, qui pignore forte incendio conſumpto, nullam pro credito putant ſupereſſe actionem.

AD TITVLVM XVI.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE VERBORVM OBLIgationibus.

TEXTVS.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione: cum quid fieriue nobis ſtipulamur, ex qua duæ proficiſcuntur actiones: tam condictio certi ſi certa ſit ſtipulatio: quàm ex ſtipulatu, ſi incerta ſit: quæ hoc nomine inde vtitur, quod ſtipulum apud veteres firmum appellabatur, forte à ſtipite deſcendens.

COMMENTARIVS.

1 *An alia ſit verborum obligatio præter ſtipulationem.*
2 *Stipulatio eſt contractus.*
3 *Stipulationis Etymologia.*

SEquitur altera ſpecies contractuum, qui verbis conſtant, i. e. ad eſſentiã ſuam & cõſtitutionem certa verba requirunt: Ceteroquin verba in omnibus fere contractibus adhiberi ſolent, ſed ad eorum eſſentiam non pertinent: cum nec etiam ſimpliciter verba hic ſufficiant, ſed certo modo determinata, vt mox dicemus. Contrahitur hæc obligatio aut præcedente interrogatione, aut non præcedente, ſi Caio credimus *2. Inſtit. 9.* vbi huius ſpeciei duo exempla ponit, dictionem dotis & iuſiu-

Digitized by Google

& iuſiurandum liberti, qui patrono operas, donum ſe daturum promittit. Et ita *Vlp. in pr. tit. de dotibus*, Dos aut dicitur aut promittitur, Et ſi hic obligatio nata fuit, cũ non naſceretur ex literis nec ne, nec ex nudo conſenſu, oportet vt nata fuerit ex verbis: ſi dictæ dotis mentio quoque eſt *in l. 3. C. Theod. de inceſt. nupt.* & amplius *in l. vlt. C. Theod. de dotibus: & in l. & per. 13. in pr. de acceptil.* per iuſiurandum liberti contracta obligatio per acceptilationem dicitur tolli: quomodo tantum contractæ verbis obligationes tollantur, vt docet *l. 8. §. 3. de accept.* Sed poſtquam ex ſolo pacto vt obligatio dotis efficax naſceretur, conſtitutum eſt *l. 6. C. de dot. prom.* Hæc ſpecies obligationis ceſſauit. Et cum in liberto iureiurando religionis quoque vinculum aliquid adferret momenti, factum inde eſt, vt obligationis verborum appellatio fere in ſola ſtipulatione ſubſiſteret, vnde *in l. 1. §. verbis 7. de obl. & actionib.* obligatio verborum per interrogationem & reſponſionem contrahi dicitur: de qua re v. fuſius diſſerentes *Cuiac. in l. 1. in pr. h. t. Gœd. in proleg. de contrahend. ſtip. Donell. ad rubric. D. h. t.* Et recte adeo Iuſtin. ait verborum obligationem contrahi ex interrogatione & reſponſione. Et poteſt non inepte definiri ſtipulatio quod ſit congrua de dando vel faciendo ad interrogationem præcedentem verbis factam, verbis nuncupata reſponſio: vel quod ſit contractus, quo quis verbis interroganti, aliquid ſe daturum vel facturum aut generalius, præſtiturum, congrue promittit. Et nimis inepti ſunt † qui ex eo quod *in l. Labeo 19.* 2 *de V. S.* ſtipulatio dicitur actus, & quod *in l. 5. de V. O.* dicitur conceptio verborum, inferri putant, quod non ſit contractus. Quod autem *in d. l. 19.* contractus dicitur vltro citroque obligatio, non ſine vitio dicitur, & verbo contractus nimis ſtricte accepto pro eo, qui vtrimque ab initio parit obligationẽ, vt exempla ſubiecta oſtendunt: nec quidquam falſius eſt, quam quod Gœd. ſcribit *de contr. ſtip. cap. 1, concluſ. 3. num. 21.* Labeoni propoſitum fuiſſe, perfectam & generalem omnium contractuum definitionem tradere. Eſſe iſtum contractum iuris ciuilis, communiſſima ſententia eſt: & facit *l. 1. locati l. ſi ita 126. §. 2. verſ. ſupereſt de V. O.* & quod non conuenit id ſimplicitati iuris gentium, vt ad alicuius actus eſſentiam, verba, & quidem nuncupata ore requirantur. Et eſt fatendum hactenus eſſe iuris ciuilis contractum iſtum: ceteroquin non male etiam dicitur eſſe iuris gentium, quatenus & huic conuenit omnino, vt quis per conſenſum declaratum verbis obligetur, licet neceſſum eo iure non ſit, vt verba ſint certa & interrogationi congrua, aut prolata vtrimque. Hæc præmittere viſum fuit. Ait Iuſtinianus:

Ex qua duæ actiones] Hoc perpetuo obſeruat Iuſtinianus & recte, vt actiones ex quoquo contractu naſcentes adiungat: quoniam in his eſt obligationis quaſi executio, ſi debitor officium ſponte ſua facere nolit.

Condictio certi.] De hac diximus *ad pr. tit. præced. in fin.* Eſt enim eadem ratio huius condictionis, quæ eſt eius, quæ deſcendit ex mutuo.

Si certa ſit ſtipulatio.] Omnis ſtipulatio certa eſt: ſed dicitur incerta vel certa, eo ſenſu quo actio inde nata, & ſcil. ab obiecto, quod eſt vel certum vel incertum, res nimirum & id quod in ſtipulationem eſt deductum, de quo late IC. *in l. ſtipulat. 74. & l. ſeq. h. t.*

Ex ſtipulatu ſi incerta] Verba *ex ſtipulatu* ſignificant hic nomen actionis, ſicut & *in l. ſi quis 24. de reb. cred. l. 4. in pr. de vſur.* non cauſam efficientem: nam & certi condictionem oriri quoque ex ſtipulatu ſiue ſtipulatione, haud poteſt negari: & probatur per hunc text. vbi Iuſtinianus ait duas actiones proficiſci ex ſtipulatione, condictionem certi, &c. & per *l. inter 83. §. ſi rem 6. h. t.* vbi certum eſt in ſtipulatione, & dicitur, quod agatur ex ſtipulatu. Item *per l. debitori 7. in fin.* ibi *ex ſtipulatu C. de pact. iunct. l. cum mota 6. C. de tranſactionib.*

Quæ hoc nomine vtitur.] Videlicet ſtipulatio, quam à ſtipulo deducit Iuſtinianus, quod veteres formam dixiſſe teſtatur: quo ſenſu tamen ſtipulum apud Latinos autores negat reperiri Catell. Cotta, ſed refutatur autoritate

Pauli 5. *ſent.* 7. *de obligat.* vbi eandem notationem refert: quem locum ab Iſidoro citari ibidem Cuiacius notat: verum apud *Iſid. lib.* 5. *cap.* 24 aliam inuenio etymologiam: & quod ſtipulatio dicatur à ſtipula: veteres enim, inquit, quando ſibi promittebant aliquid, ſtipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes agnoſcebant ſponſiones ſuas; ſed in eam rem citare autorem debebat: neque enim fidem ipſe ſine autore facit. Feſtus porro deducit ſtipulationem à ſtipe, eo quod interrogatus ſpondebat ſtipem, id eſt æs; & *Varro.* 4. *de Ling. Lat.* eo quod veteres æs, quo graui vtebantur ſtipulabant, ſtipẽ & porro ſtipulari dictum autor eſt: & poteſt verbum ſtipandi deductum eſſe à Græco στείβειν ſiue στύφειν: quæ & *Alciat.* 1. *parerg.* 39. ſententia eſt: quæ & mihi probatur magis: neque quod ſtipulationes dicuntur introductæ firmandarum obligationum gratia, ſatis facit ad tuendam iſtam Iuſtiniani etymologiam.

TEXTVS.

1\. In hac re olim talia tradita verba fuerunt: ſpondes? ſpondeo, promittis? promitto: Fide promittis? Fide promitto: Fideiubes? fideiubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam. Vtrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua ſtipulatio concipiatur, nihil intereſt: ſcilicet ſi vterque ſtipulantium intellectum eius linguæ habeat: Nec neceſſe eſt eadem lingua vtrumque vti; ſed ſufficit congruenter ad interrogata reſponderi. Quin etiam duo Græci Latina lingua obligationem contrahere poſſunt. Sed hæc ſolemnia verba: olim quidem in vſu fuerunt: poſtea autem lata eſt conſtitutio Leonina, quæ ſublata ſolemnitate verborum ſenſum & conſonantem intellectum ab vtraque parte ſolum deſiderat, quibuſcunque tandem verbis expreſſum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Stipulatio fit verbis nuncupatis ore.*
2 *Congruitas verborum.*

STipulatio verbis conſtat, & quidem vtrimque ore nuncupatis *l.* 1. *in pr. h. t.* Itaque non poteſt fieri inter abſentes, ita vt alter alterum loquentem audire non poſſit, nec porro poteſt contrahi in ſcriptis licet inter præſentes, contra quam falſo cenſet Weſ. Cui nõ pugnat *l. C. de contr. ſtipulation.* quę non probat, quod inſtrumentum ſatis ſit ad conſtituendam ſtipulationem, ſed quod ſufficiat ad probandum: quia pro inſtrumento præſumitur, vera eſſe omnia, quæ in eo facta narrantur, & ob id, recte & per verba ſtipulationem eſſe contractam, iuxta *l. ſciendum* 30. *h. t.* §. *item* 11. *infra de inutil. ſtipul.* §. *vlt. in fin. de fideiuſſorib. l. Titius* 134. §. 2. *de V. O.* Non obſtat etiam *l. ea quæ* 57. *de donat. int. vir.* neque enim ibi principaliter tractatur de eſſentia ſtipulationis, ſed, an actio ex ſtipulatu contra mulierem detur, quæ miſit diuortium contra pactum conuentum: itaque ſtipulationem rite factã præſupponere oportet, ſicut & in *l. Titius* 24. *de conſt. pec.* & veroſimile eſt, ſeruum qui ibi iuſſu domini pecuniam numeraſſe dicitur, ſtipulatum fuiſſe à muliere in caſum ibi propoſitum pecuniam redditum iri, & hoc nimirum ita actum fuiſſe, mulier ſignificauit per epiſtolam marito, Sed & fruſtra obiicitur hic, quod non minus expreſſa ſcripto valere debeant, quam quæ verbis nuncupantur *l. non figura* 38. *de oblig & act.* quoniam id toties eſt neceſſe vt falſum ſit, quoties opus eſt verbis ad conſtitutionem actus, ſicut ex aduerſo, quod dicimus, tam valere quod verbis exprimitur, quam quod ſcriptura concipitur, toties falſum eſt, quoties ſcriptura requiritur

Digitized by Google

tur ad eſſentiam rei. Nec quidquam intereſſe poteſt an literis quid agatur inter præſentes an abſentes: neque enim hinc literarum natura mutatur: vt vel hinc confutetur Weſenb. qui literis inter præſentes putat recte ſtipulationem fieri, non inter abſentes, quod etiam confutatur per §. *mutum 7. infr. de inutil. ſtipul.* Hinc etiam efficitur, inutiliter contrahi, ſi quis interrogatus tantum adnuat, *l.1.§.2.h.t.* vbi dicitur, eum nec quidem naturaliter obligari: quod debet referri, vel ad ſimplicem rationem ciuilis iuris, vt obligatus non videatur naturaliter, nec pro tali habeatur, quoniam ſubſtantia obligationis & eſſentia deficiat: vel ad eum referendum eſt caſum, quo [illegible] iuris gnarus, & quæ ad eſſentiam ſtipulationis requirantur, ioco magis quam ſerio, aut animo ſe obligandi annuiſſe præſumitur: ceteroquin ſi quis ſerio aut annuat, aut interroganti, etiam per epiſtolam reſpondeat, dubitandum haud putarem quin naturaliter & ex iure gentium obligetur. Et ſtipulatio igitur requirit verba ex vtraq; parte.

2 Amplius verba † oportet eſſe congrua & congruenter prolata. Ea congruitas primo ſpectatur in ipſis verbis, quæ olim neceſſe erat eſſe ſolemnia & directa, ſed poſt *l. omnes 10. C. h.t.* qualiacunque verba, apta modo ad declarandam mentem contrahentium ſufficiunt: & ſtipulationem valere non dubitem, ſi quis diuerſo & alio verbo, quam quo interrogans vſus eſt reſpondeat. Deinde congruitas poſita eſt in hoc, vt reſpondeatur ad id, de quo fuit in interogatione, non aliud, de quo agemus *in §. præter ea infr. de inutil. ſtipul.* Tertio ad congruitatem pertinet, vt continuus ſit actus interrogationis *l. continuus 137. in pr. h.t.* ſed id tamen ciuiliter accipitur, vt non intervallum omne excludatur, ſed longiuſculum, ex quo colligatur, ad alia diſceſſum & animum contrahendi depoſitum eſſe: alias enim non tam reſponſum videtur ad priorem interrogationem, quam ſeparate promiſſum, quod ſubſiſtit in nudis terminis pacti *l. 1. §. 1. & d.l.137. in pr. h.t. l. ſi ex duobus. 12. in pr. de duobus reis,* vbi, vt hoc addam obiter, pro verbo *prolutus*, (quod ineptum eſt, & ab aliis varie refigitur & emendatur) non dubito, quin legi debeat *Proculus* vt nimirum huius Iuriſconſulti ſententia referatur: his quæ diximus, ita concurrentibus, contractam eſſe ſtipulationem præſumimus *l. 7. §. quod fere 12. de pactis.* niſi ex iis quæ præceſſerunt, colligatur, non tam ſtipulandi, quam ſimpliciter paciſcendi animo verba prolata fuiſſe, quomodo *princ. d. §.12.* accipiendum eſt, idque horum verborum argumento, *in nouiſſima parte pactorum*, vt ſcilicet aliis pactionibus, non ſtipulationibus verba, *rogauit Titius*, *ſpopondit Mauius*, ſubiecta fuiſſe ponamus, quo caſu, hæc verba, *rogare ſpondere*, quæ alias ſtipulationum ſunt, vt oſtendit *d. §.12.* poſſunt etiam ad nuda pacta referri: quoniam quæ ſpecies conuentionis inita ſit, ex circumſtantiis, & tum ex his quæ præceſſerunt, tum etiam ex ipſa voluntate partium non raro ſolet æſtimari. Ait Iuſtin.

Vtrum Latina an Græca.] Conſtat Romanos olim, magnam quaſi linguæ ſuæ venerationem eſſe voluiſſe, & in prouinciis quoque præſidibus aut prætoribus, decreta non niſi lingua Romana pronuntiare fas fuiſſe *l. decreta 48. de re iudic.* Sed ſane abſurdum fuiſſet, ſi hanc neceſſitatem etiam ad priuatos & contractus tranſtuliſſet. Et ita vt *h. §.* iam olim reſpondit *Vlp. in l. 1 §. vlt. h. t.* nam quo ad Iuſtiniani ætatem ſtulta fuerit dubitatio: cum eo tempore maior vſus & dignatio fortaſſis quoque Linguæ Græcæ eſſet.

Quin etiam duo Græci.] Nulla in hoc penitus videtur eſſe dubitandi ratio.

Conſonantem intellectum ſolum.] Modo adſint, quæ ante retulimus: loquimur autem de ſtipulatione vera non ficta, quæ inducitur per legem vt *l. 1. C. de rei vx. act.*

TEXTVS.

4. Omnis ſtipulatio, aut pure aut in diem, aut ſub conditione fit pure: veluti quinque aureos dare ſpondes? Idque confeſtim peti poteſt. In diem: cum adiecto die, qua pecu-

Digitized by Google

pecunia ſoluatur, ſtipulatio fit: veluti, decem aureos primis Calendis Martiis dare ſpondes? Id autem, quod in diem ſtipulamur, ſtatim quidem debetur, ſed peti prius quam dies venerit, non poteſt: at ne eo quidem ipſo die, in quem ſtipulatio facta eſt, peti poteſt: quia totus is dies arbitrio ſoluentis tribui debet: neque enim certum eſt, eo die in quem promiſſum eſt, datum non eſſe priuſquam is præterierit.

Commentarivs.

1 *Cedere diem.*
2 *Ex obligatione pura ſtatim agitur.*
3 *Ex obligatione in diem ſtatim eſt nata actio.*

QVamuis hic titulus tantum ſit inſcriptus de verb. oblig. pleraque tamen eo tradita, ſunt generalia & communia aliis quoque obligationibus, & præcipue quod hoc §. traditur, omnes enim cōtractus & quæuis conuentio aut pure, aut cum adiecto die vel conditione iniri poteſt. Aliquando nimirum ita contrahitur, vt nec actio nec obligatio differatur, ſed vtraque præſens ſit: interdum vt differatur actio, interdū & obligatio, quod accidit in obligatione conditionali. Pura obligatio eſt ex qua ſtatim obligatur debitor, & ſtatim agi poteſt: quo IC. vocant & ceſſiſſe & veniſſe
1 † diem *l. cedere 213. de V.S.* cedere enim dies dicitur, cum obligatio nata eſt & deberi incipit: venire autem, cum & efficaciter agi & exigi debitor poteſt. Itaque recte ait Iuſtin. ex pura obligatione confeſtim peti poſſe: quod ſcilicet certa iuris ratio facit, cum nihil occurrat, quod moretur actionem probant, *l. cum. 41. §. 1. h. t. l. in omnibus 14. de R. I. d. l. cedere 213. de V.S. l. liber. 118. §. 1. h. t.* Sed viciſſim tamen cum vtique ſpacium ſit debitori etiam pure obligato concedendum, vt expediat ſolutionem, interſtitium aliquod inter contractam obligationem, & actionem inſtituendam intercedere debet, & vtique tantum temporis quo traditio fieri poſſit §. *vlt. infr. de inutil. ſtipul.*

Quod autem aliqui hunc terminum decem dierum, alii etiam longiorem faciunt errare arbitror, & male confundere tempus intra quod agi poſſit, & tempus quod debitori confeſſo in iure prætor daturus eſt. Dico omnino ſtatim poſſe moueri actionem, & debitorem in ius vocari: ſed ſi reus confeſſus ſit debitum, & paratum ſe ſoluere dicat, iudicium in eum non dabit prætor *l. ex iudicatum 16. iudic. ſolu.* ſed præfiget & dabit ei terminum ad ſoluendum *l. ſi debitori 21. de iudic.* vbi etiam ſimul hoc additur, terminum dandum eſſe illum ipſum, qui condemnatis dare ſolet: quod ſpacium olim XXX. dierum, poſt ad bimeſtre demum, à Iuſtiniano ad trimeſtre ſpaciū productum eſt, *l. 2. & 3. C. de vſur. rei iud.* & plane cum confeſſus pro iudicato ſit, & ſi debitor ſecum litem conteſtari paſſus per iudicem condemnatus fuerit, tantum temporis ad ſoluendum habeat, ſumma ratio eſt, vt ei bonam fidem agnoſcenti, & parato ſoluere, ſed dilationem petente, idem ſpacium indulgeatur, quamuis Dd. communius putent, hoc ſitum eſſe in arbitrio iudicis. Hæc de obligatione pura.

De obligatione in diem ait Iuſtin. quod ita promiſſum eſt, deberi quidem ſtatim, ſed peti non poſſe, prius quam dies venerit. Nimirum † quia in hac ſpecie obligationis, ceſſit 2
dies, id eſt incipit res deberi *d. l. 213. de V.S. & in l. centeſimis 46. in pr. h. t.* obligationem quidem præſentem eſſe, ſed in diem dilatam ſolutionem. Et hoc in confeſſo eſt: ſed non æque quod ſequitur, non peti poſſe antequam dies venerit: in diuerſas enim hic ſententias ieuerunt Vltramontani & Citramontani: hi nec natam quidē actionē eſſe, illi natam quidem, ſed necdum in iudicio poſſe efficaciter moueri ſtatuerunt: quorum ſententia vera eſt: hac ratione ſolida, quod poſita obligatione habili tanquam cauſa, neceſſe eſt poni actionem tamquam effectum: atquin obligationem natam eſſe coguntur fateri omnes, ergo etiam actionem poni & natam eſſe oportet.

Alia

Alia ratio eſt, quod qui præmature & male agere dicitur, hic non agit ſine actione. Atquin agens ante diem præmature & male agere dicitur *l. vn. §. vlt. quand. dies vſuſfr. ced. arg. l. liber 118. §. 1. h. t.* Ratio maioris eſt: quoniam qui nudam habet actionem, ſi moueat aliquid in iudicio agit nulliter, & quidem citra periculum, vt dicemus *in §. ſi quis agens 33. infr. de actionib.* Sed qui ante diem agebat, id faciebat cum periculo plus petitionis, & niſi clauſulam adderet, *cuius pecuniæ dies veniſſet*, cauſa cadebat, vt eo loco dicemus: & hinc Iuſtin. *in §. temporales. 10. infra de except.* agenti ante diem, exceptionem dicit obſtare, quæ præſupponit actionem. Et facit, quod alias contra hunc text. iunct. *§. ſub cond. 4. infr. h. tit.* nulla futura pene eſſet differentia inter obligationem conditionalem & ex die, ſi ex hac necdum actio eſſet. Et denique facit hæc ratio: Quod quæ eſt obligationis conditio, cui cum initio eſſet pura, poſtea dies adiectus fuit: eadem videtur eſſe conditio obligationis, quæ habuit initio diem, *argum. d. §. 10. de except.* in qua hi caſus comparantur: atquin illo caſu nata eſt actio. Ergo & hoc. Et ſicut ſi obligatio contracta ſit vſque ad diem, aduenìens dies actionem non perimit, ſed tantum facit, vt per exceptionem elidatur *§. ſeq.* ita quoque dies adiecta obligationi tamquam terminus à quo, non videtur efficere, ne naſcatur actio, ſed tantum, vt intentata excludatur. Neque obſtat, quod quibuſdam textibus legimus ante diem peti vel agi non poſſe, velut *in l. certi 9. inf. prin. de reb. cred. l. quoties 24 de oper. libert. l. exiſtim. 98. §. 1. l. liber. 118. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 1. ſi in diem 14. Quib. ex cauſ. in poſſeſſ.* quoniam intelligitur non poſſe agi cum effectu vt exactio & condemnatio quoque ſequatur, ſicut in obligatione pura; non autem inde efficitur, non eſſe natam actionem. Nam & *in l. Iulianus 13. §. offerri 8. de act. empt.* dicitur non eſſe actio, quam conſtat vbique natam eſſe. Non obſtat etiam, quod *in l. interdum 73. in princ. h. tit.* vbi agitur de ſtipulatione quæ ex re ipſa capit dilationem & reſpondetur, *tunc incipere actionem*, &c. ita vt & diem antecedere negari videatur. Etenim particula *tunc* non eſt captanda, ſed commode explicanda, vel potius, cum vtique falſum ſit, quod in obligatione in diem non ceſſerit dies (quod principiis iuris repugnat) reſponderi debet, confuſim ibi proponi varia exempla, quorum omnium non eſt eadem ratio: Omnia quidem hoc habent, vt dilationem habeant, ſed non eandem: ſed in quibuſdam eſt conditio, in quibuſdam conditio ſimul & dies: promiſſio enim operarum tacitam habet conditionem, ſi fuerint indictæ: & promiſſio fructuum futurorum, (vt & ſupra diximus *ad §. ea quoque 7. de legatis*) diem habet, *cum naſcentur*, & conditionem, *ſi naſcentur*, promiſſio autem de ſoluendo in alio loco, habet tacitum diem *§. loca 5. infr. h. t.* ſecundum quæ, prædicata *d. l. 73. h. t.* commode ſunt applicanda. Poteſt etiam obiici, quod ſi quis promiſerit factum; veluti, domum ædificari, ineſt tempus & dies, intra quod ædificari domus poteſt: & tamen ante non poſſe agi, quin nec eſſe natam actionem probatur ex *l. ſi ita 14. & l. ex ſtimo 98. h. t.* Aut dicendum eſt propriam eſſe rationem facti, quod eſt incertum, quo & quanto tempore expediri poſſit, cum nec parum interſit à quo factum ſit promiſſum: cum alius alio citius facere poſſit, vt hactenus ſimul hoc ſapiat naturam conditionis: aut iſta quoque loca explicanda ita ſunt, vt ſuper ora, & quod cum effectu ante non poſſit agi. Sed hæc ad iſtam quæſtionem ſufficiant. Supereſt *hoc §.* quod Iuſtinianus ait, ſi obligatio habeat diem, nec ipſo die quidem in quem collata eſt ſtipulatio, peti poſſe. Hic equidem locus expreſſe ſatis oſtendit, quod dicitur peti non poſſe, de effectu accipiendum eſſe: cum dubitari non poſſit, quin ſit nata actio. Fit autem iſtud ex ratione quam ipſe ſubiicit Iuſtinianus, quia non poteſt conueniri, niſi qui tempore præfinito non ſoluit: atquin antequam dies dicta exiit, necdum poteſt dici debitor eo die non ſoluiſſe: ſiquidem totus dies relictus eſt debitori, cuius vel extremo quadrante horæ adhuc ſolui poteſt. Neque obſtat, quod

in *l. liber* 118. §.1. *h.tt.* reſponſum eſt, ſi quis promiſerit ſe hodie ſoluturum, eo ipſo adhuc die poſſe: nam, quod ipſe reſpondit ICtus, verbum *Hodie* non facit vt obligatio habeat diem, ſed cenſetur eſſe obligatio pura, perinde ac ſi quis ſtatim vel ſimpliciter ſe daturum promiſiſſet.

TEXTVS.

3. At ſi ita ſtipuleris: Decem aureos annuos, quo ad viuam, dare ſpondes? & pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia non poteſt deberi ad tempus: ſed hæres petendo, pacti exceptione ſubmouebitur.

COMMENTARIVS.

1 *Quomodo hac obligatio ſit pura.*
2 *An & quomodo ſit vna.*

Dies adiicitur, vel per modum termini à quo, de quo *in §. præced.* vel per modum termini ad quem, de quo hic tractatur: quod proponitur ſub exemplo ſtipulationis *Annua,* quo ad viuam: nam ſi ſimpliciter quis ſtipuletur centum quoad viuat, ſemel tantum debentur regulariter, & pura intelligitur eſſe ſtipulatio *l. eum qui* 56. §. *qui ita* 4. *h.t.* Idem autem erit, ſi ſtipuletur annua centum, vſque ad decem annos præſtanda. Ita ius eſt in ſeruitutibus, vt cum prædium afficiant ipſo iure ad tempus conſtitui non poſſint, ſi tamen ita conſtitutæ ſint, æquitate conuentionis per exceptionem defendatur prædij ſeruientis dominus *l. ſeruitutes* 4. *de ſeruit.* Idem hoc de obligatione ad tempus conſtituta reſpondetur, & *in l. obligationum* 44. §.1. *de obl. & act.* quod certis modis deſinat aliquid deberi, inter quos tempus non eſt, nec adeo poteſt ipſo iure tollere obligationem. Quid autem interſit, an ipſo iure tollatur obligatio, an per exceptionem, tractabitur *inſt. hoc lib. tit. vlt.* Sed cur non placuit, tempus eſſe modum tollendæ obligationis? An forte quia temporis adiectio in libero eſt arbitrio contrahentium, vt vel breue vel longum adiiciant: noluerunt autem LL. ab arbitrio priuatorum pendere modos tollendi obligationem; an quia tempus nihil ponit, nec adeo eius aduentus poteſt perimere obligationem, vt notat *Porcius hic.* Ait porro Iuſtin. hanc obligationem, de 10. aureis annuis, eſſe puram. Et cum igitur in §. *præced.* obligationem † puram 1
diſtinxerit ab ea, quæ diem aut conditionem habet, efficitur, iſtam obligationem nec diem quidem habere. At quomodo? vtique enim ſingulis annis tantum poterit petere decem. Et an igitur intelligit obligationem in primum annum? Id omnino neceſſum eſt affirmare: neque enim citra contradictionem fieri poteſt, vt obligatio ſit pura, & tamen petitio in ſingulos annos differatur. An forte eo pertinet, vt ſingulis annis obligatio cenſeatur pura hoc effectu, vt ſtatim cuiuſque initio anni poſſint decem peti. Alias quomodo & quo reſpectu pura dicatur obligatio, ego non intelligo: durius enim eſt, quod Baro ideo eam puram dici ait, quod non firmatur aduentu diei: hoc enim exprimit Iuſtin. dum ait, eam perpetuari. Id tamen, & quod initio anni peti poſſit, non probatur *ex l. 1. Cod. quand. dies leg. ced. l. nec ſemel* 12. §.1. *D. eod.* vtcumque hactenus legati & ſtipulationis eandem rationem eſſe ſtatuamus. Neque enim ſi dies cedit initio anni, quod illis locis probatur, protinus ſequitur, poſſe etiam tum peti: ſiquidem aliud eſt ceſſiſſe diem, aliud veniſſe *l. cedere* 213. *de verbor. ſignificat.* & in omni obligatione in diem, ſtatim ceſſit dies, id eſt, debetur, ſed nondum peti poteſt, vt eſt in §. *præced.* Et quod in *dd. textibus* dicitur, eo pertinet, vt legatarius poſt annum cœptum decedens tranſmittat ius petendi in hæredem, quod obtinet in omnibus legatis in diem *l. ſi poſt* 5. & *paſſim quand. dies leg. ced.* Itaque errare videtur Acc. dum hac in re differentiam ſtatuit, an quid legatum vel promiſſum ſit in annos ſingulos, an annis ſingulis: vt altero caſu, & ſcil. priori, dies cedat anni initio, poſteriori de-

mum

mum ſub finem anni, citans ad hoc §. *vlt. infr. de inutilibus ſtipul. iunct. l. qui hoc 42. h.t.* vbi dicitur, eum qui ſtipulatus eſt, *hoc anno dari*, non poſſe petere, niſi anni omnibus partibus præteritis. Neque enim ex eo inferri poteſt, etiam diem demum cedere præteritis omnibus anni partibus; ſiquidem vt ſæpe dixi, in quauis obligatione in diem, ſtatim cedit dies, ſed petitio differenda eſt. Et adeo licet detur quod in obligatione in annos ſingulos concepta initio anni cedat dies, non tamen inde, peti quoque initio anni poſſe, & obligationem puram eſſe inferri poteſt. Verum ſi admittimus autoritatem Iuſtiniani, qui affirmat h. §. obligationem eſſe puram, oportebit fateri, differre ſtipulationem in annos ſingulos, ab hac, *annis ſingulis*: Etenim hæc non eſt pura, cum demum ſub exitum anni imo toto demum elapſo anno peti poſſit. Atque hactenus nec dum erit differentia inter legatum & ſtipulationem: nam & de legato in annos ſingulos reſponſum eſt, primi anni eſſe purum: nec enim facile dixerim, reſpectu legati conditionalis, cui *in d. l. 4.* opponitur legatum purum, etiam legatum in diem purum appellari poſſe: nec puto exſtare exemplum, vt obligatio in diem pura fuerit appellatio: & huic equidem loco & §. minime iſta conuenerit explicatio, in quo, ex profeſſo diſtinctio obligationis in puram, & quæ conditionem vel diem habet, traditur. Et ita ſtatuemus, vbi quod promiſſum eſt in ſingulos annos, & ſtatim, & initio quoque cuiuſque anni, ſummam promiſſam protinus peti poſſe: atque hactenus nihil intereſſe, an quis in annos ſingulos ſimpliciter, an vero, quoad victurus ſit, fuerit ſtipulatus, niſi quod illo caſu efficaciter quoque in hæredes tranſit ſtipulatio, vt nec repelli per exceptionem poſſint: *l. Stichum 16. §. 1. h.t.* qua in re legata & ſtipulationes differunt: & creditur teſtator, quod verbi cauſa Titio in ſingulos annos (non addito, quoad viuat) legauit, ſoli Titio præſtari voluiſſe, non hæredi eius *d. l. 4. de ann. legat.* at qui contrahit, in dubio quoque ſuis hæredibus proſpicere voluiſſe præſumitur, *l. ſi pactum 9. de probationib.* quamuis ſane *gl. in d. l. Stichum 16. §. 1. h.t.* neget ius exigendi efficaciter tranſire in hæredes, ſed perpetuam dici eo ſenſu, quo & hic, vt tamen exceptio obſtet hæredi, quod & magis ibi Bart. probat *l. ſancimus §. vlt. C. de donat.* vbi tum demum tranſitus in hæredes fit, ſi eorum ſit expreſſa facta mentio. Et differet nihilominus ita à legatis, quoniam cum in his ita obſeruetur, vt ſequentium annorum legatum cenſeatur conditionale, *l. 4. de ann. leg.* non poteſt vllo modo actio in hæredem tranſire, nec ipſo iure ei competere. Additur † in *d. l.* 2
Stichum 16. §. 1. h.t. ſtipulationem in ſingulos annos eſſe vnam, & idem *in l. Senatus 35. §. vlt. de mort. cauſ. donat.* vbi quoque Dd. hic & *in d. l. 16.* communiter aliud eſſe in legatis putant per *l. cum in 10. Quand. dies leg. ced. l. cum in 4. de ann. legat.* quibus locis dicitur plura eſſe legata. Hottom. vero ait non poſſe ſe mirari ſatis, quid in mentem venerit iis qui ita diſtinxerint & reſpondet *ad d. l. 16. §. 1. h.t.* ibi agi de ſtipulatione tranſitoria in hæredes, non vero, de ea, *Quoad viuam*, quæ in h. §. proponitur. Ego vero miror iudicium Hottomanni. Nam 1. vt dixi, dubitatur quo ſenſu *in d. l. 16.* dicatur perpetua ſtipulatio: & maxime vt Br. diſputat, ſi promiſſum ſit homini tenuioris fortunæ, cenſebitur pro alimentis promiſſum. Deinde & magis cum ſtipulatio hæc *in ſingulos annos quoad viuam*, ipſo iure ſit perpetua, & obiectio exceptionis ipſius eſſentiam non variet, non animaduerto, quæ res facere poſſit, vt hæc potius ſit multiplex, quam illa ſimpliciter concepta *in annos ſingulos*. Neque iuuat Hottoman. quod in *l. oblig. 44. de obl. & Act.* legata & ſtipulationes comparantur. Non enim comparantur in iſto de quo quærimus, ſed quod ſi legatum quid ad tempus ſit, nec hoc quidem deſinat tempore deberi. Cæteroquin hactenus ſpeciale eſſe in hoc legato annuo, quod actio nullo modo tranſeat in hæredem, docet *d. l. 4. de ann. legat.* Et recte itaq; Dd. ſtipulationem huius §. ſtatuunt eſſe vnam. Sed non eſt expeditum, in quo conſiſtat effectus huius rei & vnitatis. Apparet, non nullum

Digitized by Google

eſſe huius tractationis effectum: cum non vno loco hanc rem, an vna an plures ſint ſtipulationes, tractarint ICti, vt in *l. ſcire 29. l. pluribus 140. in prin. & §. 1. de verb. oblig.* & ſtrictim quoque eius rei mentio eſt *in l. 1. §. 5. l. vbi 75. §. pen. l. Titia 134. §. vlt. h. t.* A conceptione verborum non poteſt ſumi deciſio, nam & hoc modo legatum vnicum eſſet: aut an fingimus teſtatorem in ſingulos annos legatum repetiiſſe? Accurſ. *in d. l. 16. §. 1. h. t.* reddit rationem, quoniam vna naſcatur actio: ſed & pro legatis eſt vna actio ex teſtamento: nec poteſt dubitari, quin etiam ex cauſa ſtipulationis ſingulis annis ſit ſeorſim agendum. ICtus *in d. l. 4. de ann. leg.* ait primi anni legati purum eſſe, ſequentium conditionale. Atquin poſſunt eſſe plures ſtipulationes, vt tamen nulla ex illis ſit conditionalis. Et hoc tamen reſpectu & ad hunc finem videntur ICti plura voluiſſe eſſe legata, ne alias in hæredem tranſmitteretur legatum: quoniam exceptio pacti vel doli quæ obſtat in noſtro caſu ſtipulatori, non eadem ratione obiici poteſt legatario: vt proinde ita diſponendum fuerit, ne actio penitus hæredi competere poſſet. Itaque legatum tale & purum eſt & conditionale: atque ita non vnum: ſecus in ſtipulatione. Tum etiam eo pertinet hoc, plura eſſe legata; quod ſingulis annis ſpectatur conditio & qualitas perſonæ, veluti ſi ſeruus cui ita legatum eſt, poſt annum vnum aut alterum conſequatur libertatem, ipſi annuum debebitur *l. nec ſemel 12. §. 2. quand. dies legat.* quod dicemus ſecus eſſe in ſtipulatione *arg. l. ſi ſi'nuſ. 78. h. t.* & ita *in l. Senatus 35. §. vlt. de mort. cauſ. don.* cum ſtipulationem dixiſſet ICtus eſſe vnam, iſtius rei hunc effectum ſubiicit, vt ſemel inſpiciatur eius conditio cui facta eſt promiſſio. Et ita quoque quo ad tollendam obligationem & alia id genus ſtipulatio hæc habebitur pro vna. Non tamen crediderim, ſimpliciter & abſolute legata plura intelligi, ſed etiam aliquo reſpectu vnum legatum dici poſſe, ſicut ex aduerſo aliqua etiam pluralitas in ſtipulatione hac conſiderari haud dubie poterit. Sed ſatis eſt opponi in quibuſdam hac in re ſtipulationem & legatum, & ſuis modis hoc multiplex, illam, vnam appellari. Sed de iſta re plus ſatis. Vnum addendum eſt: Scribit Hottom. quod tempus non ſit modus tollendæ obligationis, pertinere ad obligationes, quas ius ciuile conſtituit, non ad eas quæ ſunt iuris gentium: itaque commodatum, depoſitum, mutuum, conductionem, ad tempus, conſtitui poſſe. Quod haud ſcio an ſatis ſubtili er dicatur. Nam 1. commodatum & conductio, hoc habent eſſentiale vt ad tempus conſtituantur: itaque & tempus proprie loquendo non tollit obligationem: 2 Quod mutuum & depoſitum attinet, magis ibi quærendum eſſet, an tempus ſit modus inducendæ obligationis. Sed enim dicendum eſt, obligationem naſci, ex numeratione & traditione rei. Itaq; protinus poſſe agi ad reſtitutionem: ſed creditor, qui mutuum dedit, vt debitori ad tempus liceret vti pecunia (nam in depoſitario ſecus eſt) ſi maturius petat, communi iure repelletur pacti exceptione.

TEXTVS.

4. Sub conditione ſtipulatio fit, cum in aliquem caſu differtur obligatio, vt ſi aliquid factum fuerit, vel non fuerit, ſtipulatio committatur: veluti ſi Titius conſul fuerit factus, quinque aureos dare ſpondes? Si quis ita ſtipuletur, ſi in Capitolium non aſcendero, dare ſpondes? perinde erit, ac ſi ſtipulatus eſſet, cum moreretur, ſibi dari. Ex ſtipulatione conditionali, tantum eſt ſpes, debitum iri, eamque ipſam ſpem in hæredem tranſmittimus, ſi prius quam exſtet conditio, mors nobis contingat.

COMMENTARIVS.

Dictum eſt de obligatione pura & in diem, ſequitur conditionalis. Liceat autem paulo

Digitized by Google

paulo pinguius loqui, inſuper habita illa ſubtilitate, quod ſtipulatio contractusve dicatur conditionalis, non obligatio: agnoſco enim verum eſſe, non poſſe quem ſub conditione obligatum eſſe; quia implicat contradictionem, eſſe obligationem, & obligationem adhuc pendere, & nec dum exſtitiſſe: & conſtat pendente adhuc conditione, nec natam eſſe obligationẽ. Etenim necdum venit, nec ceſſit dies *l. cedere 213. de verb. ſign.* id eſt, necdum quidquam debetur, ſed vt *in fin.* §. ait Iuſtin. ſpes eſt, debitum iri. Conditio autem eſt vel poteſtatiua, vel caſualis, cuius hic *in prin.* tantum fit mentio. Et conditio rurſus concipitur vel negate, vel affirmate. Si circa impoſſibile obiectum hoc modo fiat, obligatio ſtatim nulla eſt, ſi vero illo modo, ſtatim pura eſt, cum conditio nullum poſſit operari effectum, *l. impoſſibilis. 7. h. t. cum l. ſeq.* de quo *in §. ſi impoſſib. 10. inf. de inut. ſtipul.* Quod ſi negatiue concipiatur conditio circa rem poteſtati noſtræ ſubiectam, duo occurrunt caſus, quod aut adiicitur perſonæ ſtipulantis, *ſi non aſcendere Capitolium, centum mihi dabis?* aut perſonæ promittentis, verbi cauſſa, *ſi Capitolium non aſcenderis centum mihi dabis?* Priorem caſum hic Iuſtinianus tractat, & reſpondet perinde eſſe, ac ſi ſtipulatus eſſet ſibi dari cum morietur, quia ante eſſe certum non poteſt, Capitolium eum non eſſe aſcenſurum: itaque hæredi eius demum actio dabitur: quod ſecus eſt in legatis; legatarius enim creditor ſtatim agere poteſt oblata cautione Mutiana, ſe non aſcenſurum, & ſi aſcenderit, quod accepit, reſtituturum. *l. Mutianæ 7. in prin. de condit. & demonſtr.* quæ cautio non admittitur in contractibus: imputet enim ſibi, qui hanc adiecit conditionem, aut adiicere paſſus fuit, cum nec aliter contracturus & promiſſurus fuiſſe præſumatur alter, quam vt demum hæres ſtipulantis agere poſſet: adeo fieret promiſſori iniuria ſi ſtatim exigeretur. Teſtatori autem ſatisfieri intelligetur, modo ne contra conditionem peccetur. Et hanc opinionem, quod in contractibus non ſit locus cautioni Mutianæ, ſed tantum in legatis, communem teſtatur *Portius hic.* vbi & hanc addit rationem, quod alias plane inutile foret legatum, ſi nec legatarius viuus illud petere poſſet: cum legati conditionalis ſpes non tranſeat in hæredem.

In altero caſu, vbi conditio collata eſt in perſonam promiſſoris eodem modo reſpondetur *in l. ita ſtipulatus. 115. §. 1. h. t.* ſi ita ſtipulatio concepta ſit, ſi Capitolium non aſcenderis, centum dabis? non poſſe ſtatim agi, vbi promiſſor cum poſſet, Capitolium non aſcendit, ſed vbi conſtat, Capitolium eum aſcendere non poſſe. Quod cum demum certum fiat, vbi moritur ſtipulator, perinde erit, ac ſi quis promiſiſſet, cum moreretur dare; itaque demum ex hac ſtipulatione contra hæredem promiſſoris poterit agi. Quod ſi conditio in dando poſita fuerat, veluti ſi hominem non dederis, diſtinguit Papinianus *in d. l. 115. de verbor. ſignific.* an ſtipulatio cœperit à conditione, veluti, *ſi hominem non dederis, centum dabis?* vt tum idem ſit, quod in caſu priori: an ita, *Hominem dabis, & ſi non dederis, centum dabis?* vt tum agi poſſit, ſtatim vbi homo dari potuit, nec datus fuit, ex veroſimili mente cõtrahentium, qui vtrq; ſtatim hominem, aut pœnam, dari voluerunt.

Supereſt hoc §. quod Iuſtin. *in fin.* ait, ſpem ex conditionali obligatione in hæredẽ transmitti, ita vt mortuo ante conditionem exiſtentem ſtipulante, hæres agere ex ſtipulatione, quandocunque poſt exiſtente conditione poſſit: idem *in §. penult. infr. de inutil. ſtipul.* vbi additur, idem eſſe ex parte promiſſoris: vt nimirum ſi moriatur ante euentum conditionis, vbi poſt exiſtit conditio, contra hæredem eius poſſit agi *l. ſi quis. 57. h. tit.* quod cum & ipſe hic ſcribat Hotoman. miror quomodo *ad princ.* §. quod ſcribit verum eſſe poſſit, ſpeciale id eſſe in contractibus bonæ fidei, vt hæres conditionalis debitoris maneat obligatus, vel obligetur, poſt exiſtente conditione ex *l. neceſſario. 8. in prin. verſ. quod ſi, de peric. & comm. rei vendit.* eſſe enim hoc generale ex *dict. §. pen. & d. l. 57. h. tit.* apparet. Arquin cum conſtet iure veteri obligationem ab hærede

 rede

rede & contra hæredem incipere non potuiſſe, & pendente conditione conſtet nullam adhuc eſſe obligationem, qui fieri poterit, vt obligatio in hæredes deſcendat? Ratio communiter redditur, nec alia videtur reddi poſſe, quod conditio quandocunq; exiſtens retrotrahatur ad tempus contractus.

Atquin obſtat, quod ſi ita eſſet, legata quoque conditionalia præmortuo legatario, tranſirent ad hæredem: quod contra eſt. *l. 4. Quand. dies leg. ced.* Et igitur illa propoſitio de retrotraditione tantum in contractibus non etiam in legatis locum habebit. Cuius diuerſitatis rationes inquirendæ ſunt: Et hæ fere afferuntur: quod quisque paciſcens etiam intelligatur velle proſpicere hæredibus ſuis *l. ſi pactum. 9. de probation.* legata autem propter merita dantur certis perſonis, quæ merita non ſunt in hæredibus: Item, quod per conditionem adiectam legatum, debilitetur, vt non poſſit tranſire in hæredem; contractus autem ex ſeipſis robur habent: & contractus licet conditionaliter conceptus, retractari tamen alterutrius voluntate non poteſt, vt ad tempus eius omnia merito referri debeant: & in legatis inhæremus ſimplici voluntati & verbis defuncti, qui poſt conditionis demum euentum diſpoſitioni ſuæ eſſe locum voluit: quod rurſus ſecus eſt in contractibus; ex quibus conſtitutis vtriusque voluntate fortius ius adquiritur.

Forte dicerem etiam non inepte, ſi retrotrahenda eſſet conditio in legatis, deberet retrotrahi ad tempus inſtitutionis. At hoc non recte fieret, quia hic non agitur de obligando teſtatore: aut etiam hærede ex veteri obligatione, ſed hærede ex noua obligationis per quaſi contractum: tempus autem aditione incertum eſt, nec ipſe contraxit hæres reuera, ſed per aditionem quaſi contrahere videtur: & placuit itaque ſpectari tempus conditionis exiſtentis. Et hac conſideratione etiam, qui ſub conditione ſtipulatus eſt, licet ea adhuc pendeat, creditor dicitur *l. is cui. 42. de obligat. & action.* quia ſcilicet, quandocunque exiſtens conditio etiam poſt mortem eius, retrotrahitur: vt apparet ex oppoſitione legatarij *in d. l. 42.* qui nihil transmittit: falſum autem perſpicue eſt, quod Hottomannus reſpondet, *in d. l. 42.* conditionem iam fuiſſe commiſſam.

Et quod ita dicitur de transmittenda ſpe in hæredem, communiter id & recte referunt ad conditionem caſualem: cæteroquin vbi in poteſtate fuerit implere conditionem debitori, ipſi imputandum, quod non impleuit: cum etiam hic conditio omnino ad perſonam videatur reſtricta: vt adeo poſt mortem conditio, nec exſiſtere quidem amplius poſſit *fac. l. qui hæred. 44. in prin. l. ſi ita. 69. de condit. & demonſtr.* Nec obſtat *l. veteris. 13. C. h. tit.* quæ eſt de obligationibus faciendi. Non male adeo videtur limitari hęc ſententia ab Hottoman. hic & Cuiac. *in l. ſi quis. 57. h. tit.* vt ſecus ſit, ſi conditio eodem modo ab hærede impleri poſſit, vt non videatur perſona ſtipulatoris ſpectata & eius ſolius factũ: quod enim ſi conditio ſit in dando.

Illud denique hic addendum & explicandum eſt, quid ſit, *committi ſtipulationem*, qua phraſi hoc §. vtitur Iuſtinianus. Committere, inter alia, etiam ſignificat delinquere. Quo ſenſu, qui non ſoluit pecuniam die dicto, quo ſolui debuit, pro re empta, committit in legem contractus, vnde Lex vel pactum commiſſorium dictum. Et hinc etiam dicuntur cadere in commiſſum, quæ quis apud publicanos profeſſus non eſt, *tit. de publicanis.* & committi in legem *l. non dubium. 5. in pr. C. de legib.* Hoc ſenſu dicitur committere in conuentionem vel legem ſtipulationis, qui conuentis non ſtat: veluti ſi quis promiſerit hominem dare, & ſi non dederit, centum dare, ſi non ſoluat hominem, committit in conuentionem, & tenetur ad centum, & ita dicitur committi pœna *l. 4. §. Catol. tit.* Inde factum, vt tropica locutione ipſa ſtipulatio committi diceretur *l. ita ſtipulatus. 115. §. 1. & 2. h. tit.* eodemque ſenſu dicitur Mæuio ſtipulatio, ſiue obligatio commiſſa *in l. 1. §. vltim. de ſtipul. ſeru.* ita enim ibi legendum, quod & Ruſſardus adnotauit: quomodo & vulgatæ & veteres editio-

editiones habent, ſubinepte enim dicitur, *obligatio promiſſa.* Latius autem poſtea id vſurpatum videtur, vt committi diceretur ſtipulatio, vbi vires habere incipit, vt ex ea agi poſſit, vel ut *in l. qui Romæ. 122. §. Agerius de verb. oblig. & h §.* vbi Iuſtinianus ait, exiſtente conditione committi ſtipulationem.

TEXTVS.

5. Loca etiam inſeri ſtipulationi ſolent, veluti *Carthagini dare ſpondes.* Quæ ſtipulatio licet pure videatur fieri, tamen reipſa habet tempus adiectum, quo promiſſor vtatur, ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo ſi quis Romæ ita ſtipulatur: *Hodie Carthagini dare ſpondes?* Inutilis erit ſtipulatio, cum impoſſibilis ſit repromiſſio.

COMMENTARIVS.

Coniungendum hoc eſt cum *§. omnis. 2. ſup. h. tit.* vbi de obligatione in diem. Dies nimirum vel eſt expreſſus, de quo ibi dictum, vel tacitus, qui ineſt ex ipſa conditione ſtipulationis. Ita ſi quis promiſerit puellæ impuberi dotem, notant Dd. ineſſe diem, vt tum debeatur, cum puella facta fuerit nubilis, *arg. l. qui filium. vbi ſup. educ.* Ita locus adiectus iuxta hunc §. facit, vt tacite inſit dies, nec ante agi poſſe, quam elapſo tempore, quo ad locum perueniri potuit: quæ eadem ratio facit, vt in promiſſione de faciendo, inſit tacite tempus, intra quod opus promiſſum affici poſſit. *l. ſi ita. 14. h. tit.* Et igitur iuxta *hunc §.* ſtipulatio cum loco, reipſa tempus adiectum habet, & ei tacite ineſt dies *l. 2. §. qui ita. 6. de eo, quod certo loco.* & ex re ipſa dilationem capit *l. interdum. 73. h. tit. iunct. l. eum, qui. 41. §. 1. l. continuus. 37. §. cum ita. eodem.* vbi eleganter dicitur, ſpatium & tempus, quod ineſt, officio boni viri æſtimandum: & quod adeo facit ne pura ſit obligatio, vtcunque ſi externam formam & verba ſpectemus, pure facta videatur, vt hic ait Iuſtinianus. Ex quo recte notat Weſembecius licet ſtipulatio ſit contractus iuris ciuilis, tamen recipere eam interpretationem ex mente contrahentium: vt actus potius & ſtipulatio valeat, quæ nulla eſſet, ſi pro pura haberetur. Et tamen ſatis perſpicue hoc intelligitur: nam qui Carthagini ſibi dari vult, non hoc agit, vt protinus ſibi detur: cum id ipſi naturæ rerum repugnet.

Si quis ita ſtipuletur.] Contractus vitiantur per adiectionem eius, quod impoſſibile eſt, quod de conditione impoſſibili traditur *in §. ſi impoſſib. 10. infr. de inutil. ſtipul.* hic vitium eſt ab impoſſibilitate præſtandi. *l. 2. §. qui ita. 6. in fin. de eo, quod cert. loco.* & continetur impoſſibilis cauſa, vt ait Iuriſconſultus *in l. ſi ſeruus. 141. §. ſi inter. 4. h. tit.* vbi ſimul proponitur caſus, quo cauſa impoſſibilis non eſt, & eiuſmodi ſtipulatio valet. Vtrobique alia eſt ratio vltimarum voluntatum, vt oſtendimus *ſupra ad §. hæres. de hæred. inſtit. ex l. ſi quis ita. 6. de condit. inſtit. l. ſi mihi. 12. §. 1. de legat. 1.*

TEXTVS.

6. Conditiones, quæ ad præſens, vel præteritum tempus referuntur, aut ſtatim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti ſi Titius Conſul fuit: vel, ſi Mæuius viuit, dare ſpondes? Nam ſi ea ita non ſunt ſtipulatio nihil valet: ſin autem, ita ſi habent, ſtatim valet. Quę enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem licet apud nos incerta ſint.

COM-

Pauli 3. ſent. 7. de obligat. vbi eandem notationem refert: quam locum ab Iſidoro citari ibidem Cuiacius notat: verum apud *Iſid. lib. 5. cap. 24* aliam inuenio etymologiam: & quod ſtipulatio dicatur à ſtipula: veteres enim, inquit, quando ſibi promittebant aliquid, ſtipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes agnoſcebant ſponſiones ſuas; ſed in eam rem citare autorem debebat: neque enim fidem ipſe ſine autore facit. Feſtus porro deducit ſtipulationem à ſtipe, eo quod interrogatus ſpondebat ſtipem, id eſt æs; & *Varro. 4. de Ling. Lat.* eo quod veteres æs, quo graui vtebantur ſtipulabant, ſtipē & porro ſtipulari dictum autor eſt; & poteſt verbum ſtipandi deductum eſſe à Græco *στείβειν* ſiue *στύφειν*: quæ & *Alciat. 1. parerg. 39.* ſententia eſt: quæ & mihi probatur magis: neque quod ſtipulationes dicuntur introductæ firmandarum obligationum gratia, ſatis facit ad tuendam iſtam Iuſtiniani etymologiam.

TEXTVS.

1. In hac re olim talia tradita verba fuerunt: ſpondes? ſpondeo, promittis? promitto: Fide promittis? Fide promitto: Fideiubes? fideiubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam. Vtrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua ſtipulatio concipiatur, nihil intereſt: ſcilicet ſi vterque ſtipulantium intellectum eius linguæ habeat: Nec neceſſe eſt eadem lingua vtrumque vti; ſed ſufficit congruenter ad interrogata reſponderi. Quin etiam duo Græci Latina lingua obligationem contrahere poſſunt. Sed hæc ſolemnia verba: olim quidem in vſu fuerunt: poſtea autem lata eſt conſtitutio Leonina, quæ ſublata ſolemnitate verborum ſenſum & conſonantem intellectum ab vtraque parte ſolum deſiderat, quibuſcunque tandem verbis expreſſum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Stipulatio fit verbis nuncupatis ore.*
2 *Congruitas verborum.*

STipulatio verbis conſtat, & quidem vtrimque ore nuncupatis *l. 1. in pr. h. t.* Itaque non poteſt fieri inter abſentes, ita vt alter alterum loquentem audire non poſſit, nec porro poteſt contrahi in ſcriptis licet inter præſentes, contra quam falſo cenſet Weſ. Cui nō pugnat *l. C. de contr. ſtipulation.* quę non probat, quod inſtrumentum ſatis ſit ad conſtituendam ſtipulationem, ſed quod ſufficiat ad probandum: quia pro inſtrumento præſumitur, vera eſſe omnia, quæ in eo facta narrantur, & ob id, recte & per verba ſtipulationem eſſe contractam, iuxta *l. ſciendum 30. h. t. §. item 11. infra de inutil. ſtipul. §. vlt. in fin. de fideiuſſorib. l. Titius 134. §. 2. de V. O.* Non obſtat etiam *l. ea quæ 57. de donat. int. vir.* neque enim ibi principaliter tractatur de eſſentia ſtipulationis, ſed, an actio ex ſtipulatu contra mulierem detur, quæ miſit diuortium contra pactum conuentum: itaque ſtipulationem rite factā præſupponere oportet, ſicut & in *l. Titius 24. de conſt. pec.* & veroſimile eſt, ſeruum qui ibi iuſſu domini pecuniam numeraſſe dicitur, ſtipulatum fuiſſe à muliere in caſum ibi propoſitum pecuniam redditum iri, & hoc nimirum ita actum fuiſſe, mulier ſignificauit per epiſtolam marito. Sed & fruſtra obiicitur hic, quod non minus expreſſa ſcripto valere debeant, quam quæ verbis nuncupantur *l. non figura 38. de oblig. & act.* quoniam id toties eſt neceſſe vt falſum ſit, quoties opus eſt verbis ad conſtitutionem actus, ſicut ex aduerſo, quod dicimus, tam valere quod verbis exprimitur, quam quod ſcriptura concipitur, toties falſum eſt, quoties ſcriptura requiritur

tur ad eſſentiam rei. Nec quidquam intereſſe poteſt an literis quid agatur inter præſentes an abſentes: neque enim hinc literarum natura mutatur: vt vel hinc confutetur Weſenb. qui literis inter præſentes putat recte ſtipulationem fieri, non inter abſentes, quod etiam confutatur per §. *mutum 7. infr. de inutilib. ſtipul.* Hinc etiam efficitur, inutiliter contrahi, ſi quis interrogatus tantum adnuat, *l. 1. §. 2. h. t.* vbi dicitur, eum nec quidem naturaliter obligari: quod debet referri, vel ad ſimplicem rationem ciuilis iuris, vt obligatus non videatur naturaliter, nec pro tali habeatur, quoniam ſubſtantia obligationis & eſſentia deficiat: vel ad eum referendum eſt caſum, quo quis iuris gnarus, & quæ ad eſſentiam ſtipulationis requirantur, ioco magis quam ſerio, aut animo ſe obligandi annuiſſe præſumitur: ceteroquin ſi quis ſerio aut annuat, aut interroganti, etiam per epiſtolam reſpondeat, dubitandum haud putarem quin naturaliter & ex iure gentium obligetur. Et ſtipulatio igitur requirit verba ex vtraq; parte.

2 Amplius verba † oportet eſſe congrua & congruenter prolata. Ea congruitas primo ſpectatur in ipſis verbis, quæ olim neceſſe erat eſſe ſolemnia & directa, ſed poſt *l. omnes 10. C. h. t.* qualiacunque verba, apta modo ad declarandam mentem contrahentium ſufficiunt: & ſtipulationem valere non dubitem, ſi quis diuerſo & alio verbo, quam quo interrogans vſus eſt reſpondeat. Deinde congruitas poſita eſt in hoc, vt reſpondeatur ad id, de quo fuit in interrogatione, non aliud, de quo agemus *in §. præterea infr. de inutil. ſtipul.* Tertio ad congruitatem pertinet, vt continuus ſit actus interrogationis *l. continuus 137. in pr. h. t.* ſed id tamen ciuiliter accipitur, vt non interuallum omne excludatur, ſed longiuſculum, ex quo colligatur, ad alia diſceſſum & animum contrahendi depoſitum eſſe: alias enim non tam reſponſum videtur ad priorem interrogationem, quam ſeparatim promiſſum, quod ſubſiſtit in nudis terminis pacti *l. 1. §. 1. & d. l. 137. in pr. h. t. l. ſi ex duobus, 12. in pr. de duobus reis,* vbi, vt hoc addam obiter, pro verbo *prolatus*, (quod ineptum eſt, & ab aliis varie refigitur & emendatur) non dubito, quin legi debeat *Proculus* vt nimirum huius Iuriſconſulti ſententia referatur: his quæ diximus, ita concurrentibus, contractam eſſe ſtipulationem præſumimus *l. 7. §. quod fere 12. de pactis.* niſi ex iis quæ præceſſerunt, colligatur, non tam ſtipulandi, quam ſimpliciter paciſcendi animo verba prolata fuiſſe, quomodo *princ. d. §. 12.* accipiendum eſt, idque horum verborum argumento, *in nouiſſima parte pactorum*, vt ſcilicet aliis pactionibus, non ſtipulationibus verba, *rogauit Titius, ſpopondit Mæuius*, ſubiecta fuiſſe ponamus, quo caſu, hæc verba, *rogare ſpondere*, quæ alias ſtipulationum ſunt, vt oſtendit *d. §. 12.* poſſunt etiam ad nuda pacta referri: quoniam quæ ſpecies conuentionis inita ſit, ex circumſtantiis, & tum ex his quæ præceſſerunt, tum etiam ex ipſa voluntate partium non raro ſolet æſtimari. Ait Iuſt. n.

Vtrum Latina an Græca.] Conſtat Romanos olim, magnam quaſi linguæ ſuæ venerationem eſſe voluiſſe, & in prouinciis quoque præſidibus aut prætoribus, decreta non niſi lingua Romana pronuntiare fas fuiſſe *l. decreta 48. de re iudic.* Sed ſane abſurdum fuiſſet, ſi hanc neceſſitatem etiam ad priuatos & contractus tranſtuliſſet. Et ita vt *h. §.* iam olim reſpondit *Vlp. in l. 1 §. vlt. h. t.* nam quo ad Iuſtiniani ætatem ſtulta fuerit dubitatio: cum eo tempore maior vſus & dignatio fortaſſis quoque Linguæ Græcæ eſſet.

Quin etiam duo Græci.] Nulla in hoc penitus videtur eſſe dubitandi ratio.

Conſonantem intellectum ſolum.] Modo adſint, quæ ante retulimus: loquimur autem de ſtipulatione vera non ficta, quæ inducitur per legem vt *l. 1. C. de rei vx. act.*

TEXTVS.

4. Omnis ſtipulatio, aut pure aut in diem, aut ſub conditione fit pure: veluti quinque aureos dare ſpondes? Idque confeſtim peti poteſt. In diem: cum adiecto die, qua pecu-

Digitized by Google

pecunia ſoluatur, ſtipulatio fit: veluti, decem aureos primis Calendis Martiis dare ſpondes? Id autem, quod in diem ſtipulamur, ſtatim quidem debetur, ſed peti prius quam dies venerit, non poteſt: at ne eo quidem ipſo die, in quem ſtipulatio facta eſt, peti poteſt: quia totus is dies arbitrio ſoluentis tribui debet: neque enim certum eſt, eo die in quem promiſſum eſt, datum non eſſe priuſquam is præterierit.

COMMENTARIVS.

1 *Cedere diem.*
2 *Ex obligatione pura ſtatim agitur.*
3 *Ex obligatione in diem ſtatim eſt nata actio.*

QVamuis hic titulus tantum ſit inſcriptus de verb. oblig. pleraque tamen eo tradita, ſunt generalia & communia aliis quoque obligationibus, & præcipue quod hoc §. traditur, omnes enim cõtractus & quæuis conuentio aut pure, aut cum adiecto die vel conditione iniri poteſt. Aliquando nimirum ita contrahitur, vt nec actio nec obligatio differatur, ſed vtraque præſens ſit: interdum vt differatur actio, interdũ & obligatio, quod accidit in obligatione conditionali. Pura obligatio eſt ex quã ſtatim obligatur debitor, & ſtatim agi poteſt: quo IC. vocant & ceſſiſſe & veniſ-
1 ſe † diem *l. cedere 213. de V.S.* cedere enim dies dicitur, cum obligatio nata eſt & deberi incipit: venire autem, cum & efficaciter agi & exigi debitor poteſt. Itaque recte ait Iuſtin. ex pura obligatione confeſtim peti poſſe: quod ſcilicet certa iuris ratio facit, cum nihil occurrat, quod moretur actionem probant, *l. cum. 41. §. 1. h. t. l. in omnibus 14. de R. I. d. l. cedere 213. de V.S. l. liber. 118. §. 1. h. t.* Sed viciſſim tamen cum vtique ſpacium ſit debitori etiam pure obligato concedendum, vt expediat ſolutionem, interſtitium aliquod inter contractam obligationem, & actionem inſtituendam intercedere debet, & vtique tantum temporis quo traditio fieri poſſit §. *vlt. infr. de inutil. ſtipul.*

Quod autem aliqui hunc terminum decem dierum, alii etiam longiorem faciunt errare arbitror, & male confundere tempus intra quod agi poſſit, & tempus quod debitori confeſſo in iure prætor daturus eſt. Dico omnino ſtatim poſſe moueri actionem, & debitorem in ius vocari: ſed ſi reus confeſſus ſit debitum, & paratum ſe ſoluere dicat, iudicium in eum non dabit prætor *l. ex iudicatum 16. iudic. ſolu.* ſed præfiget & dabit ei terminum ad ſoluendum *l. ſi debitori 21. de iudic.* vbi etiam ſimul hoc additur, terminum dandum eſſe illum ipſum, qui condemnatis dare ſolet: quod ſpacium olim XXX. dierum, poſt ad bimeſtre demum, à Iuſtiniano ad trimeſtre ſpaciũ productum eſt, *l. 2. & 3. C. de vſur. rei iud.* & plane cum confeſſus pro iudicato ſit, & ſi debitor ſecum litem conteſtari paſſus per iudicem condemnatus fuerit, tantum temporis ad ſoluendum habeat, ſumma ratio eſt, vt ei bonam fidem agnoſcenti, & parato ſoluere, ſed dilationem petente, idem ſpacium indulgeatur, quamuis Dd. communius putent, hoc ſitum eſſe in arbitrio iudicis. Hæc de obligatione pura.

De obligatione in diem ait Iuſtin. quod ita promiſſum eſt, deberi quidem ſtatim, ſed peti non poſſe, prius quam dies venerit. Nimirum † quia in hac ſpecie obligationis, ceſſit 2
dies, id eſt incipit res deberi *d. l. 213. de V.S. & in l. centeſimis 46. in pr. h. t.* obligationem quidem præſentem eſſe, ſed in diem dilatam ſolutionem. Et hoc in confeſſo eſt: ſed non æque quod ſequitur, non peti poſſe antequam dies venerit: In diuerſas enim hic ſententias ierunt Vltramontani & Citramontani: hi nec natam quidẽ actionẽ eſſe, illi natam quidem, ſed needum in iudicio poſſe efficaciter moueri ſtatuerunt: quorum ſententia vera eſt: hac ratione ſolida, quod poſita obligatione habili tanquam cauſa, neceſſe eſt poni actionem tamquam effectum: atquin obligationem natam eſſe coguntur fateri omnes, ergo etiam actionem poni & natam eſſe oportet.

Alia

Digitized by Google

Alia ratio eſt, quod qui præmature & male agere dicitur, hic non agit ſine actione. Atqui agens ante diem præmature & male agere dicitur *l. vn. §. vlt. quand. dies vſuſr. ced. arg. l. liber 118. §. 1. h. t.* Ratio maioris eſt: quoniam qui nudam habet actionem, ſi moueat aliquid in iudicio agit nulliter, & quidem citra periculum, vt dicemus *in §. ſi quis agens 33. infr. de actionib.* Sed qui ante diem agebat, id faciebat cum periculo plus petitionis, & niſi clauſulam adderet, *cuius pecuniæ dies veniſſet*, cauſa cadebat, vt eo loco dicemus: & hinc Iuſtin. *in §. temporales. 10. infra de except.* agenti ante diem, exceptionem dicit obſtare, quæ præſupponit actionem. Et facit, quod alias contra hunc text. iunct. *§. ſub cond. 4. infr. h. tit.* nulla futura pene eſſet differentia inter obligationem conditionalem & ex die, ſi ex hac necdum actio eſſet. Et denique facit hæc ratio: Quod quæ eſt obligationis conditio, cui cum initio eſſet pura, poſtea dies adiectus fuit: eadem videtur eſſe conditio obligationis, quæ habuit initio diem, *argum. d. §. 10. de except.* in qua hi caſus comparantur: atquin illo caſu nata eſt actio. Ergo & hoc. Et ſicut ſi obligatio contracta ſit vſque ad diem, adueniens dies actionem non perimit, ſed tantum facit, vt per exceptionem elidatur *§. ſeq.* ita quoque dies adiecta obligationi tamquam terminus à quo, non videtur efficere, ne naſcatur actio, ſed tantum, vt intentata excludatur. Neque obſtat, quod quibuſdam textibus legimus ante diem peti vel agi non poſſe, velut *in l. certi 9. in f. prin. de reb. cred. l. quoties 24 de oper. libert. l. exiſtim. 98. §. 1. l. liber. 118. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 1. ſi in diem 14. Quib. ex cauſ. in poſſeſſ.* quoniam intelligitur non poſſe agi cum effectu vt exactio & condemnatio quoque ſequatur, ſicut in obligatione pura; non autem inde efficitur, non eſſe natam actionem. Nam & *in l. Iulianus 13. §. offerri 8. de act. empt.* dicitur non eſſe actio, quam conſtat vbique natam eſſe. Non obſtat etiam, quod *in l. interdum 73. in princ. h. tit.* vbi agitur de ſtipulatione quæ ex re ipſa capit dilationem & reſpondetur, *tunc incipere actionem*, &c. ita vt & diem antecedere negari videatur. Etenim particula *tunc* non eſt captanda, ſed commode explicanda, vel potius, cum vtique falſum ſit, quod in obligatione in diem non ceſſerit dies (quod principiis iuris repugnat) reſponderi debet, confuſim ibi proponi varia exempla, quorum omnium non eſt eadem ratio: Omnia quidem hoc habent, vt dilationem habeant, ſed non eandem: ſed in quibuſdam eſt conditio, in quibuſdam conditio ſimul & dies: promiſſio enim operarum tacitam habet conditionem, ſi fuerint indictæ: & promiſſio fructuum futurorum, (vt & ſupra diximus *ad §. ea quoque 7. de legatis*) diem habet, *cum naſcentur*, & conditionem, *ſi naſcentur*, promiſſio autem de ſoluendo in alio loco, habet tacitum diem *§. loca 5. infr. h. t.* ſecundum quæ, prædicata *d. l. 73. h. t.* commode ſunt applicanda. Poteſt etiam obiici, quod ſi quis promiſerit factum; veluti, domum ædificari, ineſt tempus & dies, intra quod ædificari domus poteſt: & tamen ante non poſſe agi, quin nec eſſe natam actionem probatur ex *l. ſi ita 14. & l. ex ſtimo 98. h. t.* Aut dicendum eſt propriam eſſe rationem facti, quod eſt incertum, quo & quanto tempore expediri poſſit, cum nec parum interſit à quo factum ſit promiſſum: cum alius alio citius facere poſſit, vt hactenus ſimul hoc ſapiat naturam conditionis: aut iſta quoque loca explicanda ita ſunt, vt ſuper ora, & quod cum effectu ante non poſſit agi. Sed hæc ad iſtam quæſtionem ſufficiant. Supereſt *hoc §.* quod Iuſtinianus ait, ſi obligatio habeat diem, nec ipſo die quidem in quem collata eſt ſtipulatio, peti poſſe. Hic equidem locus expreſſe ſatis oſtendit, quod dicitur peti non poſſe, de effectu accipiendum eſſe: cum dubitari non poſſit, quin ſit nata actio. Fit autem iſtud ex ratione quam ipſe ſubiicit Iuſtinianus, quia non poteſt conueniri, niſi qui tempore præfinito non ſoluit: atquin antequam dies dicta exiit, necdum poteſt dici debitor eo die non ſoluiſſe: ſiquidem totus dies relictus eſt debitori, cuius vel extremo quadrante horæ adhuc ſolui poteſt. Neque obſtat, quod

Digitized by Google

in *l. liber* 118. §. 1. *h. tt.* reſponſum eſt, ſi quis promiſerit ſe hodie ſoluturum, eo ipſo adhuc die poſſe: nam, quod ipſe reſpondit ICtus, verbum *Hodie* non facit vt obligatio habeat diem, ſed cenſetur eſſe obligatio pura, perinde ac ſi quis ſtatim vel ſimpliciter ſe daturum promiſiſſet.

TEXTVS.

3. At ſi ita ſtipuleris: Decem aureos annuos, quo ad viuam, dare ſpondes? & pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia non poteſt deberi ad tempus: ſed hæres petendo, pacti exceptione ſubmouebitur.

COMMENTARIVS.

1 *Quomodo hæc obligatio ſit pura.*
2 *An & quomodo ſit vna.*

Dies adiicitur, vel per modum termini à quo, de quo *in §. præced.* vel per modum termini ad quem, de quo hic tractatur:, quod proponitur ſub exemplo ſtipulationis *Annuꝰ*, quo ad viuam: nam ſi ſimpliciter quis ſtipuletur centum quo ad viuat, ſemel tantum debentur regulariter, & pura intelligitur eſſe ſtipulatio *l. cum qui* 56. §. *qui ita* 4. *h. t.* Idem autem erit, ſi ſtipuletur annua centum, vſque ad decem annos præſtanda. Ita ius eſt in ſeruitutibus, vt cum prædium afficiant ipſo iure ad tempus conſtitui non poſſint, ſi tamen ita conſtitutæ ſint, æquitate conuentionis per exceptionem defendatur prædii ſeruientis dominus *l. ſeruitutes* 4 *de ſeruit.* Idem hoc de obligatione ad tempus conſtituta reſpondetur, & *in l. obligationum* 44. §. 1. *de obl. & act.* quod certis modis deſinat aliquid deberi, inter quos tempus non eſt, nec adeo poteſt ipſo iure tollere obligationem. Quid autem interſit, an ipſo iure tollatur obligatio, an per exceptionem, tractabitur *infr. hoc lib. tit* *vlt.* Sed cur non placuit, tempus eſſe modum tollendæ obligationis? An forte quia temporis adiectio in libero eſt arbitrio contrahentium, vt vel breue vel longum adiiciant: noluerunt autem LL. ab arbitrio priuatorum pendere modos tollendi obligationem: an quia tempus nihil ponit, nec adeo eius aduentus poteſt perimere obligationem, vt notat *Porcius hic*. Ait porro Iuſtin. hanc obligationem, de 10. aureis annuis, eſſe puram. Et cum igitur in §. *præced.* obligationem † puram 1
diſtinxerit ab ea, quæ diem aut conditionem habet, efficitur, iſtam obligationem nec diem quidem habere. At quomodo? vtique enim ſingulis annis tantum poterit petere decem. Et an igitur intelligit obligationem in primum annum? Id omnino neceſſum eſt affirmare: neque enim citra contradictionem fieri poteſt, vt obligatio ſit pura, & tamen petitio in ſingulos annos differatur. An forte eo pertinet, vt ſingulis annis obligatio cenſeatur pura hoc effectu, vt ſtatim cuiuſque initio anni poſſint decem peti. Alias quomodo & quo reſpectu pura dicatur obligatio, ego non intelligo: durius enim eſt, quod Baro ideo eam puram dici ait, quod non firmatur aduentu diei: hoc enim exprimit Iuſtin. dum ait, eam perpetuari. Id tamen, & quod initio anni peti poſſit, non probatur *ex l. 1. Cod. quand. dies leg. ced. l. nec ſemel* 12. §. 1. *D. eod.* vtcumque hactenus legati & ſtipulationis eandem rationem eſſe ſtatuamus. Neque enim ſi dies cedit initio anni, quod illis locis probatur, protinus ſequitur, poſſe etiam tum peti: ſiquidem aliud eſt ceſſiſſe diem, aliud veniſſe *l. cedere* 213. *de verbor. ſignificat.* & in omni obligatione in diem, ſtatim ceſſit dies, id eſt, debetur, ſed nondum peti poteſt, vt eſt in §. *præced.* Et quod in *dd. textibus* dicitur, eo pertinet, vt legatarius poſt annum cœptum decedens tranſmittat ius petendi in hæredem, quod obtinet in omnibus legatis in diem *l. ſi poſt* 5. *& paſſim quand. dies leg. ced.* Itaque errare videtur Acc. dum hac in re differentiam ſtatuit, an quid legatum vel promiſſum ſit in annos ſingulos, an annis ſingulis: vt altero caſu, & ſcil. priori, dies cedat anni initio, poſteriori demum

mum ſub finem anni, citans ad hoc §. *vlt. inſr. de inutilibus ſtipul. iunct. l. qui hoc 42. h.t.* vbi dicitur, eum qui ſtipulatus eſt, *hoc anno dari*, non poſſe petere, niſi anni omnibus partibus præteritis. Neque enim ex eo inferri poteſt, etiam diem demum cedere præteritis omnibus anni partibus; ſiquidem vt ſæpe dixi, in quauis obligatione in diem, ſtatim cedit dies, ſed petitio differenda eſt. Et adeo licet detur quod in obligatione in annos ſingulos concepta initio anni cedat dies, non tamen inde, peti quoque initio anni poſſe, & obligationem puram eſſe inferri poteſt. Verum ſi admittimus autoritatem Iuſtiniani, qui affirmat h. §. obligationem eſſe puram, oportebit fateri, differre ſtipulationem in annos ſingulos, ab hac, *annis ſingulis*: Etenim hæc non eſt pura, cum demum ſub exitum anni imo toto demum elapſo anno peti poſſit. Atque hactenus nec dum erit differentia inter legatum & ſtipulationem: nam & de legato in annos ſingulos reſponſum eſt, primi anni eſſe purum: nec enim facile dixerim, reſpectu legati conditionalis, cui *in d. l. 4.* opponitur legatum purum, etiam legatum in diem purum appellari poſſe: nec puto extare exemplum, vt obligatio in diem pura fuerit appellatio: & huic equidem loco & §. minime iſta conuenerit explicatio, in quo, ex profeſſo diſtinctio obligationis in puram, & quæ conditionem vel diem habet, traditur. Et ita ſtatuemus, vbi quod promiſſum eſt in ſingulos annos, & ſtatim, & initio quoque cuiuſque anni, ſummam promiſſam protinus peti poſſe: atque hactenus nihil intereſſe, an quis in annos ſingulos ſimpliciter, an vero, quoad victurus ſit, fuerit ſtipulatus, niſi quod illo caſu efficaciter quoque in hæredes tranſit ſtipulatio, vt nec repelli per exceptionem poſſint: *l. Stichum 16. §. 1. h.t.* qua in re legata & ſtipulationes differunt: & creditur teſtator, quod verbi cauſa Titio in ſingulos annos (non addito, quoad viuat) legauit, ſoli Titio præſtari voluiſſe, non hæredi eius *d. l. 4. de ann. legat.* at qui contrahit, in dubio quoque ſuis hæredibus proſpicere voluiſſe præſumitur, *l. ſi pactum 9. de probationib.* quamuis ſane *gl. in d. l. Stichum 16. §. 1. h.t.* neget ius exigendi efficaciter tranſire in hæredes, ſed perpetuam dici eo ſenſu, quo & hic, vt tamen exceptio obſtet hæredi, quod & magis ibi Bart. probat *l. ſancimus §. vlt. C. de donat.* vbi tum demum tranſitus in hæredes fit, ſi eorum ſit expreſſa facta mentio. Et differet nihilominus ita à legatis, quoniam cum in his ita obſeruetur, vt ſequentium annorum legatum cenſeatur conditionale, *l. 4. de ann. leg.* non poteſt vllo modo actio in hæredem tranſire, nec ipſo iure ei competere. Additur † in *d. l.* 2
Stichum 16 §. 1. h.t. ſtipulationem in ſingulos annos eſſe vnam, & idem *in l. Senatus 35. §. vlt. de mort. cauſ. donat.* vbi quoque Dd. hic & *in d. l. 16.* communiter aliud eſſe in legatis putant per *l. cum in 10. Quand. dies leg. ced. l. cum in 4. de ann. legat.* quibus locis dicitur plura eſſe legata. Hottom. vero ait non poſſe ſe mirari ſatis, quid in mentem venerit iis qui ita diſtinxerint & reſpondet *ad d. l. 16. §. 1. h.t.* ibi agi de ſtipulatione tranſitoria in hæredes, non vero, de ea, *Quoad viuam*, quæ in h. §. proponitur. Ego vero miror iudicium Hottomanni. Nam 1. vt dixi, dubitatur quo ſenſu *in d. l. 16.* dicatur perpetua ſtipulatio: & maxime vt Br. diſputat, ſi promiſſum ſit homini tenuioris fortunæ, cenſebitur pro alimentis promiſſum. Deinde & magis cum ſtipulatio hæc *in ſingulos annos quoad viuam*, ipſo iure ſit perpetua, & obiectio exceptionis ipſius eſſentiam non variet, non animaduerto, quæ res facere poſſit, vt hæc potius ſit multiplex, quam illa ſimpliciter concepta *in annos ſingulos.* Neque iuuat Hottoman. quod in *l. oblig. 44. de obl. & Act.* legata & ſtipulationes comparantur. Non enim comparantur in iſto de quo quærimus, ſed quod ſi legatum quid ad tempus ſit, nec hoc quidem deſinat tempore deberi. Cæteroquin hactenus ſpeciale eſſe in hoc legato annuo, quod actio nullo modo tranſeat in hæredem, docet *d. l. 4 de ann. legat.* Et recte itaq; Dd. ſtipulationem huius §. ſtatuunt eſſe vnam. Sed non eſt expeditum, in quo conſiſtat effectus huius rei & vnitatis. Apparet, non nullam

eſſe huius tractationis effectum: cum non vno loco hanc rem, an vna an plures ſint ſtipulationes, tractarint ICti, vt in *l. ſcire 29. l. pluribus* 140. *in prin. &* §. 1. *de verb. oblig.* & ſtrictim quoque eius rei mentio eſt *in l. 1. §. 5. l. vbi 75. §. pen. l. Titia 134. §. vlt. h. t.* A conceptione verborum non poteſt ſumi deciſio, nam & hoc modo legatum vnicum eſſet: aut an fingimus teſtatorem in ſingulos annos legatum repetiiſſe? Accurſ. *in d. l. 16. §. 1. h. t.* reddit rationem, quoniam vna naſcatur actio: ſed & pro legatis eſt vna actio ex teſtamento: nec poteſt dubitari, quin etiam ex cauſa ſtipulationis ſingulis annis ſit ſeorſim agendum. ICtus *in d. l. 4. de ann. leg.* ait primi anni legati purum eſſe, ſequentium conditionale. Atqui poſſunt eſſe plures ſtipulationes, vt tamen nulla ex illis ſit conditionalis. Et hoc tamen reſpectu & ad hunc finem videntur ICti plura voluiſſe eſſe legata, ne alias in hæredem tranſmitteretur legatum: quoniam exceptio pacti vel doli quæ obſtat in noſtro caſu ſtipulatori, non eadem ratione obiici poteſt legatario: vt proinde ita diſponendum fuerit, ne actio penitus hæredi competere poſſet. Itaque legatum tale & purum eſt & conditionale: atque ita non vnum: ſecus in ſtipulatione. Tum etiam eo pertinet hoc, plura eſſe legata; quod ſingulis annis ſpectatur conditio & qualitas perſonæ, veluti ſi ſeruus cui ita legatum eſt, poſt annum vnum aut alterum conſequatur libertatem, ipſi annuum debebitur *l. nec ſemel 12. §. 2. quand. dies legat.* quod dicemus ſecus eſſe in ſtipulatione *arg. l. ſi filiusf. 78. h. t.* & ita *in l. Senatus 35. §. vlt. de mort. cauſ. don.* cum ſtipulationem dixiſſet ICtus eſſe vnam, iſtius rei hunc effectum ſubiicit, vt ſemel inſpiciatur eius conditio cui facta eſt promiſſio. Et ita quoque quo ad tollendam obligationem & alia id genus ſtipulatio hæc habebitur pro vna. Non tamen crediderim, ſimpliciter & abſolute legata plura intelligi, ſed etiam aliquo reſpectu vnum legatum dici poſſe, ſicut ex aduerſo aliqua etiam pluralitas in ſtipulatione hac conſiderari haud dubie poterit. Sed ſatis eſt opponi in quibuſdam hac in re ſtipulationem & legatum, & ſuis modis hoc multiplex, illam, vnam appellari. Sed de iſta re plus ſatis. Vnum addendum eſt: Scribit Hottom. quod tempus non ſit modus tollendæ obligationis, pertinere ad obligationes, quas ius ciuile conſtituit, non ad eas quæ ſunt iuris gentium: itaque commodatum, depoſitum, mutuum, conductionem, ad tempus, conſtitui poſſe. Quod haud ſcio an ſatis ſubtili er dicatur. Nam 1. commodatum & conductio, hoc habent eſſentiale vt ad tempus conſtituantur: itaque & tempus proprie loquendo non tollit obligationem: 2 Quod mutuum & depoſitum attinet, magis ibi quærendum eſſet, an tempus ſit modus inducendæ obligationis. Sed enim dicendum eſt, obligationem naſci, ex numeratione & traditione rei. Itaq; protinus poſſe agi ad reſtitutionem: ſed creditor, qui mutuum dedit, vt debitori ad tempus liceret vti pecunia (nam in depoſitario ſecus eſt) ſi maturius petat, communi iure repelletur pacti exceptione.

TEXTVS.

4. Sub conditione ſtipulatio fit, cum in aliquem caſu differtur obligatio, vt ſi aliquid factum fuerit, vel non fuerit, ſtipulatio committatur: veluti ſi Titius conſul fuerit factus, quinque aureos dare ſpondes? Si quis ita ſtipuletur, ſi in Capitolium non aſcendero, dare ſpondes? perinde erit, ac ſi ſtipulatus eſſet, cum moreretur, ſibi dari. Ex ſtipulatione conditionali, tantum eſt ſpes, debitum iri, eamque ipſam ſpem in hæredem tranſmittimus, ſi prius quam exſtet conditio, mors nobis contingat.

COMMENTARIVS.

Dictum eſt de obligatione pura & in diem, ſequitur conditionalis. Liceat autem

paulo

paulo pinguius loqui, inſuper habita illa ſubtilitate, quod ſtipulatio contractusve dicatur conditionalis, non obligatio: agnoſco enim verum eſſe, non poſſe quem ſub conditione obligatum eſſe; quia implicat contradictionem, eſſe obligationem, & obligationem adhuc pendere, & nec dum exſtitiſſe: & conſtat pendente adhuc conditione, nec natam eſſe obligationẽ. Etenim necdum venit, nec ceſſit dies *l. cedere 213. de verb. ſign.* Id eſt, necdum quidquam debetur, ſed vt *in fin.* §. ait Iuſtin. ſpes eſt, debitum iri. Conditio autem eſt vel poteſtatiua, vel caſualis, cuius hic *in prin.* tantum fit mentio. Et conditio rurſus concipitur vel negate, vel affirmate. Si circa impoſſibile obiectum hoc modo fiat, obligatio ſtatim nulla eſt, ſi vero illo modo, ſtatim pura eſt, cum conditio nullum poſſit operari effectum, *l. impoſſibilis. 7. h. t. cum l. ſeq.* de quo *in* §. *ſi impoſſib. 10. inf. de inut. ſtipul.* Quod ſi negatiue concipiatur conditio circa rem poteſtati noſtræ ſubiectam, duo occurrunt caſus, quod aut adiicitur perſonæ ſtipulantis, *ſi non aſcendere Capitolium, centum mihi dabis?* aut perſonæ promittentis, verbi cauſa, *ſi Capitolium non aſcenderis centum mihi dabis?* Priorem caſum hic Iuſtinianus tractat, & reſpondet perinde eſſe, ac ſi ſtipulatus eſſet ſibi dari cum morietur, quia ante eſſe certum non poteſt, Capitolium eum non eſſe aſcenſurum: itaque hæredi eius demum actio dabitur: quod ſecus eſt in legatis; legatarius enim creditor ſtatim agere poteſt oblata cautione Mutiana, ſe non aſcenſurum, & ſi aſcenderit, quod accepit, reſtituturum. *l. Mutiana 7. in prin. de condit. & demonſtr.* quæ cautio non admittitur in contractibus: imputet enim ſibi, qui hanc adiecit conditionem, aut adiicere paſſus fuit, cum nec aliter contracturus & promiſſurus fuiſſe præſumatur alter, quam vt demum hæres ſtipulantis agere poſſet: adeo fieret promiſſori iniuria ſi ſtatim exigeretur. Teſtatori autem ſatisfieri intelligetur, modo ne contra conditionem peccetur. Et hanc opinionem, quod in contractibus non ſit locus cautioni Mutianæ, ſed tantum in legatis, communem teſtatur *Porcius hic.* vbi & hanc addit rationem, quod alias plane inutile foret legatum, ſi nec legatarius viuus illud petere poſſet: cum legati conditionalis ſpes non tranſeat in hæredem.

In altero caſu, vbi conditio collata eſt in perſonam promiſſoris eodem modo reſpondetur *in l. ita ſtipulatus. 115. §. 1. h. t.* ſi ita ſtipulatio concepta ſit, ſi Capitolium non aſcenderis, centum dabis? non poſſe ſtatim agi, vbi promiſſor cum poſſet, Capitolium non aſcendit, ſed vbi conſtat, Capitolium eum aſcendere non poſſe. Quod cum demum certum fiat, vbi moritur ſtipulator, perinde erit, ac ſi quis promiſiſſet, cum moreretur dare; itaque demum ex hac ſtipulatione contra hæredem promiſſoris poterit agi. Quod ſi conditio in dando poſita fuerat, veluti ſi hominem non dederis, diſtinguit Papinianus *in d. l. 115. de verbor. ſignific.* an ſtipulatio cœperit à conditione, veluti, *ſi hominem non dederis, centum dabis?* vt tum idem ſit, quod in caſu priori: an ita, *Hominem dabis, & ſi non dederis, centum dabis?* vt tum agi poſſit, ſtatim vbi homo dari potuit, nec datus fuit, ex veroſimili mente cõtrahentium, qui vtq; ſtatim hominem, aut pœnam, dari voluerunt.

Supereſt hoc §. quod Iuſtin. *in fin.* ait, ſpem ex conditionali obligatione in hæredẽ tranſmitti, ita vt mortuo ante conditionem exiſtentem ſtipulante, hæres agere ex ſtipulatione, quandocunque poſt exiſtente conditione poſſit: idem *in* §. *penult. infr. de inutil. ſtipul.* vbi additur, idem eſſe ex parte promiſſoris: vt nimirum ſi moriatur ante euentum conditionis, vbi poſt exiſtit conditio, contra hæredem eius poſſit agi *l. ſi quis. 57. h. tit.* quod cum & ipſe hic ſcribat Hotoman. miror quomodo *ad princ.* §. quod ſcribit verum eſſe poſſit, ſpeciale id eſſe in contractibus bonæ fidei, vt hæres conditionalis debitoris maneat obligatus, vel obligetur, poſt exiſtente conditione ex *l. neceſſario. 8. in prin. verſ. quod ſi, de peric. & comm. rei vendit.* eſſe enim hoc generale ex *dict.* §. *pen. & d. l. 57. h. tit.* apparet. Atqui cum conſtet iure veteri obligationem ab hæ-

editiones habent, ſubinepte enim dicitur, *obligatio promiſſa.* Latius autem poſtea id vſurpatum videtur, vt committi diceretur ſtipulatio, vbi vires habere incipit, vt ex ea agi poſſit, vel ut *in l. qui Romæ. 122. §. Agerius de verb. oblig. & h. §.* vbi Iuſtinianus ait, exiſtente conditione committi ſtipulationem.

TEXTVS.

5. Loca etiam inſeri ſtipulationi ſolent, veluti *Carthagini dare ſpondes.* Quæ ſtipulatio licet pure videatur fieri, tamen reipſa habet tempus adiectum, quo promiſſor vtatur, ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo ſi quis Romæ ita ſtipulatur: *Hodie Carthagini dare ſpondes?* Inutilis erit ſtipulatio, cum impoſſibilis ſit repromiſſio.

COMMENTARIVS.

Coniungendum hoc eſt cum §. *omnis. 2. ſup. h. tit.* vbi de obligatione in diem. Dies nimirum vel eſt expreſſus, de quo ibi dictum, vel tacitus, qui ineſt ex ipſa conditione ſtipulationis. Ita ſi quis promiſerit puellæ impuberi dotem, notant Dd. ineſſe diem, vt tum debeatur, cum puella facta fuerit nubilis, *arg. l. qui filium. vbi pup. educ.* Ita locus adiectus iuxta *hunc §.* facit, vt tacite inſit dies, nec ante agi poſſe, quam elapſo tempore, quo ad locum perueniri potuit: quæ eadem ratio facit, vt in promiſſione de faciendo, inſit tacite tempus, intra quod opus promiſſum affici poſſit. *l. ſi ita. 14. h. tit.* Et igitur iuxta *hunc §.* ſtipulatio cum loco, reipſa tempus adiectum habet, & ei tacite ineſt dies *l. 2. §. qui ita. 6. de eo, quod certo loco.* & ex re ipſa dilationem capit *l. interdum. 73. h. tit. iunct. l. eum, qui. 41. §. 1. l. continuus 37. §. cum ita. eodem.* vbi eleganter dicitur, ſpatium & tempus, quod ineſt, officio boni viri æſtimandum: & quod adeo facit ne pura ſit obligatio, vtcunque ſi externam formam & verba ſpectemus, pure facta videatur, vt hic ait Iuſtinianus. Ex quo recte notat Weſembecius licet ſtipulatio ſit contractus iuris ciuilis, tamen recipere eam interpretationem ex mente contrahentium: vt actus potius & ſtipulatio valeat, quæ nulla eſſet, ſi pro pura haberetur. Et tamen ſatis perſpicue hoc intelligitur: nam qui Carthagini ſibi dari vult, non hoc agit, vt protinus ſibi detur: cum id ipſi naturæ rerum repugnet.

Si quis ita ſtipuletur.] Contractus vitiantur per adiectionem eius, quod impoſſibile eſt, quod de conditione impoſſibili traditur *in §. ſi impoſſib. 10. infr. de inutil. ſtipul.* hic vitium eſt ab impoſſibilitate præſtandi. *l. 2. §. qui ita. 6. in fin. de eo, quod cert. loco.* & continetur impoſſibilis cauſa, vt ait Iuriſconſultus *in l. ſi ſeruum. 141. §. ſi inter. 4. h. tit.* vbi ſimul proponitur caſus, quo cauſa impoſſibilis non eſt, & eiuſmodi ſtipulatio valet. Vtrobique alia eſt ratio vltimarum voluntatum, vt oſtendimus *ſupra ad §. heres. de hered. inſtit. ex l. ſi quis ita. 6. de condit. inſtit. l. ſi mihi. 12. §. 1. de legat. 1.*

TEXTVS.

6. Conditiones, quæ ad præſens, vel præteritum tempus referuntur, aut ſtatim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti ſi Titius Conſul fuit: vel, ſi Mæuius viuit, dare ſpondes? Nam ſi ea ita non ſunt ſtipulatio nihil valet: ſin autem, ita ſi habent, ſtatim valet. Quę enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem licet apud nos incerta ſint.

COM-

Digitized by Google

Commentarivs.

1 *Conditio ſecundum dici.*
2 *Incerta quo ad nos, ſed certa per naturam:* & ad l.30.§.6.de acquir.hær, & l.28.§.vlt.de iudic.

Conditiones aliæ ſunt vere tales, & ſecundum eſſe, quæ ſuſpendunt obligationem, de quibus ſupra, aliæ ſecundum dici (vt alibi Logici loquuntur) quæ formam tantum & figuram conditionis habent, non earum eſſentiam, eoque nec vim aut poteſtatem: quomodo licet in aliis terminis loquatur ICtus *in l.Cornelius.69.de hæred.inſtit.* quod quædam habeant tantum figuram, quædam etiam vim conditionis. Ex illarum numero ſunt conditiones, quas extituras certum eſt, *l.ſi pupillus.9.§.1.de nouation.* & conditio impoſſibilis negatiue concepta *l.impoſſibilis.de verb.oblig.* item, de quibus *h.§.* tractatur, quæ ad præſens aut præteritum tempus referuntur, quæ non placuit habere vim conditionis *l.ſi ita* 120.*h.t.* ſed ſtatim perimere, aut non differre obligationem. *h.§.& l.conditio.*100.*eodem tit.* vbi tamen paulo inſubtilius infirmari & perimi dicitur obligatio, quæ initio ſtatim nulla eſt: ſicut vbi reuera res ita ſe habet, ſtipulatio ſtatim tenet *l.cum ad* 37. *de rebus credit.* licet contrahentes ita ſe rem habere, vel non habere ignorent.*h.§.in fin.d.l.37.& d.l.120.h.tit.* Et eiusdem rationis eſt conditio, quam certum eſt, extituram, vt ſcilicet non faciat obligationem conditionalem. *l.ſi pupillus.§.1.de nouation.* Et hinc filius, licet putet matrem prægnantem, quæ prægnans non eſt, in ſolidum hæres eſt, &, ſi vnus tantum ſit in vtero, licet per naturam plures naſci poſſint, ex parte dimidia hæres eſt. *l. cum quidam.*30.*§.ſuum.*6.*de acquir.hæred.* Quamuis inter hunc caſum, & qui hoc §. tractatur hoc interſit, quod nemo hominum ſcire poſſit, an vnus, an plures in vtero ſint: ſed an Titius Conſul ſit vel fuerit, vel an rex Parthorum viuat, licet contrahentes ignorent, alij tamen ſcire poſſunt & ſciunt, idque eſt, quod ait Iuriſconſultus *in l. reſpiciendum.*38.*de rebus credit.* reſpiciendum eſſe ad id, quod quantum hominum in natura ſit, ſcire poteſt: cæteroquin contra *d.l.*30.§ 6. *de acquir.hæred.* obſtare videntur, *l.ſed & ſi.*28.§.*vltim. de iudic.* vbi licet vnus tantum in vtero ſit, quia tamen plures & ad ſummum tres *arg.l.3.in fin.ſi pars hær.pet.* naſci poſſent, dicitur, filium non dimidiam, ſed tantum quartam debitoribus petere poſſe. Non ſatis hac in re Iuriſconſultis conueniſſe apparet ex *d.l.*30.§.6. vbi refertur diuerſa Iuliani ſententia, ſed dici poteſt, ſpeciale eſſe, vbi ad iudicem venitur, & de probatione quæritur, qui interim dum res adhuc incerta eſt apud partes, ſententiam ſecundum id, quod in natura certum eſt, ferre non poteſt: quo etiam referendum eſt, quod tractatur *in d.l.3.in fin. de petit. hæred.* & adeo interim medium aliquod in eiusmodi terminis eligendum eſt: Et hic locum haberi poteſt, quod eſt *in d.l.*28.*in fin. de iudic.* non quod in rerum natura certum eſt, ſed noſtram inſcientiam reſpiciendam eſſe: ne aliàs pugnet cum *d.l.*30.§.6.*de acquir. hæred.* cum *d.l.*38.*de rebus credit.* & cum *h. noſtro* §. Etenim & in noſtris terminis, ſi ad iudicem eatur, dum res adhuc ipſi incerta eſt, an videlicet Mæuius viuat necne, non poterit ille pro alterutra parte ſententiam ferre: licet per ſe verum ſit, aut nullam, aut validam eſſe ſtipulationem; & proinde neceſſario expectandum eſt, dum de veritate conſtet: quo reſpectu admitti poteſt, quod Hottomannus tentat, videri ſtipulationi diem ineſſe, dum veritas inquiratur: vtique enim interim inhibenda erit actio: cæteroquin ſi rei veritatem in ſe conſideramus, fatendum erit (ſi ita res ſe habet) & ceſſiſſe diem & veniſſe, & omnino puram eſſe obligationem: quod etiam hic & alij ſupra citati textus eueniunt, qui negant differri obligationem omnino: quæ ſane in effectu differtur cum obligatio diem habet.

Et recte Iohan.Faber hic ait, ſtatim poſſe agi, & ſaltem poſt in iudicio terminum ad probandum peti: nec adeo poterit actor repelli per exceptionem: nec tempus duplicabitur,

tur, nec ex ratione iuris veteris cauſa cecidit actor. Ex quo apparet non recte comparari hunc caſum cum caſu *l 28. in fin. de iudic.* Et omnino ibi tractatur de eo, quod reuera præſens & præteritum non eſt, ſed adhuc futurum eſt: vbi merito in ſcientia noſtra attendenda eſt, non natura rerum, cui omnia futura quoq; certa ſunt: at quæ iam ſunt aut præterierunt, ea non tantum per rerum naturam certa ſunt, ſed etiam hominibus licet non omnino omnibus.

TEXTVS.

7. Non ſolum res in ſtipulatum deduci poſſunt, ſed etiam facta: vt ſi ſtipulemur aliquid fieri vel non fieri: & in huiuſmodi ſtipulationibus optimum erit, pœnam ſubiicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, ac neceſſe ſit actori probare, quod eius interſit. Itaque ſi quis, vt fiat aliquid, ſtipuletur, ita adiici pœna debet, ſi ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem dare aureos ſpondes? Sed ſi quædam fieri, quædam non fieri vna eademque conceptione ſtipuletur quis, clauſula huiuſmodi erit adiicienda: Si aduerſus ea factum erit, ſiue quod ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes?

COMMENTARIVS.

1. *Pœnalis ſtipulatio.*
2. *An nouet obligationem.*

IN ſtipulationem veniunt & facta & res: *h. §.* ſpecialius verbo Rei ſumpto: quod alias & facta comprehendit, vt in definitione obligationis ſupra *tit.* 14. niſi quis reſpondeat, in locum facti ſuccedere intereſſe. At vtique factum eſt in obligatione & eius præſtatione contingit liberatio. Ergo ſtipulationes ſunt, vel de dando, vel faciendo, *l. 2. in prin. h. tit.* vbi rurſus Dare, aut ſumitur latius, aut verbum facere: nam & verbi cauſa, venditor recte promittit tradere fundum, qui tamen non obligatur ad dandum: aut an tum mutatur qualitas obligationis venditi, arg. *l. 25. §. 1. de contrah. empt.* ſed magis contra eſt, per *l. 4. de vſuris.* & vtique alia ratio eſt facti, foſſam fodere, Romam ire, quam eius facti, quod in traditione rei conſiſtit: quod Interpp. factum prægnans appellare ſolent. Et eſt inſignis effectus huius differentiæ: quod ad illud genus facti, vt res tradatur, recte agitur, veluti ex empto: ſed non itidem ad hoc genus, quod in nuda opera conſiſtit: verum hic, ſi debitor non faciat, per moram inducitur à iure tacita quædam nouatio & obligatio ad inte eſſe, quod ita cui tatur, ſi ante litem conteſtatam reus factum præſtet, vt docet *l. ſi inſulam. 84. h. tit.* & olim probaui *ad Tract. de verbor. obligatio. theſ. 1.*

Et de huiuſmodi genere factorum hic agi à Iuſtiniano: vt hinc apparet, quod monet, vt ſtipulationi ſuper faciendo ſubiiciatur pœnalis ſtipulatio: quoniam cum nemo ad præciſe id faciendum cogi, nec extorqueri hoc poſſit ab inuito, hoc ipſum, quod dixi conſtitutum eſt, vt ad intereſſe teneatur reus: cuius probatio cum & ſit difficilior, & factorum æſtimatio non vna, ſed varia ſit, & Iudex fere minoris id æſtimare ſoleat, veluti docet *l. vltim. de prætor. ſtipul.* hoc modo ſibi conſulit creditor, ſi in caſum non præſtiti facti ſubiiciat pœnalem ſtipulationem: quæ ita appellatur, quod in ea ſumma quam continet ſtipulatio poſterior, poteſt plus contineri, quam fuiſſet alias creditor conſecuturus, & quia per hanc ſtipulationem aſtringitur promiſſor inſtar cuiuſdam pœnæ, vt factum præſtet; cæteroquin eo ſenſu, quo pœnæ dicuntur irrogari delictis, iſtud non eſt pœna, ſed magis eſt æſtimatio quædam eius, quod intereſt, in cuius locum ſubrogatur:

qua de cauſa ab Interpp. vulgo intereſſe conuentum appellatur: Et ex ratione h. §. iſta æſtimatio eſt partibus permiſſa, & iure exigitur, licet forte tanti non interſit: neque enim iam amplius quæritur, an interſit, ſed an tantum pœnæ nomine promiſſum ſit: modo ne in legis fraudem quid fiat: quod præſumitur fieri in obligationibus, ex quibus alias actio propria competit, ex vſuræ vel vetitæ, vel certa quantitate limitatæ ſunt: itaque traditio vera & vulgata eſt, quod huiusmodi pœnales ſtipulationes in mutuo improbentur, tamquam factæ in fraudem vſurarum *arg. l. cum allegas. 15. C. de vſur.* Et recte Doctores communiter præſumi dicunt fraudem, ſi ſtipulatio pœnalis ſit adiecta debito quantitatis: quoniam hæc certa eſt. Subiici autem debet pœnalis ſtipulatio propter incertitudinem debiti, quod conſiſtit in facto. Illud vulgatum eſt, quod hic dum facta dicit Iuſtinianus etiam intelligit, *Non facere*, & quæ in non faciendo conſiſtunt, vt ſubſit. §. *fac.* §. *ſi vxor. ſup. de nupt. l. 2.* §. *li.* 5. *h. t.* alias iſta opponuntur *l. vbi* 75. §. *qui id.* 7. *h. t.*

De formula concipiendæ pœnalis ſtipulationis res ſatis liquide hic proponitur, & à Iuriſconſultis *in l. cum quod.* 71. *& in l. continuus.* 137 §. *pen. h. t.*

Illud autem quæſtionem habet non inelegantem; an per pœnalem ſtipulationem ſubiectam, prior obligatio & ſtipulatio nouetur. Et hodie non fieri nouationem citra expreſſam conuentionem & partium voluntatem, conſtitutum eſt *in l. vltim. C. de nouationibus.*

Sed nec olim factam nouationem verius eſt, cum nulla ſit ſolida ratio & coniectura, ob quam dicamus, partes omnino ab obligatione priore recedere voluiſſe, & poteſt in argumentum hic locus induci, ſi malit ſtipulator perſequi intereſſe, nec refugiat difficultatem probationis, quominus id faciat non impediri: Et aperte Iuriſconſultus *in l. reſcriptum, 10.* §. *1. de pactis.* oſtendit licet ſubiecta pœnali ſtipulatione obligationem priorem ſaluam manere. Nec obſtat *l. obligatio-num. 44.* §. *vlt. de oblig. & actio.* vel quia dicitur quaſi nouatio fieri: vel quia nouatio illa non fit ſtatim per ſubiectam ſtipulationem, ſed magis per moram in non faciendo commiſſam; poſt quam ſicut nulla ſtipulatione pœnali ſubiecta, ad intereſſe, ita hic ex ſtipulatione ſubiecta agitur ad pœnam: de quo plenius videndi Dd. *in d. l. 10.* §. *1. de pact. & in d. l. 44. de oblig. & act.*

AD TITVL. XVII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE DVOBVS REIS STIPVlandi & promittendi.

TEXTVS.

Et ſtipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri poſſunt. Stipulandi ita: ſi poſt omnium interrogationem promiſſor reſpondeat, ſpondeo: vtputa: cum duobus ſeparatim ſtipulantibus ita promiſſor reſpondeat: vtriq; veſtrum dare ſpondeo. Nam ſi prius ſpoponderit Titio, deinde alio interrogante ſpondeat, alia atq; alia erit obligatio: nec creduntur duo rei ſtipulandi eſſe. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Mæui, decem aureos dare ſpondes? & Sei eoſdem decem aureos dare ſpondes? Si reſpondeant ſinguli ſeparatim, ſpondeo.

COMMENTARIVS.

1 *Reus quis dicatur.*

QVoniam ſingularia quædam occurrunt in duobus vel pluribus correis eiusdem obli-

obligationis, viſum fuit Iuſtiniano ſeparatim de his agere. Rei autem verbum hic Iuriſconſulti noſtri vſurpant, vt etiam creditorem comprehendat, tum hic, tum & alibi, vt *in l. ſi duo. 34. in pr. de recept. arb.* & eodem ſenſu, reus ſatis accipiendi *in l. qui hominem 34. §. quidam. 8. de ſolut.* & ita videtur ſumi verbum *Reorum, in l. 5. verſ conuentionales. de verb. obl.* Et hoc non ſine antiquitatis autoritate. Circer. 2. *de orat.* Reos appello, inquit, quorum res eſt: & *eodem libro ſuperius:* Reos appello non eos modo, qui arguuntur, ſed omnes quorum de re diſceptatur: ſic enim olim loquebantur. Feſtus. Reus ſtipulandi eſt, qui ſtipulatur: & ſtatim. Reus nunc dicitur, qui cauſam dicit, aut quid debet: at Gallus Ælius ait, Reus eſt, qui cum altero litem conteſtatam habet, ſiue is egit, ſiue cum eo actum eſt. Docet autem *h. pr.* Iuſtin. quomodo Rei ſtipulandi & promittendi conſtituantur. Nimirum ſi nuda verba conſideramus, vbi duo debẽt, vel duobus debetur, ſemper ſunt duo rei debendi aut credendi, verum alio ſenſu hic duo rei dicuntur, & pro duobus CONREIS, qui non duas ſeparatas obligationes, ſed vnam tantum contraxerunt, vt dicitur *in text. ſeq.* Itaq; requiritur etiam quædam vnitas in ipſa forma ſtipulationis, iuxta formulam hic propoſitam: vt nimirum duobus rogantibus, vna oratione quis reſpondeat ſe daturum: quomodo fiunt duo rei ſtipulandi, vt promiſſor ſingulis in ſolidum obligetur. Rurſus, vt vni eadem oratione duos roganti reſpondeat illi duo ſe daturos: quomodo fiunt duo rei debendi, ita vt ſingulos in ſolidum obligatos habeat ſtipulator. Et ſunt iſta autem ita accipienda, vt his præcipue modis duos correos conſtitui, & ex ipſa formula ſtipulationis intelligamus: cæteroquin minime admittendum eſt, ſi hæc ita præciſe obſeruata non ſint, non poſſe eſſe duos correos. Nam ſi quis ſtipulanti decem aureos ſpoponderit ſe daturum; & poſt alteri interroganti EOSDEM itidem reſpondeat, ſe *eosdem* daturum, non dubitatem eſſe duos Reos ſtipulandi; & tum vel maxime, ſi hoc actum ſit, vt ſint duo Rei, per *l. 3. in fin. prin. h. t.* Rurſus minime præciſe neceſſarium crediderim ad conſtitutionem duorum Reorum promittendi, vt ſtipulatio vel interrogatio vna oratione concepta ſit: ſed ſufficere etiam ſingulos ſeparatim rogatos, reſpondiſſe ſe daturos: ſicuti nec hoc neceſſum eſt, vt vterq; reorum promittendi, eodem quaſi puncto temporis reſpondeant, & interuallum inter vtriusq; reſponſionem non nocere docet *l. ſi ex 12. in pr. h. t.*

TEXTVS.

1. Ex huiusmodi obligationibus & ſtipulationibus, ſolidum debetur ſingulis, & promittentes ſinguli in ſolidum tenentur. In vtraq; tamen obligatione vna res vertitur, & vel alter debitum accipiẽdo, vel alter ſoluendo, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

COMMENTARIVS.

DIximus hoc modo, qui proponitur *in pr. tit.* non duas diſtinctas obligationes, ſed vnam tantum conſtitui: id apertius probatur *h. §. & l. 2. h. t.* & nimirum, quod licet plures ſint perſonæ tamen in ſingulis obligatio in ſolidum actiue & paſſiue conſiſtat, & proinde Iuſtinianus duplicitatem perſonarum & formam externam reſpicit, dum ait, *in vtraque ſtipulatione.* reuera enim & effectu conſiderata tantum eſt vnica: ſed cum vtique verbi cauſa, duo promiſerint, & vterque ſeorſim conueniri poſſint, oportet etiam duas hic conſiderari obligationes, quomodo & appellantur *in l. eandem. 9 §. vlt. & in l. ſi reus. 13. h. t.* ſed quæ tamen ſint eiusdem poteſtatis *dd. textibus.* & vt dixi, effectu, pro vna; Ex quo duo effectus conſequuntur, qui *h. §. & d. l. 2.* notantur. 1. vt quisque teneatur in ſolidum, & in ſolidum obligatum habeat reum promittendi. Vbi tamen communiſſime receptum eſt, ab iſto iure eſſe receſſum, per *Nou. 99.* & per eam correis debendi, beneficium

diuiſionis eſſe conceſſum. 2. vt per vnum ex correis credendi vel debendi, tota obligatio (quippe quæ penes ſingulos in ſolidum eſt) perimi, conſumi, & tolli poſſit. Enimuero cum obligatio in ſolidum & effectu vna in ſingulorum perſona conſiſtat; & vna res debeatur, neceſſum eſt, vt præſtita hac re per vnum ex correis debendi, tota obligatio conſumatur, & alter quoque correus liberetur. Et vice verſa, cum quis correorum credendi ius in ſolidum quæſitum habeat, efficitur, vt ille & in ſolidum ſolus agere, debitum exigere, & accipere, atque ita totam obligationem conſumere poſſit. *h. §.* non minus quam ſi omnino ſolus obligationem contraxiſſet. Vbi omnino errant, qui putant hoc tantum procedere, ſi debitum acceptum ſit: cæterum per litis conteſtationem ab vno factam, necdum alterum eſſe excluſum.

Etenim cum ſolidum agenti debitum fuerit, & ſuper ſolido is actionem inſtituerit, & ſolidum in iudicium deduxerit, fieri non poteſt, vt alteri integrum ſit ius agendi. In vtroque autem caſu, & vbi an correus credendi exegit totum, & vbi vnus correus debendi ſoluit totum, tractant Dd. tum an ille, qui totum exegit, partem cum altero correo communicare teneatur; tum an correus, qui totum ſoluit, à correo, cui iſta ſolutio ad liberationem profuit, partem repetere poſſit. Et quæſtiones iſtæ ſunt diffuſiores, quam vt hic tractari debeant. In priori ſane magis in promptu eſt negare extra caſus ſingulares, quos tractat Bartolus *in l. reos. 11. h. tit. num. 9.* quem ſequitur Weſembec. *in parat. h. t. num. 7.* In poſteriori communius receptum eſt, ex æquitate contra correum pro parte dandam eſſe actionem *l. 2. h. tit.* quamuis contra hanc ſententiam latiſſime diſputet Ant. Fab. *lib. 11. coniect. c. 1. & multis ſeqq.* ex ſtricta iuris ſummi ratione.

TEXTVS.

2. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem, vel ſub conditione obligari poteſt, nec impedimento erit dies, aut conditio, quominus ab eo, qui pure obligatus eſt, petatur.

COMMENTARIVS.

VT ſint duo correi, oportet rem vnam eſſe in obligatione *l. ſi id 15. h. tit. & § praeced.* vt autem omnino vtrobique eadem ſit obligationis qualitas, neceſſe non eſt, vt docet hic locus, & *l. ex duobus. 7. h. t.* ſicut nec impedit conſtitutionem duorum reorum, diuerſitas locorum in quibus ſoluere promiſerunt. *l. eandem. 9. §. vltim. h. tit.* Et cur igitur impedit, ſi verbi cauſa conuentum eſt, vt alter culpam præſtet, alter non præſtet? *l. eandem. 9. § 1. h. t.* vbi hæc dicitur impar obligatio, quæ non poſſit eſſe in duobus Reis, videatur autem & impar eſſe, vbi altera pura, altera conditionalis eſt obligatio, Iohan. Faber hanc rationem reddit, quod hoc caſu facile reducantur res ad paritatem aduentu diei, vel exiſtentia conditionis: ſed imparitas de qua *in l. 9. §. 1. h. t.* ſit perpetua. Et omnino culpam præſtare, vel non mutat omnino qualitatem obligationis, vt vnus ſtrictius altero teneatur: quod non facit conditio, quæ exiſtens eadem plane obligatione, alterum quoque conſtringit. Agit autem *h. t.* Iuſtin. de duobus correis, qui conſtituuntur ſtipulatione, qui principalis & facilior modus eſt cõſtituendi duos correos: cæteroquin ex cauſa aliorum quoque contractuum, etiam realium, poſſe conſtitui duos Reos, docet *l. eandem. 9. h. t.* quo poſſit videri reſpexiſſe Iuſtin. dum *in §. 1.* vtitur verbo generali, *obligationibus.* quamuis videatur id ſtatim explicare per verbum *ſtipulationibus.* Sed Cuiacius, Contius & Hottom. malunt, *ſtipulantibus.* nimis ſuperſtitioſe, & friuolo argumẽto, quod Theoph. ſcribat τῶν ἐπερωτώντων ἑκάστῳ, nec enim verba Iuſtiniani eadem reddere propoſitum fuit Theophilo: & legendum eſſet,

eſſet, *ſtipulantibus ſingulis*, non, *ſtipulantibus ſolidum ſingulis*. Illud facilius admitto, vt in *d.§.1.* pro *tamen* legatur *enim*. eſt enim quædam *αἰνεολογία*, ſumta ab vnitate rei, quomodo & apud Theoph. exſtat.

AD TITVL. XVIII. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE STIPVLATIONE ſeruorum.

TEXTVS.

Seruus ex perſona domini ius habet ſtipulandi. Sed & in plerisque hæreditas defuncti vicem ſuſtinet: ideoque quod ſeruus hæreditarius ante aditam hæreditatem ſtipulatur, adquirit hæreditati, ac per hoc etiam poſtea facto hæredi adquiritur. Siue autem domino, ſiue ſibi, ſiue conſeruo ſuo, ſiue imperſonaliter ſeruus ſtipuletur, domino adquirit. Idem iuris eſt & in liberis, qui in poteſtate patris ſunt, ex quibus cauſis adquirere poſſunt. Sed cum factum in ſtipulatione continebatur, omni modo perſona ſtipulantis continetur, veluti ſi ſeruus ſtipuletur, vt ſibi ire agere liceat: ipſe enim tantum non debet prohiberi: non etiam dominus eius.

COMMENTARIVS.

ELeganter *princ huius tit.* expreſſit Theoph. hic *οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες, ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται.* ex quorum etiam perſona inſtituuntur, de quo *ſup. lib. 2.* dictum. Niſi enim in perſona ſerui ſubſiſtere poteſt, ſed ſtatim adquiritur domino: & tanto magis opus eſt, vt perſona domini attendatur, quod ſtipulatio contractus eſt iuris ciuilis. Vt tamen hoc non obſtante naturalis obligatio inter ſeruum, & qui cum eo contrahit naſcatur *l. ſerui 14. de obl. & act.* (hic autem de ciuili obligatione quæritur) vbi inſuper additur, liberari, qui ſeruo manumiſſo pecuniam ſoluit: quod intelligendum eſt, ſi obligatio ſit ex cauſa peculiari, & peculium ſeruo manumiſſo relictum eſt *arg. l. ſi ſeruus 32. in pr. de ſolut.* cæteroquin in præiudicium domini, cui ex contractu ſerui obligatio & actio quæſita eſt, ſolutio fieri non poteſt: aut intelligam *d. l. 14.* ſimpliciter de effectu ſolutionis, quo ad tollendam naturalem obligationem: nec enim ibi tractatur de iure & præiudicio domini.

Sed & hæreditas.] Ratio dubit. quia dixerat ex perſona domini ſeruum ſtipulari: & reſpondet, quod hæreditas ſuſtineat vicem defuncti & ita domini: de quo diximus *ad §. ſeruus etiam 4 ſup de hæred. inſtit.* quomodo hæreditas aut defuncti, aut etiam hæredis futuri perſonam ſuſtineat. Addit autem Iuſtin. *in plerisque.* nam & quædam cum defuncto expirant, & quæ facti ſunt, ea repræſentare hæreditas non poteſt: ex quo negatur vlla poſſeſſio eſſe in iacente hæreditate *l. 1. §. Scæuola, ſi is, qui teſt. lib.*

Siue autem domino.] Quatuor modos ſtipulandi proponit, in formula & verbis ſtipulationis quibus vtitur ſeruus, imperſonaliter, *centum dare ſpondes?* & perſonaliter: quod fit tripliciter, vt vel ſibi, vel domino vel conſeruo, ſtipuletur, qui in eiuſdem domini eſt poteſtate, *l. ſiue mihi 15. h. t.*

Idem in liberis.] Eadem enim eſt ratio propter ius poteſtatis *l. quodcunque 45. in pr. de V. O. in pr. infr. Quod cum eo qui in al. pot.* Addit autem Iuſtin. *ex quibus cauſis adquirere poſſunt.* nam in ſeruis nulla eſt diſtinctio peculij: ſed eſt in liberis, vt tractatum *ſup. lib. 2. per quas perſ. adquir.*

Sed cum factum.] Speciem hoc exceptionis habet ad *pr. tit.* quaſi hic ſtipulatio in perſona ſerui ſubſiſtat. At enim reuera exceptio non

 eſt:

eſt: & nihilominus ex perſona non ſerui ſed domini ſubſiſtit ſtipulatio: & ſi ſeruus prohibeatur ire agere, domino cuius intereſt, actio datur. Itaque hactenus ſaltem perſona ſerui ſpectatur, vt ipſe facti citius exercitium habeat, iuxta mentem promiſſoris, *fac. l. ſtipulatio* 38. §. *hi qui* 6. *cum* §. *ſeq. de V.O.* & hoc ſenſu, quæ facti ſunt, tranſire in dominum negantur *l. qui heredi* 44. *in pr. de cond. & demonſtrat.* Atque ita procedit, ſi diſerte ſeruus factum eundi agendi ſit ſtipulatus. Quod ſi enim ſeruitutem ipſam veluti iter, actum, in ſtipulationem deduxerit, verius eſt ius ſeruitutis & conſequenter eundi quoque & agendi ipſi domino adquiri, vt notat hic Acc. & probatur *ex l. ſi communis* 17. *h.t.* Recte igitur ſtipulatur ſeru tutem ſeruus ad fundum domini. *d.l.* 17. non tamen recte ſeruitus talis ſeruo legatur *l. etſi* 5. *de ſeru. leg.* vbi additur ratio, quod nihil poſſit recte legari ſeruo, quod non ipſe liber capere poſſit, *l. debitor* 82. §. 2 *de legat.* 2. cuius porro ratio eſt: quod id demum vtiliter legatur, cuius d es in quemcunque euentum vtiliter cederet. Atquin quod legatur ſeruo, ipſi ſeruo præſtandum eſt, ſi is die cedente eſſet liber: poteſt autem ante diem cedentem ſeruus liber fieri, in quem caſum legatum ſeruitutis eſſet inutile. Et hinc, quod factum inhæret perſonæ ſerui, pendet ratio ad *l. antepen. h.t. l. ſeruus* 10. *de oper. libert* quod ſeruus à liberto domini ſui non poteſt ſibi ſtipulari operas, ſed ſtipulatio eſt inutilis: quoniam hæ operæ ſeruo præſtari non poſſunt. Et hinc limitandum eſt, quod paulo ante dictum eſt, nihil intereſſe an ſeruus imperſonaliter an domino an ſibi ſtipuletur: vt procedat in terminis habilibus, ſiquidem à liberto domini ſeruus imperſonaliter aut adiecta perſona domini vtiliter ſtipulatur *d. l. antepen. h.t.* Illud perſpicuum eſt quod de facto hic dicitur, intelligi de facto, quod eſt explicandum per perſonam ſerui, ſecus ſi ſit explicandum per promiſſorem, veluti ſi ſeruus ſtipulatus ſit, domum ædificari, quæ ſtipulatio tota adquiritur domino, quod hic Angel. notat.

TEXTVS.

Seruus communis ſtipulando vnicuique dominorum pro portione dominij adquirit: niſi iuſſu vnius eorum, aut nominatim alicui eorum ſtipulatus eſt: tunc enim ſoli adquiritur. Quod ſeruus communis ſtipulatur, ſi alteri ex dominis adquiri non poteſt, ſolidum alteri adquiritur: veluti ſi res quam dari ſtipulatus eſt, vnius domini ſit.

COMMENTARIVS.

IN ſeruo communi ſinguli dominorum habent partes non corpore diuiſas, ſed intellectu & pro indiuiſo: itaque vnus duas, alter tertiam partem in ſeruo habere poteſt, pro quibus partibus etiam dominis adquirit *h.* §. *& l. ſeruus* 5. *& l.* 7. *h.t.* Idque ita ſi imperſonaliter aut ſibi proprio motu ſtipuletur, & res non in ſpecie vnum concernat, & itidem vtrique dominorum adquiri poſſit. Quod ſi enim iuſſu domini vnius, aut vni nominatim ſtipuletur, huic totum adquiritur. Ita in vniuerſum caſus quattuor ſunt, quibus ſeruus communis vni dominorum ſolidum adquirit, ſi iuſſu vnius, ſi vni nominatim, ſi ex re vnius (qui caſus hic omiſſus ſupplendus eſt ex *l. ſi alienus* 19. *h.t.*) & ſi rem quæ vni tantum adquiri poteſt, ſtipuletur. Adeoque fit hoc vel propter rei aut cauſæ aut formulæ ſtipulationis conditionem & qualitatem. Sub cauſa enim comprehendo duos caſus, ſi ex re vnius, & ſi ex iuſſu vnius ſtipuletur. Rurſus extra iſtas cauſas adquirit pro dominicis portionibus ſeruus, ſi imperſonaliter aut ſibi ſtipulatus ſit: cæteroquin ſi ſub propriis nominibus ſtipulatus fuerit dominis, pro virilibus portionibus non dominicis ſingulis adquiri reſponſum eſt in *l. ſi communis* 37. *h.t.* Et quod hic de dominis veris & plene dominis dicitur proportionaliter etiam transferendum eſt, ad eos qui pro domi-

dominis habentur, veluti qui hominem liberum aut ſeruum alienum poſſident fide bona, itemque ad eos qui ſolum vſumfructum in ſeruo habent, qui, ſolummodo ex operis ſeruorum adquirunt & ex re ſua; iuxta tradita *ſup. ad tit per quas perſ. adquir.* Ait Iuſtin.

Niſi iuſſu vnius.] Si ſecutus iuſſum domino iubenti nominatim ſtipuletur ſeruus res non habet dubium: Sed & ſi iuſſus ab vno impersonaliter aut ſibi ſtipuletur ſeruus, verum eſt ſoli ei qui iuſſit, adquiri *l. ſeruus 5. in fin. h. t.* quoniam alias nihil operaretur iuſſum, & etiam citra iuſſum, ſi ſeruus vni nominatim ſtipuletur, huic ſoli adquiritur: ſunt autem duo diſtincta membra, iuſſu vnius ſtipulari, & nominatim vni ſtipulari, & tantum operatur iuſſum per ſe, quantum ſi citra iuſſum vni nominatim ſeruus ſit ſtipulatus. Sed quid ſi ſeruus contra iuſſum domini alteri domino nominatim ſtipulatus fuerit, vni adquiretur, & cuius potior ratio habebitur, an iuſſionis an nominationis? Tractat hunc caſum Iuſtin. in *l. vlt. C. per quas perſ adq.* ſed ita vt manifeſte ſibi contradicere videatur. Nam in prin. ait potiorem debere eſſe iuſſionis rationem quam nominationis, adiectis rationibus, ne indulgeatur malignitati ſeruorum, aut corruptioni alterius domini, qui iniquum ita ſibi captet lucrum. Sed ſtatim in *verſ. quod enim* probat potiorem eſſe rationem nominationis, quippe quæ plus, vt ait valere debeat, quam ſterilis iuſſio (vt Gothoſ. & Pac. editiones habent) vel, quam herilis iuſſio: (vt editiones vulgatæ, itemque Ruſſardi & Pariſina habent) & remouet obiectionem, quod iuſſio æquipolleat nominationi; cui reſpondet tunc id procedere, vbi ſeruus nomen vnius ex dominis non adiecerit. Quod ſi adiecerit, nominationem plus poſſe. Interp. vt hoc concilient, alij *pr. L.* ad eum caſum reſtingunt, quo dominus ex re ſua iuſſit ſeruum ſtipulari: alij ad eum caſum; quo nominatim dominus ſibi ſtipulari iuſſit. Quæ tamen verbis ipſius textus non ſatis conueniunt: maxime cum in *verſ. quod enim*, eius quod præceſſit videatur velle reddere rationem Iuſtinianus, & remouere obiectionem: quod & particula *enim* arguit: & tamen iſte verſ. plane deſtruit, quod ante dictum erat. Quæ ratio mouit Baronem *dd. tit. ſup. pr. per quas perſ. adq.* vt pro *enim* ſubſtitueret, *autem.* ſed nec ita euitantur illi ſcrupuli, & ego fere exiſtimo, locum eſſe corruptum: quem aliis ſanandum relinquo.

Si alteri ex dominis non poteſt.] Quod ad omnes dominos non poteſt pertinere, id pro ſolido ad eum cui adquiri poteſt, pertinere, veteres comprobauerunt, inquit ICtus *in l. ſi ſeruus 12. de autor. tut.* vbi in pr. proponitur exemplum ſerui qui communis eſt tutoris & Titij, & aliquam rem à pupillo autore tutore accepit: vt videlicet adquiratur ſoli Titio; quoniam tutor in rem ſuam autor fieri non poteſt. Idem eſt ſi res ſit vnius domini *h. §.* quoniam quod meum eſt mihi amplius adquiri non poteſt. Et hanc quoque ſententiam addito alio exemplo tradit ICtus *in l. proinde 7. in fin. h. t.*

AD TITVL. XIX.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE DIVISIONE STIPVLATIONVM.

TEXTVS.

Stipulationum aliæ ſunt iudiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conuentionales, aliæ communes, tam prætoriæ quam iudiciales. Iudiciales duntaxat ſunt, quæ à mero iudicis officio proficiſcuntur: veluti de dolo cautio, vel de perſequendo ſeruo, qui eſt in fuga, reſtituendoue pretio. Prætoriæ ſunt, quæ à mero prætoris officio proficiſcun-

ciſcun-

ciſcuntur: veluti damni infecti vel legatorum: prætorias ſtipulationes autem, ſic exaudiri oportet, vt in iis contineantur etiam ædilitiæ: nam & hæ à iuriſdictione prætoris veniunt. Conuentionales ſunt, quæ ex conuentione vtriuſque partis concipiuntur: hoc eſt, neque iuſſu iudicis neque iuſſu prætoris, ſed ex conuentione contrahentium: quorum totidem genera ſunt, quot, pene dixerim, rerum contrahendarum. Communes ſunt, veluti rem ſaluam fore pupillo: (nam & iubet prætor, rem ſaluam fore pupillo caueri, & interdum iudex, ſi aliter res hæc expediri non poteſt) vel de rato ſtipulatio.

COMMENTARIVS.

S*Tipulationum alia.*] Hæc diuiſio ſumta eſt à cauſa efficiente, vt apparet ex ſingularum ſpecierum deſcriptionibus. Itaque non obſtat quod in *l.1. de prætor. ſtipul.* iudiciales ſtipulationes conſtituuntur ſpecies prætoriarum: quia alio ſenſu ibi dicuntur iudiciales, non vt hic, quæ iuſſu iudicis interponuntur: ſed quæ iuſſu prætoris, huic fini, vt iudicium ſit ratum: itaque & pariter alio ſenſu communes ſtipulationes hic & ibi appellantur. Poteſt hæc diuiſio ad bimembrem dirigi, ſi dicamus, ſtipulationes interponi vel libera voluntate priuatorum: quæ ſunt conuentionales: vel autoritate iudicis verbo in genere ſumpto: & huius officio vel nobili, quæ ſunt prætoriæ, & ædilitiæ: vel mercenario, & quod ſubſeruit actioni, qui iudex dicitur pedaneus, quæ ſunt in ſpecie iudiciales, vel vtroque quæ ſunt communes. Et nimirum, ſi prætor ex cauſa aliquando ipſe cognoſcat, cautionem ipſius iuſſu interpoſitam iudicialem magis eſſe dixerim: quia fungitur quodammodo partibus iudicis pedanei, dum ipſe de cauſa cognoſcit & pronuntiat.

Iudiciales, quæ à mero.] Apparet ex deſcriptione communium, iudiciales eſſe, quas ſolus iudex & numquam prætor ex officio iubet præſtari: Et itaque ſi fides habenda Iuſtiniano hic & ICto *in l.5. de verb. oblig.* oportet, vt cautionem & ſtipulationem de dolo numquam prætor iuſſerit præſtare. Iſtius cautionis de dolo vſus fuit præcipue, cum reus ante ſententiam rem petitam offerebat: quo caſu cum eſſet abſoluendus *§. vlt. infr. de perp. act.* petente actore cogebatur promittere dolum malum abeſſe, quem circa rem commiſſam petitor ſuſpicabatur. Sed & poſt ſententiam ei cautioni fuiſſe ex cauſa locum, docet *l. ſi poſt 18. de rei vindicat.* Et huc etiam pertinet ſpecies *l. & eleganter 7. §. non ſolum 3 de dolo mal.* ex quo exemplum deſumpſiſſe videtur Theophil. De cautione perſequendi ſerui tractatur *in l. ſi à bono 21. de rei vind.* vt eum adeptus reſtituat, aut precium præſtet, vt hic additur & plenius Theoph. explicat.

Prætoriæ ſunt.] Refert duo exempla, Cautionis quæ præſtatur de damno infecto, & ſuper legatis præſtandis: de qua re ſunt integri tituli: *vt legat. nom. cau. & de damn infect.* ſuper quibus quaſi per modum actionis prætor implicabatur, non autem ad iudicem pedaneum (cum nec vlla eſſet ordinaria actio) negotium mittebatur, *l. actiones 37. in pr. de O. & A.*

Vt etiam ædilitiæ.] Ita & ſupra in *§. prætorum 7. de iur. nat.* ædilitia edicta fecit partem iuris honorarij, non prætorij: differunt enim vtique prætores & ædiles: itaque recte Hottom. Cuiac. Cont. Ruſſardus, Baro, verbum *prætoris* hic delendum, & legendum cenſent: *nam & hæ à iuriſdictione veniunt*: quod ſcil. autoritate magiſtratus & iuriſdictionis conceſſæ prætores & ædiles Edicta proponebant & defendebant: niſi quis à potiori, iuriſdictionis prætoriæ mentionem factam putet, quo ſenſu recte dicitur, ſub prætoriis contineri & ædilitias: cæterum vox *prætoris* abeſt & à *l. 5. de V. O.* imo Theoph. diſerte ſcribit, venire à iuriſdictione ædilium: quod ſocordia interpretis & noui editoris non aduertit. Porro vt hoc

Digitized by Google

vt hoc addamus ex ratione iuris veteris facilis fuit diſtinctio ſtipulationum iudicialium & prætoriarum, non ita & hodie, poſtquam ipſi audiunt cauſas magiſtratus, nullo dato amplius iudice pedaneo. Sed hinc arbitror diſtinguendas, an ſtatim in principio litis an poſt litem conteſtatam debeant præſtari. Quod enim prætor ex officio nobili fieri iubebat, id vtique fiebat nulla lite conteſtata: ſicut ex aduerſo, quæ iudex fieri iubebat, non niſi poſt litem cont. fieri poterant, & proinde cautiones iudiciales, ante lit. cont. locum non habebant. Aut dicam magiſtratus aut conſiderari, qua tales, aut qua vicem pedaneorum iudicum ſubeuntes, dum ſcilicet ipſi cognoſcunt de cauſis. Sed & differentiam faciunt ipſa negotia, ſiquidem petitio cautionis legatorum, aut damni infecti, talis eſt, vt litis conteſtationem nullam deſideret.

Conuentionales.] Has *in l.5. de verb. oblig.* IC. ait eſſe ex conuentione *reorum*, quod verbum accipere videtur eo ſenſu, quo ſup. *de duob. reu* &c. Iuſtin. repoſuit, *vtriuſque partis*. Ab hac differentia, quod hæ ex arbitrio partium, illæ ab autoritate ſuperioris pendent, profluit & altera, quod conuentionales pactis variari pro vt videtur contrahentibus poſſunt, at non illæ, ſed forma quam ipſe prætor dedit, ſeruanda eſt, vt docet *l. in conuent. 52. de verb. oblig.*

Communes ſunt.] Hoc genus communium, quod & prætoris & iudicis iuſſu & officio interponantur, ſane ad ſpecies & exempla ſubiecta non eſt ſynonymum, ſed πρὸς τι magis. Nam regulariter & cautio rem pupilli ſaluam fore, & de rato in iure & iuſſu prætoris qui conſtituit tutorem & iudicem dat, interponuntur: Itaque cum ex potiori & eo quod regulare eſt, res quæque æſtimanda ſit, potuiſſent ſane iſta ſub ſtipulationes prætorias referri, quæ non niſi ſingulari caſu pertinent ad officium iudicis pedanei. Et illa rem pupilli ſaluam fore, ſi in iudicio incidenter controuerſia pupillaris inciderit: vel forte debitor conuentus à tutore, antequam ſoluat, vt tanto ſecurior ſit, hanc cautionem à tutore flagitat. De cautione rati controuerſiam video moueri, & Cui. notat, verba illa, *vel de rato ſtipulatio* alicui abeſſe. Weſembecius mauult legi, *vel duplæ ſtipulatio*, quam inter communes refert IC. *in l. 5. de verb. obligat.* ſed perinepto vtitur argumento Weſemb. quod *in l. 1. de prætor. ſtipul.* cautio de rato referatur inter iudiciales. Equidem ibi dicitur eſſe cautionalis: Verum vt ſupra monuimus, longe alio ſenſu ibi iudiciales dicuntur, & non à cauſa efficiente, ſed quod ad firmitatem iudicii ſpectant, quo ſenſu recte cautio rati vocatur iudicialis, potius quam cautionalis, vt recte hic obſeruauit Hottom. ſed inde quo minus & iuſſu pedanei iudicis imponi poſſit non ſequitur. Et vero quid ſi cautio iſta de rato omiſſa ſit apud prætorem, aut ſi poſt demum de vitio aliquo mandati appareat, quid ni iudex poſſit iubere, vt caueatur? Quod quidem apertiſſima ratio ſuadet. Et fruſtra quis hic obiecerit, quod procuratoriæ exceptiones non admittantur poſt litis conteſtationem, per *l. 4. C. de iuriſdict. l. 13. C. de procurat. l. ſi. iuſſam. 8. §. 2. D. eod.* id enim procedit, niſi alias ſequatur nullitas iudicii, ad quam euitandam exceptio pertinens vſque ad ſententiam opponi poteſt. Talis autem eſt exceptio contra mandatum, cuius defectus, & vbi falſus arguitur procurator, facit, vt nihil plane in iudicium deductum intelligatur, vt docet *l. licet 24. C. de procurat.* de cuiuſmodi terminis in illis textibus non tractatur. Interpp. autem vulgo hic ineptiunt, qui hanc cautionẽ ideo communem vocant, quod & ab actoris & aliquando à procuratore rei interponatur: expreſſe contra mentem Imp. qui à cauſa efficiente communem dicit, quatenus & à prætore & à iudice præſtari iubetur. Cæteroquin ignoſcendum iis eſt, ſi quid peccauerunt in hac re, cum differentiam iudicis & magiſtratus ignorauerint.

Digitized by Google

Ad Titvlvm XX.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE INVTILIBVS STIPVlationibus.

TEXTVS.

Omnis res, quæ dominio noſtro ſubiicitur, in ſtipulationem deduci poteſt, ſiue illa mobilis ſit, ſiue ſoli. At ſi quis rem, quæ in rerum natura non eſt, aut eſſe non poteſt, dari ſtipulatus fuerit: veluti Stichum, qui mortuus ſit, quem viuere credebat: aut Hippocentaurum, qui eſſe non poſſit, inutilis erit ſtipulatio. Idem iuris eſt ſi ſacram rem aut religioſam, quam iuris humani eſſe credebat: vel rem publicam, quæ vſibus populi perpetuo expoſita ſit, vt forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem ſeruum credebat eſſe, vel cuius rei non habuerit commercium, vel rem ſuam ſtipuletur quis dari. Nec in pendenti ſtipulatio erit ob hoc, quod publica res in priuatam deduci, & ex libero ſeruus fieri poteſt, & ſtipulator adipiſci commercium poteſt, & res ſua ſtipulatoris eſſe deſinere poteſt: ſed protinus inutilis eſt. Item contra, licet initio res vtiliter in ſtipulatum deducta ſit, ſi tamen poſtea in aliquam earum cauſam, de quibus ſupra dictum eſt, ſine facto promiſſoris deuenerit, extinguitur ſtipulatio. At nec ſtatim ab initio talis ſtipulatio valebit, Lucium Titium, cum ſeruus erit, dare ſpondes? & ſimilia: quæ enim natura ſui dominio noſtro exempta ſunt, in obligationem deduci nullo modo poſſunt.

Commentarivs.

1 *An promiſſo homine mortuo æſtimatio debeatur.*
2 *Hippocentaurus.*
3 ***Quid ſi ſtipulator ſolus vitium rei ignoret.***
4 ***De re propria in ſtipulationem deducta.***
5 ***Quid ſi res non ſit in commercio ſaltem ſtipulationis.***
8 ***Res ſe mouentes, ſunt mobiles.***

Poſt materiam ſtipulationis explicatam, contraria & vitia eius traduntur: ita tamen vt pleraque aliis quoque obligationibus ſint communia: quibus ipſis firmandis quia ſtipulatio adhiberi ſolet, de ſtipulatione non incommode iſta tractare viſum fuit. Et nos quoque hanc rem in ſtipulatione tractabimus.

Primum vitium ſtipulationis hoc textu proponitur ab obiecto, & re quæ in ſtipulationem deducta eſt. Cuius variæ hoc textu proponuntur ſpecies & exempla, quæ poſſunt reduci ad hæc capita: quod vel omnino non ſunt, nec futura ſunt: vel ſunt quidem, ſed extra commercium ſunt: & hoc vel omnimodo, vel ſecundum quid, & cum relatione quadam, quæ eſt vel in ipſis rebus, quę verbi cauſa, ædibus iunctæ ſunt, vel in perſona ſtipulatoris, qui vel eorum incapax eſt, vel eas iam apud ſe habet. De quibus ſigillatim videndum eſt: quoniam non omnium eadem eſt ratio, nec vbique eadem vtilitas, & circa ſingula quædam notanda & obſeruanda ſunt. Primum genus rerum, quæ nec ſunt, nec eſſe poſſunt: abit in duas ſpecies, quod vel fuerunt, ſed amplius

plius non ſunt: vel nec fuerunt quidem vnquam. Ex illarum numero eſt ſeruus mortuus, *§. 1. h. t. l. 1. §. ſi id quod 9. de ob. & act. l. ſi homo 69. de verb. obligat.* vbi videlicet nulla antea eius cauſa ſupererat actio. Quod ſi enim ſeruus mihi debitus poſt moram, vel ipſo iure & ex re (velut à fure) vel ex interpellatione contractam mortuus fuerit, recte eam deducam in ſtipulationem *l. inter* 83. *§. pen. de verb. oblig. iunct. l. promiſſor 21. in princ. de conſt. pecun.* quoniam mora perpetuat obligationem, & facit, vt etiam homo mortuus peti poſſit *l. ſi ſeruum 91. §. vlt. de verb. oblig.* Extra hunc caſum ſi ſcientes, ſtipulationem contrahant ſuper ſeruo mortuo, quæritur ab
1 Interpretibus, an ſaltem † debeatur æſtimatio: quod idem tractant, ſi res ſacra aut religioſa in ſtipulationem fuerit deducta. Et communiter recte negatur, per hunc textum, qui ſimpliciter inutilem ſtipulationem eſſe pronuntiat: non eſſet autem inutilis, ſi vel æſtimatio deberetur. Et male diſſentit Porcius hic, cuius argumenta ſunt nullius momenti. Vtitur 1. hac ratione, quod hoc textu loquatur Iuſtin. de eo, qui ſeruum putabat & credebat viuere: & mox de homine libero & re ſacra, quem ſeruum, & quam profanam eſſe putabat: Sed inepte infertur inde, fore vtilem ſtipulationem, ſi vel ſtipulans, vel vterque vitium ſciuiſſent: ſed imo Iuſtinianus ponit caſum magis dubitabilem, quo videbatur propter iuſtum errorem vtilis eſſe poſſe ſtipulatio: vt nec dubitandum ſit eſſe inutilem, vbi vitium rei non fuit ignoratum. Deinde vt Weſemb. reſpondet, hic tantum tractatur de caſibus quibus ob vitium in materia nulla eſt ſtipulatio, itaque putandum eſt ignoratum eſſe hoc vitium: Vbi autem ſciunt contrahentes, alia ratio inſuper ſtipulationem inutilem facit. Et cur non ſtipulati recta fuiſſent rei æſtimationem? & facit, quod Iuſtin. *ſup. in §. non ſolum 4. de legat.* rem quæ non eſt in commercio, legatum ſimpliciter inutile eſſe ait, vt nec æſtimatio debeatur. Ita quoque *in l. inter* 83. *§. pen. de verb. obligat.* extra caſum moræ, de quo diximus ſerui mortui ſtipulatio ſimpliciter inutilis pronunciatur, & *in l. domum 61. §. vlt. de contr. empt.* nullus hic dicitur contractus, quia vterque in dolo eſſe intelligitur. Et ita quoque reſponderi poteſt *ad l. 1. §. ſi id 9. de obligationibus, & Action.* cum & quod Accurſ. hic notat, non procedat argum. à contrario ſenſu, ſi abſurdus intellectus ſequatur.

Rerum quæ ita eſſe † non poſſunt, vt nec vmquam fuerint, exemplum refert Iu- 2
ſtinianus Hippocentaurum. Rudem vetuſtatem eos, qui primum equos domuerunt, tamquam mixtos hominibus equos crediviſſe perhibetur, & refert *Iſidorus 11. Etym. pen. in fin. & Alciat. 9. Parerg. 13.* Plinius tamen *libr. 7. cap. 3.* vidiſſe ſe refert Hippocentaurum Claudii principatu ex Ægypto allatum in melle. Sed quidquid eius ſit, iſta exerrantis naturæ monſtra curanda non ſunt, & *Cicer. 2. de nat. Deor.* quis Hippocentaurum, aut Chimæram fuiſſe putat?

Lucret. lib. 5

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in vllo
Eſſe queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta poteſtas.

Quæ autem ita non ſunt, vt ex ordine naturæ ſperentur futura veluti fructus, partus, ea quin recte in ſtipulationem deducantur, non dubitatur.

Sequuntur res, quæ exſiſtunt, ſed ſunt extra commercium, & quidem omnimodo, veluti res ſacræ, ſanctæ, religioſæ, publicæ, liber homo: & Iuſtin. *in verſ. Idem h. t.* idem iuris eſſe ait, vt nimirum inutilis ſit ſtipulatio *l. 1. §. ſi id 9. de obligat. & action. l. inter 83. §. ſacram. de verborum obligationib.* quippe ex ſtipulatione naſcitur actio & obligatio dandi *l. vbi 75. §. vlt. de verb. obl.* quo etiam omnes contractus tendunt, vt dominium aut ſaltem ius vſucapiendi in rebus adquiramus, & omnino oportet res eſſe alienabiles, cuiuſmodi hæ nõ ſunt. Et quidquid ẽt putet Porcius licet inter

ſam earum de quibus dixerat, deducta ſit. Tertia autem ampliatio hic ceſſat, & poſſe quem rem ſuam in euentum quo ſua futura non eſt, ſibi ſtipulari, expreſſum eſt, in *l. ſi rem 31. l. exiſtimo 98. de Verb. obligat.* in quo tamen non inter omnes conueniſſe, oſtendit *d. l. 41. de legat. 1. §. 2.* ibi *Secundum eos, qui emi rem meam & promitti ſub conditione aiunt.* Et mouet hic ſcrupulum *l. vſusfruct. 26. de ſtipul. ſeru.* vbi dicitur ſeruum hæreditarium, nec ſub conditione quidem poſſe ſtipulari vſumfructum, quoniam ex præſenti vires capiat ſtipulatio, licet petitio eius ſuſpenſa ſit: quæ ratio ſi generalis eſt, faciet nullam eſſe & hanc ſtipulationem de qua quærimus. Accedit, quod vulgo iactatur, in contractibus conditionem quandocunq; exiſtentem retrotrahi ad tempus contractus; quod ſi & hic admittimus, rurſus efficietur, inutilem eſſe ſtipulationem. Accedit & tertio, quæ ita arbitrij erit ſtipulatoris, an ſtipulatio valeat nec ne, dum videlicet rem ſuam alienat; quod rurſus rationibus iuris non conuenit. Quod attinet ad *d. l. 26.* ratio illa ſubiecta non nimis laxe eſt accipienda, ſed vt præſens ſtatus inſpiciatur, tum quo ad perſonam ſtipulantem tum quo ad rem promiſſam, vt ſcilicet ſit in commercio; atquin rem meam eſſe, aut non meam, eſt purum accidens, & quidem maxime mutabile & ſeparabile, propter quotidiana commercia & permutationes rerum; qua ipſa de cauſa non debet impediri ſtipulatione ſub conditione facta, quæ naturæ ipſi rerum promercalium eſt conueniens, cui accedit, quod nihil hic videtur impedimento ſtipulationi, quam quod nihil intereſt ſtipulatoris, cuius res iam eſt, quod non poteſt inferre vitium actui ipſi ſtipulationis, vt accidit in *l. 26. de ſtipulat. ſeru.* vbi tempore contractus, nec vere, nec ficte eſt perſona, cui vſusfructus adquiri poſſit. Vulgatam autem regulam illam de retrotractione nihil neceſſe eſt, penitus generalem, aut vniuerſalem eſſe; & vbi vitium aliud eſt nullum, ſatis eſt vtiliter cedere diem, quod fit exiſtente conditione *leg. cedere 213. de Verb. ſignificat.* Sed ita ſane eueniet, vt exiſtente conditione poſt mortem ſtipulatoris, hæres, licet tum res non ſit eius, non poſſit ex iſta ſtipulatione agere, atque ita erit iſta exceptio ad *§. penultim. infr. h. t. & ad §. ſub condit. 4. ſupr. de Verb. Oblig.* vbi dicitur hæredem agere, licet conditio poſt mortem ſtipulantis exſiſtat, cuius non aliam poſſe diximus reddi rationem, quam quod conditio retrotrahatur ad tempus contractus, ſiquidem ex ratione iuris veteris in hæredis perſona incipere obligatio non poteſt, aut an dicimus ſufficere quod viuo ſtipulatore potuerit conditio exſiſtere, vt ſpes transmittatur in hæredem, vt in *d. § 4.* loquitur Iuſtinianus: quod ſecus eſt vbi diſerte cõcepta eſt ſtipulatio poſt mortem; atque ita numquam contingere poteſt, vt obligatio incipiat in ipſorum contrahentium perſona; de quo amplius cogitandum. Denique & ad tertiam obiectionem reſpondeo, quod in arbitrium alterutrius ex contrahentib. recta & directo obligatio conferri non poſſit, ſecus ſi hoc fiat oblique: veluti ex parte promiſſoris inutilis eſt promiſſio *Dabo cum volam l. ſub hac 8. de obl. & act. l. ſtipulatio 17. de Verb. oblig.* vtilis tamen eſt, *Dabo ſi Capitolium aſcendero*, licet hoc ſit in ipſius voluntate, notat *Donell. in l. ſi quis 45. de V. Obl.* Quin & verius eſt valere ſtipulationem quæ confertur in arbitrium ſtipulatoris, vt Donell. notat in *l. 17. de Verb. oblig. Iaſon in l. centeſimis 46. §. ſi ita num. 7. eod. tit.* cui non obſtat *l. in vendentis 13. Cod. de contr. empt.* quoniam ille contractus eſt vltro citroque obligatorius, adeoque vterque etiam debitor eſt, quod ſecus eſt in ſtipulatione. Deniq; addendum hic eſt, non valere puram ſtipulationem rei ſuæ, 1. quo ad dominium, ſecus de tradenda poſſeſſione quæ penes alium exſiſtit *l. nemo 82. in princip. de Verb. oblig. l. ſi in 34. §. rei 4. de contr. empt.* 2. non valere, ſi plenum dominium & ius habeat; Ceteroquin ſi quod ius ei deſit, vtilis eſt ſtipulatio, atque ita rem quæ tantum iure & dominio bonitario, aut vtili mea eſt, recte ſtipulor, vt dominium etiam Quiritarium, aut directum conſequar, *fac. l. in bello 12. §. ſi quis 7. cum §. ſeq. de captiu. & poſtlim. reu.* notat *Iaſon in l. ſi*

rem 31. de Verb. oblig. Supereſt tandem res, quæ nõ eſt in commercio ſtipulantis: (nam quod in commercio promittentis non eſt, nihil impedit, *l. multum 34. de V. Oblig.*) & inutilem eſſe ſtipulationem traditur *h. textu & in d. l. 34.* Illud quæri poſſit an ſub conditione valeat ſtipulatio: Et magis eſt vt negandum putem, cum deficiãt rationes, quæ ſtipulationem rei propriæ conditionalem vtilem faciunt: & in primis cum hic vitium videatur eſſe in perſona, ratio *l. 26. de ſtipul. ſeru.* inutilem iſtam ſtipulationem facere videtur. Ita autem inutilis eſt ſtipulatio rei: quæ non eſt in commercio, vt nec æſtimatio debeatur, quin ſimpliciter reſpondetur, inutilem eſſe ſtipulationem; atque ita communiter ſtatuere Dd. teſtis eſt *Iaſon in d. l. multum de Verb. Oblig. num. 5.* cuius tamen rationem, quod nec naturalis oriatur obligatio, falſam eſſe puto, nec probari ex *l. 1. §. ſi id 9. de O. & Act.* quod enim de naturali ratione dicit, non ad omnes æqualiter caſus pertinet; cum nec iſtius caſus nominatim ibi fiat mentio; & non ſine ambiguitate aliqua dicitur, naturali ratione aliquid eſſe inutile. An autem & quid iuris ſit, in legato rei cuius commercium legatarius non habet, diximus ad *§. non ſolum 4. ſup. de legatis.*

Notanda eſt ex *pr. tit.* diuiſio rerum bimembris in res mobiles & ſoli, ſiue immobiles; vt appareat ſub reb. mobilibus etiam contineri res, quæ vltro ſe mouere poſſunt, quas mobiles eſſe nemo ſanus negauerit, qui vel à limine naturalem Philoſophiam ſalutauerit; & oppido quam inepti ſunt gloſſatores, qui appellatione rerum mobilium negant contineri res, quæ ſe ipſæ mouere poſſunt; quamuis non negem, hæc diſtinctim alicubi & vt diuerſa membra proponi, vt in *leg. 1. Codic. de prætor. pignor. l. vn. §. cum autem 7. verſ. exactio Cod. de rei vxor. act. l. ſi quis 49. §. & ſi 2. & ſeq. Cod. de Epiſcop. & cler. l. 2. verſ. ſed vbi quarta Codic. quand. & quibus quart. pars. leg 2. in princip. Codic. de conſtitut. pecun. leg in rebus 30. in princip. Codic. de iur. dot. Nouell. 112. c. 1. §. ab hoc §. 1. infra vi bonor. rapt.* quæ omnes recentiorum Imperat. & imo Iuſtiniani (extra *l. 2. quand. & quibus quart.* quæ Theodoſij eſt) ſunt conſtitutiones. Extat tamen eadem ſeparatio in *l. 4 Codic. fam. erciſc. & in leg. 1. in princ. de ædil. ed.* forte quia mouentia ſunt ſpecies quaſi rerum mobilium, & illorum appellatione ex mente teſtatoris tãtum animalia ſenſum habentia veniunt *l. mouentium 93. de V. S.*

TEXTVS.

1\. Si quis alium daturum facturumue quid promiſerit, non obligabitur: veluti, ſi ſpondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod ſi effecturum ſe vt Titius daret, ſpoponderit, obligatur. Si quis alii, quam ei cuius iuri ſubiectus ſit, ſtipuletur, nihil agit. Plane ſolutio etiam in extraneam perſonam conferri poteſt, veluti, ſi quis ita ſtipuletur, Mihi, aut Seio dare ſpondes: vt ſtipulatori quidem obligatio adquiratur, ſolui tamen Seio etiam inuito eo recte poſſit, & ipſo iure liberatio contingat, ſed ille aduerſus Seium mandati habeat actionem. Quod ſi quis ſibi & alij cuius iuri ſubiectus non ſit, dari decem aureos ſtipulatus eſt, valet quidem ſtipulatio: ſed vtrum ſtipulatori totum debeatur, quod deductum eſt in ſtipulationem, dubitatum eſt. Sed placuit, non plus quam dimidiam partem ei adquiri. Ei vero, qui iuri tuo ſubiectus eſt, ſi ſtipulatus ſit, tibi adquiri, quia vox tua tamquam filij ſit, ſicut & filij vox tamquam tua intelligitur in his rebus, quæ tibi adquiri poſſunt.

Digitized by Google

Commentarivs.

1 *De promiſſione facti alieni.*
2 *Alteri per alterum non quæritur obligatio: cum exceptionibus.*
3 *De iure adiecti.*
4 *Si quis alteri & ſibi ſtipuletur.*
5 *Vtile per inutile an vitietur.*

PErtinet hoc ad congruitatem quæ requiritur in ſtipulatione, vt in vtriuſque contrahentium perſonam collata ſit; ita vt quis ſe daturum facturumue promittat, & alter ſibi dari fieri ve ſtipuletur. Hinc frustra quis & nulliter promittit alium daturum facturumue: & ita quidem nulliter, vt nec ille alius obligetur, cuius conditio per alium deterior fieri nequit, nec ipſe promiſſor *h. textu in pr. l. inter 83. in princ. de Verb. Oblig.* quippe cuius perſona inſerta ſtipulationi non eſt. Et igitur ſecus erit, ſi quis vt alius det vel faciat; curaturum ſe promittat, & ita factum proprium, qui vtiq; obligatur *h. text. & d. l.* 83. quod eo pertinet, vt in tantum teneatur, quantum vt alter daret, curaturum ſe promiſit *l. ſi hæres 73. in princip. de legat.* 1. Quod tamen ſecus erit, ſi quis ſtipulatus ſit curari decem dari per *l. vlt. §. 1. de reb. cred. l. illa 67. §. 1. de Verb. Oblig.* Poſſit videri ieiuna eſſe quædam verborum ſubtilitas, & ſemper iſta interpretatio ſumi, vt qui promiſit alium daturum, intelligatur promiſiſſe ſe curaturum, vt daret, ſed nihil neceſſum fuit hanc ſumere interpretationem, cum partibus imputari debeat, quod non debito modo fuerint ſtipulati: Et cum nemo poſſit alium obligare, creditum eſt partes, aut vtique alterutrum qui promiſit, nec ſe obligare voluiſſe, qui nihil de ſe; ſed tantum de alio cauit. Et tamen non ſemper neceſſum eſt, hoc totidem verbis exprimi, vt quis ſe curaturum dicat, ſed non vno, imo multis caſibus hoc implicite actum eſſe intelligitur, vbi æquitas & conditio qualitaſque negotij id expoſcere viſa eſt, quod recte promitto, Titium pro me fideiuſſurum *l. qui autem 14. §. 2. de conſtit. pec.* Item quod pro eo, qui promiſit ſe facturum, fideiuſſor recte interuenit *l. ſi quis 56. de fideiuſſor.* qui niſi proprium factum promitteret iam diuerſum promitteret ab eo, quod eſt in obligatione principali, quod natura fideiuſſionis non patitur, vt dicemus tit. ſeq. Itaque intelligitur promittere ſe curaturum vt fiat, quod promiſſum eſt à reo principali, vt tamen ſimul & factum proprium promittat, per *l. ſicut reus 65. de fideiuſſ.* quod ſcilicet idem eſt ſpecie ſiue genere cũ eo quod debet principalis, licet non in indiuiduo. Hinc etiam eſt, quod procurator de cuius mandatu dubitatur, recte & vtiliter promittit, dominum ratum habiturum *t. t. rem rat. hab. infr. in princ. de ſatisdationibus*, vt ſcilicet intelligatur promittere ſe hoc curaturum; quoniam ſub hac cautione admittitur ad agendum nomine alieno, ſub qua cum ex ratione iuris eum admittere teneatur Reus, vtique decipi non debeat, ſed ſi dominus poſtea iterum agat ex ſatisdatione actio contra procuratorem, & fideiuſſores eius concedenda eſt; & omnino hoc promittit procurator, quod ipſe in iudicio nomine alieno agit, ratum & firmum futurum & manſurum; ſed quia per nullum alium quam per dominum rei, ſi forte procurator falſus fuit, res iterum in iudicium deduci poteſt, quaſi de facto eius agi videtur, ꝓmittat procurator, vix etiam iſta exceptio à regula eſſe videtur. Huc etiam pertinet, quã itidem hic obiiciunt Dd. ſtipulatio habere licere, quam venditor præſtat, & nimirum in effectu, rem euictam non iri, quam ipſe vendidit & ex contractu ipſo venditionis obligatus eſt, ita eam tradere vt dominium vel ius vſucapiendi transferatur in emptorem, & hic pro precio ꝙ accepit, rem perpetuo tenere poſſit. Id enim hæc ſtipulatio habet per venditorem interpoſita, *l. ex empto 11.* (alias *l. emptorem*) *§. vltim. de act. empt.* vt quicunque rem euincat, committatur, licet alias tantum factum ipſius promittentis & hæredis cõtineat *l. inter 83. in princip. de Verb. Oblig. iunct. l. ſtipulatio 38. in princip. eod.* Eadem ratio eſt in ſtipulatione de iudicio ſiſtendo, vt qui promittit, alium ſiſti, (vel etiamſi promittat, iudicio ſe

Titium

Titium ſtiturum) intelligatur hoc permittere, ſe facturum, vt ſtet & iudicio ſe ſiſtat *l. quoties 81. in princip. de Verb. Obligat.* quoniam præſtatur ab eo, qui facit vt reus, cui alias in ius neceſſario eundum erat, dimittatur *t. t. In ius voc. vteant.* vt hic nec neceſſe ſit, exceptionem conſtituere in prætorijs ſtipulationibus; quamuis ſane illæ hoc proprium habeant, vt non à voluntate partium, ſed ex autoritate & edicto prætoris formam ſuam accipiant & robur *l. in prætoriis 9 de prætor. ſtipul.* cum & contra regulam alteram de qua iam dicemus, ex prætoriis ſtipulationibus alteri per alterum actio quæratur *l. in omnibus 5. eod. tit.* prætor enim non ſubtilitatem iuris, ſed magis æquitatem intuetur, ne quiſquam ſub prætextu aliquo decipiatur; cum ipſius iuſſu hæ ſatisdationes interponantur.

Si quis alij quam ei.] Diximus verba ſtipulationis debere collata eſſe in vtriuſque contrahentis perſonam; & hinc fruſtra quem promittere, aut ſtipulari alium daturum facturum: Ex eodem fundamento fluit hæc propoſitio. Fruſtra quem ſtipulari, alij datum iri, & fruſtra quem promittere, ſe alii daturum; & ita quidem fruſtra, vt nec obligatio quæratur ipſi ſtipulatori, cuius perſona ſtipulationi inſerta non eſt; nec alteri, vel quia mea non intereſt alteri obligationem quæri, ideo autem ſunt inuentæ obligationes & præcipue ſtipulationes §. *alteri 28. infr. h. t. l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de Verb. Obligation. l. 3. Codic. de cont. habend. ſtipulation.* vel quia actus iſtos, quibus de obligatione conſtituenda agitur, in perſona ipſorum agentium radicari oportet *argum. l. quæcunque* 11. *de Obligat. & act.* nec quidquam niſi per medium legitimum & habile in alium poteſt transferri, quale medium non poteſt eſſe ſtipulatio, aut quæuis alia conuentio, quippe quæ tantum afficiat perſonas contrahentes. Neque enim iſta regula ad ſolam ſtipulationem pertinet, ſed eſt hoc generale, vt obligatio per alterum alteri non adquiratur §. *pen. ſup. per quas perſ. acq. l. ſi ita 126. §. 2. de Verb. Obligat.* ibi, *nullam obligationem l. quo tutela 73. in fin. de Reg. iur. l. ſolutum* 11. §. *penultim. de pignor. act.* Atque hæc poſterior, eſt verior ratio; nam illa de intereſſe, efficit, vt ne ſtipulanti actio quæratur, ſed non vt ne illi, in cuius perſonam ſtipulatio collata eſt. Hæc autem regula non vnam imo multas habet limitationes, quibus non quidem directa (nam hactenus regula perpetua eſt, vt numquam alteri ex ſtipulatione alterius directa actio competat) ſed vtilis actio detur & adquiratur. Et exceptio vna eſt in prætoriis ſtipulationibus *l. in omnib. 5. de prætor. ſtipulation.* quæ tamen cum de procuratore loquatur, referenda eſt ſub exceptionem generaliorē, quod per procuratorem adquiratur domino actio. Cuius exceptionis vnum exemplum eſt in ſtipulationibus prætorijs *d. l. 5.* Aliud eſt exemplum extra prætorias ſtipulationes, ſi ſtipulatus fuerit procurator ex re domini *l. quod procurator 68 de procurat.* & aliud adhuc, ſi præſente domino ſtipulatus fuerit *l. ſi procuratori 79. de Verb. Obligat.* nec enim ratio patitur, vt cum textus ſimpliciter loquatur, vel ad prætorias ſtipulationes, vel caſum quo ex re domini procurator ſtipulatur, reſtringebatur. Alia non abſimilis exceptio eſt, ſi quis ex officio alteri ſtipulatur, qui ipſe vel ob ætatem, vel alias etiam cauſas, ſtipulari non poteſt. Hinc per ſeruum publicum, & vt hodie loquuntur, per Notarium adquiritur alijs actio, vt in *l. 2. rem pupilli ſalu. fore l. non aliter 18. cum l. ſeq. de adopt.* quo etiam referendum eſt (regula enim generalis eſt, & ad quoſcunque contractus pertinet) quod per inſtitorem quæritur præponenti actio *l. 1. in fin. & l. 2. de inſtit. act.* itemque per actorem municipum *l. 5. §. ſi actori de conſt. pec.* & per magiſtratum, in ſpecie *l. 1. §. exigere 15. in fin. de magiſtrat. conuen.* quæ etiam partim ad priorem exceptionem referri poſſunt, aut conſtituenda vna exceptio generalis, in iis, qui ex officio aliquid faciunt; nam & procurator gerit officium. Alia exceptio eſt generalis itidem, ſi pactio vel conuentio adiiciatur actui naturali, quia facilius hoc modo operam noſtram accommodando aliquid alteri adquirimus, vt tractant *Dd. ad l. 1. §. per procuratorem 20. de adquir. poſſeſſ.*

& ex

Digitized by Google

& ex hoc fieri putat, quod per procuratorem domino adquiratur poſſeſſio. Et duo membra habet hæc exceptio. Primum eſt cum adiicimus pactum eius rei traditioni, quæ ad alium pertinet, aut ad eum pertinere debet ex quo illi aquiritur actio vtilis ex pacto eius, qui rem commodauit, aut depoſuit *l. penult. Cod. ad exhib.* aut alterius nummos numerauit *l. 126. §. 2. in fin. de Verb. Obl.* item ex pacto creditoris, qui rem pignoratam ſibi diſtraxit *l. ſi cum 13. in prin. de pign. act.* Alterum membrum eſt, ſi quis traditioni rei ſuæ pactum & conuentionem in alterius fauorem adiecerit; notat Iaſon in *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de Verb. Obl. n. 13.* Hinc ſi alterius nomine pecuniam numerẽ, illi condictio adquiritur *l. certi 9 §. penultim. de reb. cred. l. ſi ita 126. §. 2. in fin. de Verb. oblig.* quo etiam referri poſſit ſpecies *l. Publia 26. in princip. depoſiti.* Hinc etiam eſt, quod ei cuius nomine indebitum quis ſoluit, condictio datur *l. dominus 53. de condict. indebit. l. 6 Codic. eod.* Eodemque referunt Dd. pactionem quæ adiecta eſt dationi dotis, vt ea alteri reſtituatur. Sed cum fere pactum id proponatur factum pro coniunctis perſonis, alij hic nouam ſtatuunt exceptionem ab affectione perſonarum, vt his qui coniunctiſſimi fuerunt, ſtipulanti, aut paciſcenti, ex conuentione in ipſorum perſonam collata actio detur, quo pertinet quod ſi pater ſtipulatus ſit filiæ ſuæ dari poſt mortem, filiæ vtilis actio datur etiamſi patri hęres non exſiſtat *l. quodcunque 45. §. 2. de Verb. Obligation.* Et videtur hoc ideo admiſſum, quia pater alias liberis ſuis ſtipulando ſibi adquirit actionem. Nimis enim impudens eſt, quod *A. Fab. in leg. 17 §. 4. & in leg. 21. §. 2. de pact.* iſtum locum à Triboniano corruptum contendit. Affectioni perſonarum accedit fauor cauſæ, ſi eo tendat pactum, vt liberi dotem habeant. Ceterum circa pactum quod eſt adiectum dationi dotis, de re alteri reſtituenda, ipſis textibus noſtris non ſatis conuenire videtur. Iſtud apparet, rigorem iuris conſtitutionibus Impp. poſteriorum, in aliquibus caſibus temperatum fuiſſe, vt in ſpecie *l. 3. Codic. de donat. ſub mod.* quæ nititur ſimplici æquitate, quamuis aliquid faciat, quod dationi rei ſuæ pactum adiectum fuit. Et ita facilius admiſſum fuit pactum dotis dationi adiectum, vt in ſpecie *l pater 7. Cod. de pact. conu.* vbi nepotibus ex filia, ex pacto aui vtilis datur actio, quippe cum pater alias ex iure communi pro repetenda dote haberet actionem, quam ille pacto in nepotes ex filia transferre vt poſſet, permiſſum fuit: quæ ipſa ratio differentiæ dari poteſt ad *l. 4. Cod. de pact. conu.* vbi ex pacto matris dotem dantis liberis negatur actio; quoniam vxore mortua dos aduentitia manet apud maritum, vtique ex iuris veteris ratione. Et hinc etiam ratio dari poteſt cur ex aui materni pacto nepti actio quæratur *l. Gai. 45. in f. ſol. matr.* Et an ſpeciale præterea fortaſſis, in *d. 45.* quod agit ibi ipſa vxor diuortio facto, cuius nomine dos data fuit, quæ citra ſtipulationem actionem rei vxoris haberet; vt eo facilius ne dotem amittat, ipſi danda ſit actio ex ſtipulatu; quæ ratio ceſſat in *d. l. 4. C. de pact. conu.* Et ita videtur Acc. ibidem reſtringere *d. l. 45.* quamuis facile crediderim, clauſulam *d. l. 45.* à Triboniano adiectam eſſe, quod & diſputatio ICti præcedens, & ipſe ſtilus arguit; quod cenſet & *A. Fab. 15. coniect. 3.* Sed cum Tribonian. hanc acceperit poteſtatem, vt reſponſis ICtorum addere & detrahere poſſet, & ipſius ſanctiones autoritatem Legum obtineãt, his reſponſionib. non poſſumus conciliare textus. Ex hoc etiam reſpondetur ad *l. debitor 59. §. vlt. ad Trebell.* vbi ex pacto filiæ negatur matri actio, cum & alias difficilius aſcendentib. per liberos actio quæratur. Itemq; caſus eſt *l. inter 26. §. filia cum 4. D. de pact. dot.* Nihil autem huc facit *l. ſi cum 82. de ſolut.* vbi poſt traditionem factam coniuges inter ſe pacti proponuntur. Atq; his caſibus alteri quæritur actio ex ſtipulatione in alterius perſonam collata. Aliud genus exceptionis eſt, quo actio quæritur ipſi, qui ſtipulatus eſt alteri, veluti ſi eius interſit; de quo dicemus ad *§. alteri inf. h. t.* Iam in textu noſtro pergamus.

Alij quam ei cuius iuri ſubiectus.] Regula, quod nemo alteri ſtipulari poſſit, procedit in extraneo: & extraneus hic omnis eſt extra eos in

quorũ quis eſt poteſtate; vt verba mox ſeqq. oſtendunt. Et nimirum quibus adquirimus, iis conſequẽter etiam recte ſtipulamur, cum & ſi ſimpliciter ſeruus, aut filiusf. ſtipuletur, aut alias contrahat, patri, aut domino quæratur actio. Id in ſeruo ſimpliciter obtinet; in liberis habet exceptiones iuxta tradita ad *t. ſup. per quas perſ. nob. adqu.* & tractatur *infr. hoc lib. tit. penultim.*

Solutio & in extraneam.] Extranea perſona, 3 vt dixi, omnis, † hic eſt, præter dominũ & patrem. Habet autem & iſtud quandam ſpeciẽ limitationis, aut declarationis ad regulã præmiſſam. Et nimirum non poteſt perſona alterius inſeri ſtipulationi, vt ei actio quæratur & obligatio, ſed poteſt adiici perſonæ ſtipulãtis per particulam disiunctiuam, vt ei ius recipiẽdæ ſolutionis, nec quidq̃ præterea inſtar cuiuſdam procuratoris adquiratur *h. text. & l. vlt. §. ſi ita 3. de V. O. l. ſi mihi 23. de fideiuſſor. l. quod 10. de ſolutionib. l. ſi ita 9. eod.* dico inſtar procuratoris, verus enim procurator non eſt, imo negatur eſſe procurator *l. vero 2. §. 1. de ſolutionib.* quoniam tamen alia deficiebat ad inſtar procuratoris, vt mandati actione teneretur receptum fuit *h. § & l. Iulianus 13. §. de V. Oblig.* Et quia procuratoris inſtar eſt, cum mandatum morte finiatur, hæredi eius ſolui non poteſt, *l. cum quis 55. de V. Ob.* Et etiamſi iam pars ſoluta ſit principali tamen reſiduum adiecto ſolui poteſt *l. cum decem 71. in princip. de ſolutionibus,* & ſolui adiecto poteſt etiam inuito ſtipulatore h. §. in quo differt ab alio procuratore vulgari cui quod mandatum eſt libere reuocari, & ita facultas quoq; recipiendi ſolutionem adimi poteſt. Et ratio ſpecialitatis eſt, quia hæc poteſtas data adiecto eſt per ipſam formam ſtipulationis; quin potius, vt rectius dicam; promiſſori ex ipſa ſtipulatione ius hoc quæſitum eſt, vt poſſit ſoluere adiecto, quod ipſi ſtipulatoris arbitrio ſolo adimi non poteſt *l. vero 12. §. penult. de ſolution. h. l. fideiuſſor 16 in fin. princip. de fideiuſſ.* quæ ratio facit, vt licet perſona alias inhabilis ſit, tamen ei ſolui poſſit, *l. ſi ſtipulatus 11. de ſolutionibus.* nam & cuicunque creditor mandauit, vt ſolutionem recipiat, ei recte debitor ſoluit. Et proinde quia loco procuratoris eſt adiectus, ſolutio eius cõmodo non cedit, ſed quod accepit, mandati actione conuentus reſtituere cogitur *h. text. & d. l. Iulian. 131. §. 1. de V. O.* Recte autem ſoluitur adiecto, ſi maneat in eodem ſtatu, nec in eum deducatur, in quo ſi ante fuiſſet, ſtipulator eum adiecturus non fuiſſet *leg. cum qui 38. in p. incip. de ſolution.* cui tamen textui videtur repugnare reſponſum Papiniani in *leg. Stichum 95. §. vſumfructum 6. eod. qua de re v. Acc. Iaſonem Zaſium & Cuiacium in l. eum qui 56. §. 2. de V. Obl. A. Fab. 3. coniect. 10.* & quæ notauimus *in §. item ſi 10. inf. mandati.*

Quod ſi quis ſibi & alij.] Habet & hoc ſpeciem limitationis ad regulam ſuperiorem. Nimirum ſtipulatio eſt nulla; ſi tota in alterius perſonam ſit collata; nam ſi ſimul adiecta ſit perſona ſtipulantis, in partem valet ſtipulatio. Nec enim debuit inſolidum adquiri ſtipulanti, qui ipſi alium adiecit, nec in ſolidum debuit inutilis eſſe ſtipulatio, cum nec alibi vtile per inutile vitietur, de qua propoſitione vide hic late & accurate *Iob. Fab. l. ſi mihi 110. in princ. de Verb. Obligat.* nam qui v. c. decem ſibi & Titio dari ſtipulatur, non alia, & alia decem, ſed ſola decem ſibi & Titio communiter ſtipulari intelligitur *l. eum qui 56. in pr. de V. Oblig.* ex quo fit vt Titius partem faciat, & pro parte tantum ſtipulatio valeat. Ex quo efficitur, contra quam Hottom. putat, etiamſi non pecunia, ſed corpus in ſtipulatione ſit, veluti fundus, homo, equus, tamen non totum, ſed tantum partem deberi, quod & magis ꝓbat *Wesemb. hic.* Quod ſi autem res plane ſit indiuiſibilis, aut eius cõditionis, vt adiecto adquiri non poſſit, magis eſt, vt perſona eius tum pro ſuperuacuo adiecta habeatur, vt in *l. proprium 5. Comm. præd.* Quod alia ratione accidit in contractu emptionis, quia integrum pretium fundi ſoluitur *l. fundus 64. de contr. empt.* vt pleniſſime erret Porcius hic, qui hoc putat fieri per ius accreſcẽdi; quod ipſe textus reſpuit, dum dicit perſonam Titij ſuperuacuam eſſe & fruſtra adiectã; quod falſum eſt, quoties iuri accreſcendi locus eſt, vbi in vtriuſq; perſona initio

Digitized by Google

initio conſiſtit id de quo quæritur, ſed per cõcurſum ſcinditur, & vno deficiente ad alterũ totum pertinet: Atquin in contractibus, aut qui adiectus eſt facit, vt actus pro parte ſit nullus, aut omnino pro nõ adiecto habetur; perinde ac ſi in alterius perſonam ſolius contractus totus collatus ab initio fuiſſet, quod & accidit in ſpecie *§. vlt. ſupr. de ſtipul. ſeru. l. ſi ſeruus 12. de aut. tut.*

Ei vero qui tuo iuri ſubiectus.] Titius recte ſtipulatur patri, & ſeruus domino, ita vt his per illos adquiratur: Sed alia ratione pater recte ſtipulatur filio, & dominus ſeruo, non vt his adquiratur, ſed ipſis ſtipulantibus perinde atque ſi ſibi ipſis ſtipulati fuiſſent; quoniã quidquid ad filium, aut ſeruum peruenit ſtatim domino, aut patri adquiritur; itaq; ne fruſtra adquireretur filio, Leges ita interpretatæ ſunt, ac ſi pater ſibi ipſi ſtipulatus fuiſſet, *h. textu & l. 2. Cod. de contr. ſtipul. l. dominus 39. de V. O.* Et hinc quia per filium emancipatum patri nihil adquiritur, fruſtra quoq; ex ratione iuris pater ſtipulatur filio emancipato *l. ſi genero. 26. C. de iur. dot* Ex quo etiam eſt, vt quoniam poſt mortem fruſtra quis ſibi ſtipulatur, nec filio pater dari poſt mortem recte ſtipuletur, quamuis ex æquitate receptum ſit, vt vtilis actio hic filio detur *leg. quodcunque 45. § 2 de Verb. Obligat.* ſicut & ex æquitate eadem receptum eſt, vt ex pacto patris filio detur exceptio doli *l. & hæredi 21. §. 2. in fin. de pact.* quoniam ratio iuris, quod per patrem liberis nihil adquiri poteſt *l. cum dos 7. de pact. dot.* facit vt ne ſit locus exceptioni pacti *l. ſi tibi §. ſi pactus 4. de pact.* nam & hæc ratio iuris eſt, vt ſtipulatio collata in tempus, quo nulliter interponeretur, nulla ſit *l. 4. Cod. de donat. ant. nupt.* Procedit hoc in ijs quæ patri acquiri poſſunt per filium, itaque ſi factum ſit perſonale in obligatione, veluti ſi pater ſtipuletur filio ire agere licere, nihil agitur *l. quod dicitur 130. de Verb. Obligat.* nam ſi ita ſibi ſtipularetur filius, patri non adquireret *§ ſed cum 1. ſup. de ſtip. ſeru* Itaque cum hodie nulliorum aduentitiorum proprietas quæratur patri, videatur pater extra cauſam profectitij peculij fruſtra ſtipulari filio, quoniam per patrem filio non poteſt adquiri *l. cum dos 7. de pact. dot.* adquireretur autem filio vſusfructus, ſed magis videtur vt propter ius vſusfructus recte pater ſtipuletur, & vt hactenus per conſequentiam propter ius nouum adquiratur filio per ſtipulationem patris & ſecutam traditionem dominium; nam ex ſtipulatione qua tale nihil adquiretur filiæ. Aut an dicimus pro profectitio eſſe; quia cauſa adquiſitionis & obligationis à patre habet originem. *v. Fabr. hic n. 9.*

Vox tua tamquam filij.] Hinc deducunt, quod filius & pater habeantur pro vna & eadem perſona: quod extra ea quæ ſunt iuris publici, & fere vbi de iure adquirendi patri per filium tractatur, locum habet; quamuis id aliquando & alio trahatur, vt in *l. vlt. in f. Cod. de impub. ſubſtit. l. cum ſcimus 21. §. vlt. Cod. de agric. & cenſ.* Male autem huc à Weſembec. adducitur *Ariſtot. 1. Polit.* quaſi filij ſint organa quædam & inſtrumenta per quæ adquirat pater. Id enim de ſeruis tantum affirmat Ariſtoteles, minime autem de liberis, qui ex eius ſententia non ſunt in tali poteſtate patris, vt oſtendimus ſupr. *de patr. poteſt.* Sed ſane ex ratione iuris ciuilis Romani veteris iſtud procedit.

TEXTVS.

2. Præterea inutilis eſt ſtipulatio, ſi quis ad ea quæ interrogatus fuit, non reſpondeat, veluti ſi quis decem aureos à te ſibi dari ſtipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut ſi ille pure ſtipuletur, tu ſub cõditione promittas, vel contra: ſi modo ſcil. id exprimas: id eſt, ſi cui ſub conditione vel in diem ſtipulanti, tu reſpondeas, præſenti die ſpondeo. Nam ſi hoc ſolum reſpondeas, promitto, breuiter videris in eandem diem vel conditionem conſenſiſſe: neque enim neceſ-

ſe eſt, in reſpondendo eadem omnia, repeti, quæ ſtipulator expreſſerit.

Commentarivs.

HOc quoq; pertinet ad congruitatem ſtipulationis, quæ eſſe debet in interrogatione & reſponſione, vt non aliud reſpondeatur, nec alia forma, quam interrogatum fuit. Identitas & diuerſitas conſideratur vel in re vel in qualitate, ſi aliud promittatur, conſtat ſtipulationem eſſe nullam, ſi mutetur qualitas, & pure interrogatus, reſpondeat, ſe daturum poſt tempus, vel ſub conditione, nullam eſſe itidem ſtipulationem reſpondetur *h. §. & l. 1. §. ſi quis 3. de Verb. Obligatione.* vbi tamen additur limitatio, niſi diuerſitas reſponſionis illico placuerit ſtipulatori, id eſt niſi ſtipulator ſtatim atteſtatus ſit ſe reſponſione ea eſſe contentum, quo facto perinde habetur, ac ſi eadem qualitas quam addidit ſtipulator, interrogationi inſerta fuiſſet, & noua quaſi contracta ſtipulatio *d. l. 1. §. 3.* quod tamen ad illum caſum quo diuerſitas eſt in qualitate pertinet, nec vltra extendendum eſt, & recte Ioh. Fab. negat id procedere, ſi diuerſitas ſit in re promiſſa; Ita enim tota variaretur & mutaretur ſtipulatio; nec id citra nouam interrogationem poteſt fieri.

Quantitas dicitur verbi cauſa in pecunia numerata, quæ opponitur Rei ſumptæ in ſpecie pro corpore: Ceteroquin & pecunia res eſt. Et nimirum promittitur, aut plus, aut minus: & vtroque caſu valere ſtipulationem in ſummam minorem aperte reſpondet Vlpian. in *l. 1. §. 4. de Verb. Obl.* vbi contra eiuſmodi ſtipulationem mouet rationem dubitandi quod ſummę non videantur congruere: eam quę ita remouet, quod manifeſtiſſimum ſit, in ſumma maiori ineſſe minorem, & conſequenter ipſa vi & poteſtate congruitatem eſſe in ſtipulatione. Nec adeo probari poteſt, ꝙ *Cuiac. in d. l. 1. §. 4.* (quæ tamen iam olim Porcij ſententia fuit hic) putat Vlpianum loqui de caſu, quo diuerſitas reſponſionis illico placuit ſtipulatori; nam hæc limitatio addita eſt in *§. prec.* vbi diuerſitas eſt in qualitate; ſed in §. 4. vtitur noua & propria ratione ICtus, quod manifeſtum ſit in viginti & decem ineſſe, adeoque intelligi non eſſe talem diuerſitatem in ſtipulatione, quę poſſit vitiare ſtipulationem. Secundum hoc, quod hic Iuſtinianus ſtipulationem inutilem ait, accipiendum eſt ſecundum quid & quo ad ſummam, quæ excedit, non quoad concurrentem, quæ Dd. eſt communiſſima explicatio; & porro hinc coniunctio duplicis diuerſitatis, à qualitate & quantitate, itidem eſt ſecundum quid accipienda; quia propter illam omnino inutilis eſt ſtipulatio, aut an dicimus, quod Vlpianus quidem vim & poteſtatem verborum cõſiderati, Iuſtinianus autem tantum externam eorum formam, ſecundum quam poſſit omnino videri inutilis ſtipulatio; quæ ẽt fuit ſententia Caii *de Obligation. titul. 9. §. vel ſi 10.* Ceteroquin ſi *d. l. 1. §. 4. de Verb. Obl.* cum hoc loco conciliare velimus, omnino explicatio Dd. tenenda erit.

TEXTVS.

3\. Item inutilis eſt ſtipulatio, ſi vel ab eo ſtipuleris, qui tuo iuri ſubiectus eſt, vel ſi is à te ſtipuletur. Sed ſeruus quidem non ſolum domino ſuo non poteſt obligari, ſed nec quidem vlli alij, filij vero familiarum alijs obligari poſſunt.

Commentarivs.

PEndet ex ratione, quam diximus ad *§. ſi quis alij. verſ. ei vero*, & quod filius & pater pro vna perſona habeantur; & quod patri omnia quærantur per filium (exceptis quibuſdam bonis.) Itaq; neceſſum eſt, vt fruſtra filius ꝓmittat patri, aut pater filio, quæ comparatio procedit in ciuili obligatione: Ceteroquin ſi pater à filio ſtipuletur, dominus à ſeruo, obligationem naturalem naſci argumento eſt, quod recte accedit fideiuſſor *l. ſi qua 56. §. 1. de fideiuſſ.* quem fruſtra accipi in caſu ad-

[illegible]erſo, ſi filius à patre vel ſeruus à domino ſtipuletur, ibidem traditur: vt vel hic nullam, vel iure ciuili pro nulla habitam obligationem oriri oporteat, nam naturaliter etiam dominum ſeruo obligari expreſſum eſt *in l. ſi quod dominus 64. de cond. indeb.* Emancipati quin alia ratio ſit, dubitari non poteſt. Alia quoque ratio bonorum quæ ſunt filii, veluti caſtrenſium, in quibus filius loco patrisfam. eſt *l. 2. ad SC. Maced.* itaque ex ea cauſa cum patre recte contrahit & litigat *l. 4. de iudic.* idem proinde erit in bonis aduentitiis, quorum filius habet plenam proprietatem, vt notat Ioan. Fab. hic.

Sed ſeruus quidem.] Hoc nihil ad rem iſtam, ſed obiter ſaltem attingitur, quid hic interſit inter ſeruum & filium: quod hic extra contractum mutui *§. illud 7. infra Quod cum eo, qui in al. pot.* ex cæteris omnibus cauſis ciuilibus obligatur vbi cum alio contrahit. *l. filiusfam. 39. de obligat. l. ſi quis 44. de peculio. l. cum filius 49. l. vlt. §. pupillus 2. de verb. oblig.* Seruus autem nec domino nec vlli alii obligari poteſt, videlicet ciuiliter, de qua obligatione hic tractatur, naturaliter autem & aliis & domino, & dominus ipſi viciſſim obligatur *l. ſerui 14. de oblig. & act. §. 1. infra tit. ſeq.*

TEXTVS.

4. Mutum neque ſtipulari, neque promittere poſſe palam eſt: quod & in ſurdo receptum eſt, quia & is qui ſtipulatur promittentis verba: & is qui promittit, verba ſtipulantis audire debet. Vnde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, ſed de eo qui omnino non audit.

COMMENTARIVS.

1 *Literis nec inter præſentes contrahi ſtipulatio poteſt.*

DIximus ad *pr. tit. de verb. oblig. ſup.* in ſtipulatione requiri verba ore prolata vtrimque: & igitur mutus ſtipulationem contrahere non poteſt, & quoniam non poteſt reſpondere, niſi qui intelligit quod interrogatur, conſequenter nec ſurdus contrahet ſtipulationem: Quod ſi enim ipſi interrogatio in ſcriptis proponatur, iam vitium eſt in ſtipulatione & deficit eſſentia eius: ex quo apparet falſum eſſe, quod ſtipulatio inter præſentes per literas contrahi poſſet. Ita enim nihil prohiberet quominus & mutus & ſurdus ſtipulari poſſent contra hunc textum & *l. 1. §. pen. & vlt. de oblig. & Action. & l. 1. in pr. de v. ob.* Atquin poſſit circa ſurdum ſcrupulum mouere quod ſcribit Iuſtin. *in l. diſcretis 10. C. Qui teſtam. fac. poſſ.* neminem tam eſſe ſurdum, vt non audiat, ſi quis ſupra cerebrum eius loquatur. Verum ſuſpicor id eſſe commentum, de quo diximus ad *§. item ſurdus 3. ſup. quibus non eſt perm. fac. teſtam.*

TEXTVS.

5. Furioſus nullum negotium gerere poteſt, quoniam non intelligit, quod agit. Pupillus omne negotium recte geret: ita tamen, vt vbi tutoris autoritas neceſſaria ſit, adhibeatur: veluti ſi ipſe obligetur: nam alium ſibi obligare etiam ſine tutoris autoritate poteſt. Sed quod diximus de pupillis, vtique de iis verum eſt, qui iam aliquem intellectum habent. Nam infans, & qui infantiæ eſt proximus, non multum à furioſo diſtant: quia huiuſmodi ætatis pupilli intellectum habent nullum. Sed in proximis infantiæ propter vtilitatem eorum, benignior iuris interpretatio facta eſt, vt idem iuris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui eſt in poteſtate parentis impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

Commentarivs.

1 *Pupillus an & quatenus obligetur.*

COmmunis hæc omnibus contractibus eſt tractatio, quippe qui ſine conſenſu conſtitui & conſiſtere non poſſunt, Itaque recte in genere ait Iuſtin. quod furioſus nullum negotium gerere poſſit. *l. in negotiis 5. l. furioſi 40. de reg. iur. l. 1. §. furioſum. 12. de obl. & act. l. ſi à reo 70. §. ſi à furioſo 3. de fideiuſſorib.* ita vt nec promittere poſſit nec ſtipulari *d. §. 12.* in quo differt à prodigo *l. is cui 6. de v. ob.* Itaque nec cum curatore quidquã agere poteſt *d. l. 5. de reg. iur.* & implicaret cõtradictionem, nihil plane intelligere poſſe & agere, & poſſe tamen cum curatore: quoniam qui quid agit aut facit aliquo autore, ipſe quoq; ſimul facit. Qua in re melior conditio eſt pupillorũ, qui tutore autore omnia fere recte agunt. *d. l. 5. de reg. iur.* De tribus ætatibus pupilli, quæ attinguntur h. §. infantia, huic proxima, & pubertati proxima, diximus *ad tit. de tutelis ſupra.* Hic de obligatione pupilli an & quatenus obligetur, agendum eſt aliquid. Et inprimis hinc remouendus eſt infans, qui cum conſenſum non habeat, nec vllo modo obligari poteſt. Dicendum igitur de proximo pubertati & de proximo infantiæ, quos non dici modo eodem *ad d. t.* de tutelis monuimus. Etenim proximus pubertati dicitur, qui necdũ eſt pubes, ſed prope abeſt à pubertate, cæteroquin amplius non eſſet pupillus. Proximus autem infantię eſt, qui infantiam iam eſt egreſſus, nullus enim terminus dari poteſt, qui antecedat infantiam: & igitur nullo alio ſenſu dici poſſunt infantiæ proximi, quam quod infantiam egreſſi ſint. Pubertati proximum conſtat & doli capacem & pœnæ eſſe *l. pupillum 111. de reg. iur. l. 23. de furto l. 5. §. 2. in fin. ad L. Aquil.* Et poſſet ſane ex hoc fundamento quis contendere, cum ex conuentionibus poſſe obligari ciuiliter quoque. Verum quia perſonæ & bonis pupillorum datur tutor, & tenera nimis ætas facile labi aut circumueniri poſſit *arg. l. 1. de minorib.* Vnde facile accideret, vt in damno morarentur. Ius ciuile noluit omnino pupillos ex conuetionibus ſuis obligari, niſi (quod Pius Edicto conſtituit) quatenus locupletiores eſſent effecti *l. pupillus. 5. in fin. pr. & §. 1. de autor. tut.* Extra hunc caſum an ſaltem naturaliter obligetur, valde diſputatur, & vanæ ſunt opiniones & interpretationes textuum, qui inuicẽ pugnare videntur, & alii naturalem pupilli obligationem adſtruere *l. ſi pupillus 21. ad L. Falcid. l. ſi eius 64. in pr. ad Trebell. l. cum illud 25. §. 1. Quand. dies leg. ced.* alii negare *l. quod pupillus 41. de cond. ind. l. pupillus 59. de obl. & act.* Ego ita cenſeo ſiquidem obligationem naturalem in ſe quatenus ex cõſenſu oritur, conſideremus, & pupillum non longe à pubertate, ponamus, qui ſatis intelligat, quod actum eſt, videri pupillum realiter obligari. Sed illam obligationem effectu pene pro nulla haberi, ne vergat in damnum pupilli, quod facile accideret, ſi hos effectus, quos naturalis obligatio iure noſtro habet, iſti obligationi tribueremus, verbi cauſa, quod naturaliter debetur compenſari poteſt *l. 6. de compenſat.* ita poſſet pupillo ob hoc debitum obiici cõpenſatio: itemque poſſet debitũ iſtud qualequale ſolutum à pupillo, retineri, qui itidem effectus eſt naturalis obligationis *l. 10. de obl. & act.* At hoc iura nõ admittunt, nec patiuntur compenſari aut retineri hoc debitũ *d. l. 41 de cõdict. indeb.* vt perinde propterea ſit, ac ſi pupillus naturaliter obligatus non eſſet. Et hoc ita ſtatutũ eſt iure in gratiã fauoremq; pupilli: quo ceſſante ceſſat etiam ipſa diſpoſitio. Et proinde ſi pupillo promittente quis pro eo pignus dedit, aut fideiuſſor interceſſit, (quæ etiam naturali obligationi accedere diximus *ad tit. 14. de obligat.*) & pignus tenet, & fideiuſſor efficaciter conueniri poteſt *l. Marcellus 25. de fideiuſſorib. l. ſi pupillus 127. de v. ob.* iura enim pupillo tantum non aliis volunt conſultum, ideoq; quo ad hos obligationẽ pupilli naturalẽ integram relinquunt: eoq; pertinet, quod obligatio pupillaris nouari per aliũ, & pupillus tertii obligationem in præiudicium eius nouare poteſt *l. 1. de nouat.* Et ad hunc modum fœmina intercedens propter conſenſum haud dubie naturaliter obligatur:

Digitized by Google

gatur: ſed quia SCtum improbat obligationem *l. 16. in fin. ad Velleian. l. 9 C. eod.* pro obligata effectu non habetur, & ſolutum ex cauſa interceſſionis condicit *l. qui except. 40. §. 1. de condict. indeb.* Hæc breuiter ad iſtam quæſt. iam textum percurramus.

Pupillus omne negotium.] Quem intelligat pupillum ſtatim explicat; & hac de re ſatis actum *ſup. d. aut. tut.*

Qui habent aliquem intellectum.] Habent procul dubio proximi pubertati, inter quos & infantes medii ſunt, qui dicuntur proximi infantiæ: itaq; aliquid etiam de proximis pubertati eos participare rationis eſt, nec proinde recte hic eadem ratio ſtatuitur infantis, & infantiæ proximi: & omnino illa comparatio, & quod vterq; nullum habeant intellectum, cum mica ſalis accipienda eſt, quod ſcilicet & proximus infantiæ & qui eam egreſſus eſt, non recte intelligat quod agat *l. 1. §. huic 13. de obl. & action.* cæteroquin nec tutore quidem autore quidquam agere poſſet, nec benignior interpretatio, cuius hic & *in d. §. 13.* mentio eſt, locum inuenire potuiſſet: præſertim, vt idem iuris haberent (velut hic ait Iuſtin.) quod proximi pubertati: nimirum hactenus vt & ſibi alios obligare, & tutore autore contrahere & alia facere poſſint: *l. textu & l. obligari 9. in pr. de autor. tut. l. obligari 43. de ob. & act. l. 1 C. de inutil. ſtipul.* cæteroquin manet inter eos differentia: quod proximi infantiæ doli capaces necdum ſunt: ſed & non eſt idem gradus in iis conſenſus, qui eſt in proximis pubertati, & Iuſtin. ait hoc propter vtilitatem eorum receptum.

Sed qui in poteſtate.] Ratio duplex redditur, cur impubes in poteſtate non obligetur patre autore: & quia pater non teneatur reddere rationes, & quia hoc fit extra terminos & fines patriæ poteſtatis, quæ reſpicit ius patris: tutor autem huic fini conſtitutus eſt, vt pupilli perſonam & bona tueatur. Prior autem ratio mihi non videtur concludere: licet enim ob reuerentiam patri remiſſa dicatur reddendę rationes neceſſitas, id tamen non poſſit impedire, quo minus autoritate patris contrahere & obligari poſſit impubes, & ex *l. vlt. §. ſin autem 4. in fin. C. de bon. quæ lib.* pater eſt immunis à rationibus: & non dubitarim, quin qua adminiſtrator recte filio conſenſum aut autoritatem præſtet, per *l. ſi infanti 18. in fin. C. de iur. delib.* vbi pupillus, patre autore in cuius poteſtate eſt, hæreditatem adit, & in *d. l. vlt. §. ipſum autem 5. in fin.* alienat filius cũ voluntate patris: quamuis, quod recte animaduertit Faber voluntate & licentia patris ſit opus, propter ius quod pater in bonis habet, eoque opus erit illa licentia, licet filius ſit 30. annorum. Sed ſane in *l. ſi infanti 18. in fin. C. de iur. delib.* non adiret recte filius pupillus hæreditatem, niſi patris conſenſus pro autoritate eſſet, & omnino, cum pater non vt pater, ſed vt legitimus adminiſtrator conſideratur, de quo plura *Angel. hic n. 4.* qui recte ait, ſi quæratur tantũ de obligando impubere nihil poſſe autoritatem patris: quoniam vt *Baro hic* tractat, per filium in poteſtate patri adquiritur, at tutori non adquiritur: nec quiſquam in rem ſuam autor fieri poteſt. Cum itaq; pater autor fieri non poſſit, vt filius acquirat, nec recte autor erit vt filius obligetur.

TEXTVS.

6. Si impoſſibilis conditio obligationibus adiiciatur, nihil valet ſtipulatio. Impoſſibilis autẽ conditio habetur, cui natura impedimento eſt, quo minus exſiſtat: veluti ſi quis ita dixerit: ſi digito cœlum attigero, dare ſpondes? At ſi ita ſtipulatur: ſi digito cœlũ non attigero dare ſpondes? pure facta obligatio intelligitur, ideoq; ſtatim peti poteſt.

COMMENTARIVS.

Iſtud quoq; commune eſt ceteris obligationibus & conuentionibus, vt adiectione impoſſibilis conditionis vitientur *l. non ſolũ 31. de ob. & act.* vbi redditur ratio & de ſtipulatione *in l.*

in l.1.§. Item 1. eod.& l.ſi ſtipulor 35. de verb.obligat. Et Iuſtinianus definit conditionem impoſſibilem, cui natura eſt impedimento: Et ea re uera talis eſt, ſed idem effectu eſt in conditione quæ iure dicitur impoſſibilis, quia eſt turpis & contra bonos mores *l.generaliter 26. l.ſtipulatio 61.& l.ſi id ſtipulor 35.§.1. de v.ob.* quæ non inepte dicuntur impoſſibiles, quippe cum ea non facere poſſe credamur *l. filius 15. de condit. inſtit.*& iure impleri poſſe hæc negantur *l. continuus 137.§. cum quis 6. de verb. obl.* Atque hæc recte comparantur, vbi conditio eſt concepta affirmatiue non autem vbi negatiue: ſiquidem conditio impoſſibilis natura negatiua facit, vt pura ſit ſtipulatio *h.§. in fin. l. 7. & 8. de v.ob.* at turpis conditio etiam negatiue concepta vitiat obligationem *l. 7.§. ſi ob.3. de pact.* quoniam hoc ipſum turpe eſt, accipere pecuniam ne delinquas. Atqui illo caſu nulla plane ſupereſt impoſſibilitas: nec ea poteſt ſuſpendere actum, ſed protinus purificat, & ſolet à Dd. appellari neceſſaria, quippe cuius contraria eſt impoſſibilis. Iuſtin. de turpi promiſſione ſeparatim agit *infr. h.t.§ quod turpi 23.*

TEXTVS.

7. Item verborum obligatio inter abſentes concepta inutilis eſt. Sed cum hoc materiam litium contentioſis hominibus præſtabat, forte poſt tempus allegationes tales opponentibus, & non præſentes fuiſſe, vel ſe vel aduerſarios ſuos contendentibus: ideo noſtra conſtitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta eſt, quam ad Cæſarienſes aduocatos ſcripſimus, per quam diſpoſuimus, ſcripturas tales, quæ præſto indicant eſſe partes, omnino eſſe credendas: niſi is qui talibus vtitur improbis allegationibus, manifeſtiſſimis probationibus, vel per ſcripturam, vel per teſtes idoneos approbauerit, toto eo die quo inſtrumentum conficiebatur, ſe vel aduerſarium ſuum in aliis locis fuiſſe.

COMMENTARIVS.

DVæ ſunt partes huius §. Altera quod ſtipulatio non poſſit fieri inter abſentes, de quo diximus *ad §. 1. ſup. de v. obl.* quod nimirum verbis nuncupatis ſit opus, & ſatis cōſequitur ex §. *mutuum ſup. h. t.* cum quo ſane iſta tractatio erat coniungenda. Altera quam ibidem attigimus, eſt de præſumptione pro inſtrumento, quam Dd. appellant veritatis, quod præſumatur & credatur, ita vt ſcriptum eſt inſtrumento, partes præſentes contraxiſſe ſtipulationem: quæ tamen præſumptio non eſt iuris & de iure, vt loquuntur, ſed tantum iuris, vt admittat probationem cōtrariam, nimirum, alterutram partem toto illo die abfuiſſe ab eo loco, in quo ſtipulatio facta aſſeritur in inſtrumento, atqui ita probatur non negatiua, ſed affirmatiua, ſcilicet quod alteruter alibi fuerit, quomodo dicunt Dd. negatiuam tempore & loco coarctatam probari poſſe. Conſtitutio Iuſtiniani cuius hic meminit eſt *in l. optimam 14. C. de contrah. ſtipul.*

TEXTVS.

8. Poſt mortem ſuam dari ſibi, nemo poterat ſtipulari, nō magis quam poſt eius mortē à quo ſtipulabatur. At nec is qui in alicuius poteſtate eſt, poſt mortem eius ſtipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & ſi quis ſtipuletur ita, pridie quam moriar, vel, pridie quam morieris, dari ſpondes? inutilis erat ſtipulatio. Sed cum (vt iam dictum eſt) ex conſenſu contrahentium ſtipulationes valeant, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum inducere neceſſariam emendationem, vt ſiue poſt mortem, ſiue pridie quam moriatur ſtipulator ſiue promiſſor, ſtipulatio concepta ſit, ſtipulatio valeat.

COM-

Commentarivs.

Rationes iſtius iuris has reddit Hottom. quod ſint certæ formulæ & ritus ſtipulationi præſtituti: quod poſt mortem ſuam nemo dare poſſit, quod perinde ſit, ac ſi quis aliũ daturum, ſpondeat. Sed ita quoque inutilis ſit futura ſtipulatio, *cum moriar*, vel *cum morieris* contra §. *Ita autem. cum §. ſeq. infra h. t.* & iſtę planæ rationes nihil concludunt. Solida & vera ratio eſt, quam diximus ad §. *poſt mortem ſup. de legatis*, quod obligatio non poſſit incipere in perſona hæredis, aut contra hæredem, quam regulam iuris veteris ſuſtulit, qui non poteſt teneri, niſi qua repræſentat defunctum: Iuſtin. *l. vn. C. vt act. ab hæred.* itaque etiam ſimul quod ex ea conſequebatur, & tum legata tum ſtipulationes poſt mortem conceptas vtiles eſſe voluit, *d. §. poſt mortem 35. ſup. de legat. & l. ſcrupuloſam* 11. *C. de contr. ſtipul.* Aberrant autem plane Faber, & Angelus hic, dum iam iure Digeſtorum putat obtinuiſſe, quod hic *in fin. §. & in d. l.* 11. Iuſtinianus conſtituit, inepte adducta *l. centeſimis* 46. *§. 1. de v. obl.* quæ loquitur de caſu ſtipulationis conceptę in tempus mortis *cum moriar* vel cum morieris, quam ante vtilem fuiſſe ait Iuſtin. *in d. §. 14. & 15.* adeoque aperte ab iſta, quæ poſt mortem concipitur, diſtinguit. Illo enim caſu qui eſt *in §§. 14. & 15.* Obligatio incipit etiam num in perſona morientis, qui etiam num viuit: quippe quod punctum mortis vitæ computari ſoleat, atque ita tranſmittitur in hæredem à defuncto, vti diximus, ad *d. §. poſt mortem ſup. de legatis.*

Nec is qui in poteſtate.] Quoniam ex ratione ſupra dicta *ad §. ſi quis alii in fin.* perinde eſt ac ſi ipſe pater vel dominus ſtipularetur, quia vox filii intelligitur vox patris *d. §. ſi quis in fin.* & vt hic ait Iuſtin. filius patris voce loqui cenſetur.

Pridie quam moriar.] Cur hæc quoque ſtipulatio inutilis fuerit, diximus ad *d. §. poſt mortem in fin. ſup. de legatis.*

Cum ex conſenſu.] Hæc ratio non videtur eſſe bona: nam nec alii contractus licet conſenſu conſtantes ſolo, poſt mortem contrahentium poterant conferri. Neque ſolemnitas verborum, quam ſupra *in §. 1. de v. ob.* ſublatam dixit, huius iuris cauſa fuit.

TEXTVS.

9. Item ſi quis ita ſtipulatus erat, ſi nauis cras ex Aſia venerit, hodie dare ſpondes? inutilis erat ſtipulatio, quia præpoſtere concepta eſt. Sed cum Leo inclytæ recordationis, in dotalibus eandem ſtipulationem, quæ præpoſtera nuncupatur, non eſſe reiiciendam exiſtimauerit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare: vt non ſolum in dotibus, ſed etiam in omnibus valeat huiuſmodi conceptio ſtipulationis.

Commentarivs.

Præpoſtera hæc ſtipulandi ratio merito antiquitati improbata fuit: quoniam ita obligatio ante euentum conditionis conſtituitur, quod implicat contradictionem, cum pendente conditione non poſſit eſſe obligatio nata: atque ita filia naſceretur ante matrẽ, & cum exſiſtentia conditionis faciat naſci obligationẽ, ridiculum ſit ante exiſtere obligationem. Solenne eſt Iuſtiniano, quæ olim ſingularibus caſibus, vno atque altero obtinebant, facere generalia: quomodo & hic, quod Leo in dotibus admiſit, in vniuerſum valere voluit *l. præpoſteri* 25. *C. de teſtam.* quamuis non probem quod Hottom. cenſet, neceſſitati id datũ fuiſſe, & tum admiſſum, vbi mulier dotem reddi ſtipulabatur, ſed exiſtimo etiam ad promiſſionem de danda dote, fauore dotis, ne mulier indotata eſſet pertinuiſſe. Plane ſi ſtipulatio talis valere debet, oportet aut conditionem detrahere, vt ſtipulatio tota ſit pura, aut mentionem præſentis temporis, vt tota ſit conditionalis, quod poſterius probauit Tribonianus *in d. l. 25.*

Digitized by Google

Idem autem eſt ſi dies faciat præpoſterationem, veluti poſt Calendas Maias hodie dare ſpondes? quo caſu itidem detracto verbo hodie, ſtipulatio habet diem *d. l. 25* Alia ratio huius ſtipulationis eſt, *ſi Titius conſul factus fuerit, tunc ex hac die in annos ſingulos dena dari ſpondes?* vt docet ICtus *in l. huiuſmodi 64. de v. obl.* vbi ſane hæc fuit ratio dubitandi, quod præpoſtere videbatur concepta ſtipulatio.

TEXTVS.

10. Ita autem ſtipulatio concepta, veluti ſi Titius dicat, cum moriar dare ſpondes? vel, cum morieris? & apud veteres vtilis erat, & nunc valet. Item poſt mortem alterius recte ſtipulamur.

COMMENTARIVS.

1 *Punctum moriendi an tribuendum ſit vitæ.*

COniungendum erat omnino cum §. *poſt mortem* 12. quoniam oſtendit differentiam inter ſtipulationem, *poſt mortem dabis*, &, *cum moriar dabis*. Illa inutilis, hæc olim vtilis erat *h. textu & l. quodcunque 45. §. 1. de v. obl.* Miror Hottomannum hic quoque impertinentes pro deciſione huius textus afferre rationes, quod extranea perſona hic non deducatur in ſtipulationem (& tamen hæres extranea perſona non eſt) & quod iſta figuram potius quam vim poteſtatemque conditionis habeant: neque enim quod adiectio vim conditionis habet vel non, quidquam facit ad infirmandam ſtipulationem, vbi aliud vitium non eſt. Ratio certa eſt quam attigimus ad §. *poſt mortem* 12. quod hoc caſu obligatio etiamnum incipit in perſona creditoris vel debitoris, & inde ad hæredem tranſmittitur: ſiquidem, quod ipſe hic annotat
1 Hotto. momentum moriendi, non † morti, ſed vitæ adhuc attribuitur. Ex quo conditiones quædam ſunt, quæ extremo vitę momento implentur *l. vet. de condit. inſtit.* Inde etiam eſt, quod filius emancipatus, qui poſt mortem patris quæſita non confert *l. pen. de collat.* ea tamen confert, quæ ipſi relicta ſunt, *cum morietur pater.* Hinc itidem ita recte legatur *hæres meus cum morietur, centum dato l. hæres 79. §. 1. de cond. & demonſtrat.* Libet hac de re adſcribere, quod eſt apud *Gellium lib. 6. cap. 13.* Grauiſſimi, inquit, Philoſophi ſuper hac re quæſiuerunt, & alii moriendi momentum manente adhuc vita fieri putauerunt, (idque ſecuti ſunt ICti noſtri) alii nihil in eo tempore vitæ reliquerunt, totumque illud, quod mori dicitur, morti vindicarunt. Sed Plato noſter neque vitæ id tempus, neque morti dedit, &c.

Item poſt mortem alterius.] Nam & hic ceſſant rationes, quæ ſtipulationem poſt mortem alterutrius contrahentium conceptam, inutilem faciebant. Et valet igitur ſtipulatio *poſt mortem Titii centum dabis?* Sed quid ſi ſtipulator moriatur ante Titium? Puto eſſe has ſtipulationes inſtar conditionalium, & adeo ſpem tranſmitti, vt loquitur §. *ſub conditione 4. ſup. de verb. obl.*

TEXTVS.

11. Si ſcriptum in inſtrumento fuerit, promiſiſſe aliquem, perinde habetur atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit.

COMMENTARIVS.

HOc addendum erat *ad §. Item verborum 11.* vbi docetur præſumi pro inſtrumento, vera eſſe quæ in eo ſcripta ſunt. Ex hoc §. notant Dd. aliam præſumptionem pro inſtrumentis, quæ dicitur ſolemnitatis, quod credatur omnia ſolemniter acta, &, vt loquuntur, quod præſumatur ſolemnitas intrinſeca. Itaque rectius hic ſcripſiſſet Tribonianus (hoc autem vtique ſenſit,) *perinde haberi, atque ſi ſcriptum eſſet interrogatione præcedente reſponſum fuiſſe.* Idque ita quoque ſcriptum eſt à *Paulo 5. ſent. 7. tit. de obligat. l. 1. Cod. de contr. ſtip. l. Titia 134. §. penult. de verb. obl. iunct. §. vlt. tit. ſeq.*

Repe-

Repetenda autem hæc quoque eſt limitatio §. *Item verſ.* 11. niſi alter poſſit manifeſte probare, interrogationem nullam præceſſiſſe, quod & ratio ſuadet, & firmatur *arg. l.* 7. §. *quod fere* 12. *de pactu.*

TEXTVS.

12. Quoties plures res vna ſtipulatione comprehenduntur, ſiquidem promiſſor ſimpliciter reſpondeat, *Dare ſpondeo*: propter omnes tenetur. Si vero vnam ex his vel quaſdam ſe ſpoponderit daturum, obligatio in iis pro quibus ſpoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim ſtipulationibus vna, vel quædam videntur eſſe perfectæ: ſingulas enim res ſtipulari, & ad ſingulas reſpondere debemus.

COMMENTARIVS.

PLures res deducuntur in ſtipulationem aut ſub vno nomine & appellatione, aut expreſſis corporibus. Illo caſu veluti ſi quis ſtipuletur quadrigam aut lecticarios, ſtipulatio vna eſt. *l. ſciendum* 29. *in fin. pr. de v. ob.* itaque crediderim hoc caſu ſi quis reſpondeat de vna re, ſtipulationem fore inutilem: nam ſi ſimpliciter reſpondeat non dubium eſt, recte reſponſum, ſicut & in hoc §. tenetur, qui ad plures res ſimpliciter reſpondet ſe daturum: quia repetiiſſe cenſetur hoc modo verba, quę ipſi pręiuiſſe quaſi ſtipulator intelligitur. Hoc caſu aut plures res ſunt expreſſæ alternatiue, aut copulatiue. Illud, veluti *Stichum aut Pamphilum dabis?* Et ſtipulatio eſt vna, itaque conſequens rurſus eſt, vt ſi reſpondeatur, Pamphilum dabo? ſtipulatio ſit inutilis *L. inter* 83. §. 2. *de verb. ob.* quia poſita vnitate ſtipulationis, diuerſitas vitiat ſtipulationem. Hoc, veluti Stichum & Pamphilū & equum dabis? plures ſunt ſtipulationes, & tot, quot corpora *d. l.* 29. §. 1. *fin. pr. l. quod dicitur* 86. *l. pen. in princ. de verb. obligat.* itaque ſi reſpondeatur, vnum vel alterum dabo, in id quod reſponſum eſt, obligatio contrahitur: qui eſt caſus noſtri §. Cum enim ſint plures ſtipulationes, illæ cenſentur perfectæ, ad quas reſponſum eſt *h. §. verſ. ex pluribus.* Sed quid ſibi vult quod ſequitur: *ſingulas enim res ſtipulari, & ad ſingulas reſpondere debemus.* Accurſius adnotat ad verba, *Et ad ſingulas ſi ſuper omnibus obligari velimus*: quod fere ita accepit & Theophil. qui hæc verba ſubiicit præcedente verſiculo. Ad vnumquodque enim eorum, quæ interrogatione comprehenſa ſunt, reſponderi oportet: ita enim in omnibus perfecta erit interrogatio: quæ nimirum alias vbi ad quædam tantum reſponſum eſt, in cæteris imperfecta, imo inutilis manet. Sed Hottom. putat non ferre hoc linguæ Latinæ conſuetudinem, &, ſi has ſubauditiones admittamus, nihil fore certum. Itaque ipſe addita negatione legendum cenſet, *non ad ſingulas,* quoniam oporteat quidem res ſingulas interrogare, ſed ſufficiat generalis & indefinita reſponſio. Verum ita vltima verba non ad proximius, ſed ad remotius fuerint referenda. Deinde miror, eum vrgere Latinæ linguæ proprietatem, cui tamen Tribonianus alias barbarus & Latinæ linguæ imperitus eſt, ſed & tertio non video, quomodo per illam explicationem vitietur Latinæ linguæ proprietas. Denique longe abſurdiſſimum eſt, quod putat facilius admittendam eſſe emendationem, imo corruptionem textus, quam aliquam ſubauditionem aut interpretationem. Etenim quid tandem certum erit in iure noſtro, ſi cuiuis Interpreti ex cerebro ſuo liceat mutare & refigere textus. Prurigo hæc eſt nouatorum, corrumpendæ Iuriſprudentiæ, quam angue & cane peius odiſſe debemus. Et ego exiſtimo hoc dicere velle Iuſtinianum, imputare ſibi debere ſtipulatorem, qui vna verborum cõceptione plures & varias res comprehendit, & qui ad eas tantum ad quas reſpondet, obligatum habet promiſſorem, quem ad omnes obligatum habuiſſet, ſi ſeorſim ſingulas interro-

gando ad ſingulas quoque reſponſio fuiſſet ſubſecuta, quod feciſſet facile promiſſor, quippe alias obligatur, cum ſtipulatio aliis obligationibus quæ præceſſerunt, firmandis ſoleat adhiberi.

TEXTVS.

13. Alteri ſtipulari, vt ſupra dictum eſt, nemo poteſt: inuentæ enim ſunt huiuſmodi ſtipulationes, vel obligationes ad hoc, vt vnuſquiſque adquirat ſibi quod ſua intereſt: cæterum ſi alii detur nihil intereſt ſtipulatoris. Plane ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conueniet, vt niſi ita factum ſit, vt eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio, etiam ei cuius nihil intereſt. Pœnam enim cum quis ſtipulatur, non illud inſpicitur, quod interſit eius, ſed quæ ſit quantitas in cōditione ſtipulationis. Ergo ſi quis ita ſtipuletur, Titio dari, nihil agit, ſed ſi adiecerit pœnam, niſi dederis, tot aureos dare ſpondes? tunc committitur ſtipulatio.

COMMENTARIVS.

1 *Quantitas pœnæ conuentionalis.*

DIximus ſup. *ad* §. *ſi quis alii h. t.* quæ ſit ratio cur alteri ſtipulari non poſſemus, ita vt nec alteri illi nec nobis actio ex ea ſtipulatione, quæratur. Cautelam hic tradit poſt Iuriſconſultum *in l. ſtipulatio 38. §. alteri 17. de v. obl.* Iuſtinianus, per quam oblique conſequitur ſtipulator, vt promiſſor alteri det: nimirum vt pœnalem ſubiiciat ſtipulationem. Hoc enim modo non efficitur vtilis ſtipulatio in perſonam Titii collata, nec quod promiſit quis Titio ſe daturum, aut Titius aut ſtipulator petere poteſt, ſed vt dixi, oblique & per indirectum hoc efficitur, vt promiſſor dum vult euitare pœnam, ſatisfaciat priori, quamuis inutile ſtipulationi, dum Titio mauult facere aut dare, quam pœnam exſoluere, quæ vtili ſtipulatione in perſonam ipſius ſtipulantis eſt collata. Itaque hæc non eſt exceptio ad regulam, qua dicitur neminem alteri ſtipulari poſſe: quia ſtipulator, ſibi ipſi in caſum quo alter Titio non daturus eſt, pœnam eſt ſtipulatus. Neque mouet, quod *in pr.* §. dicitur, neminem poſſe agere ex ſtipulatu niſi cuius intereſt. Etenim vtique intelligitur mea intereſſe, vt pœnam promiſſam habeam, licet non interſit mea Titio dari. Eoque reſpectu dicitur *h.* §. non conſiderari in pœnæ ſtipulatione an interſit nec ne? ſcilicet reſpectu pœnæ ſtipulationis: cæteroquin etiam donandi cauſa recte interponitur ſtipulatio, & hactenus ſemper intereſt mea, vt pecuniam habeam. Et ſicut vbi quis ſtipulationi de faciendo ſubiecit pœnam, iure eam exigit totam, licet tanti eius non interſit, factum eſſe, quod conuenit, §. *vlt. ſup. de v. ob.* ita hic non attenditur an mea interſit Titio dari, ſed quod tantum pœnæ nomine promiſſum eſt, & quod ea quantitas eſt in conditione ſtipulationis, vel vt rectius eſt *in l. 38.* §. *17. de v. obl.* quod ea eſt quantitas & conditio ſtipulationis, quod tamen de conditione proprie dicta accipit Theophilus, quæ hic inſit: *Si Titio non dederis.* Quod autem dicitur inutilem eſſe ſtipulationem, *Titio dari*, quia nihil mea interſit, accipiendum eſt de pecuniario intereſſe, quomodo ſi mea interſit Titio dari, vtilis eſt ſtipulatio, vt dicemus ad §. *ſeq.* Quod ſi enim alias quis contendat ſua intereſſe, quod Titius verbi cauſa, ſibi ſit amicus, hoc ad validandam ſtipulationem non ſufficit. Atque ita quoque in ſtipulatione priori in perſonam ſtipulantis collata obtinet, ſi quid fieri ſtipulatus ſim, & nihil mea interſit fieri, agere nō poſſum, quoniam ipſa actio ex hac ſtipulatione ad intereſſe cōpetit, ſed ſi pœnalem ſtipulationem ſubiecerit, ex hac recte ago *l. 3. de v. obl.* De quantitate autem pœnæ alia eſt quæſtio, & conſtat pœnam legalem non ſolere excedere quadruplū §. *omnes 21. infra de actionib.* De conuentionali

hic tractatur, & cum dicatur, non conſiderarian interſit, nec ne, ſed tantum quantum ſit in ſtipulatione, videtur citra vllam determinationem quantitatis ſtipulatio valere, quoniam ſcilicet iſta ſtipulatio pœnalis non refertur ad aliam, ſed ſeorſim per ſe ſubſiſtit, & ad hoc facit *d. §. vltim. ſupr. de Verb. obligat. l. vltim. de prætor. ſtipulation. l. 4. §. vlt. ſi quis cautionibus in iud. l. cum pœnam 38. de arbitr.* licet quidam & pene communius, velut *Dd. Angel. Faber, Porcius*, id tum demum exiſtiment procedere; (de quo etiam *v. citatos à Iaſon. in §. omnes infra de actionib. numer. 2. & latius num.* 10. *cum multis ſeqq.* vbi hanc materiam poſt *Angel. in d. §. omnes*, pleniſſime examinat) quando ſub expreſſione certæ quantitatis promiſſio facta eſt; ſecus ſi, vt loquuntur, pœna fuerit promiſſa, per nomina multiplicatiua veluti librum ſcribere ſpondes, &, ſi non feceris, triplum vel quadruplum dare ſpondes, vt tum pœna promiſſa reducatur ad intereſſe. Quam opinionem licet Faber hic improbet, & hoc modo inutile conſilium Legis reddi dicat, ꝙ eſt in *l. vltim. de prætor. ſtipulat.* cum ſimilibus & quod ita non rebus ſint leges impoſitæ, ſed verbis: ea tamen mihi hac ratione fulciri videtur, quod iſta vnica ratio ſtipulationẽ pœnalem ſub quacunque quantitate & ſumma vtilem facit, quod ea conſideratur nõ relatiue ad priorem ſtipulationem: Ceteroquin ex ea omnino agi non poſſet in hac ſpecie iſtius *§. & l. 3. de V. Oblig.* ſed ſeorſim & ſeparatim, tamquam ſi nulla alia præceſſiſſet ſtipulatio, atquin, cum ita ſtipulor, ſi non iſtud feceris, quod promiſſum eſt, triplum, aut quadruplum dabis, manifeſto ad priorẽ ſtipulationem fit relatio, neq; aliud triplum, aut quadruplum conſiderari poteſt, quam reſpectu eius, quod in priori ſtipulatione fuit; itaq; non poterit vltra duplum exigi *per l. vn. C. de ſent. quæ pro eo quod inter.* quamuis videatur vſque ad quadruplum porrigi poſſe *arg. l. ſi dictum 56. in pr. de euictionib.* & ſcil. per expreſſam conuentionem, de quo caſu non agit *d. l. vn. Cod. de ſent. quæ pro eo quod int.* Quod porro contra hunc §. obiicitur, vbi non valet ſtipulatio principalis, nec acceſſoriam pœnalem valere debere, ex prædictis remouetur, quod ſtipulatio pœnalis conſideretur vt per ſe ſubſiſtens. Plane ſi ſtipulatio turpis & iure damnata ſit, procul dubio nec pœnalis ſtipulatio valebit; ne per obliquum promiſſor ad turpe obſtringatur.

TEXTVS.

14. Sed & ſi quis ſtipuletur alij, cum eius intereſſet, placuit ſtipulationem valere. Nam ſi is, qui pupilli tutelam adminiſtrare ceperat, ceſſerit adminiſtrationem contutori ſuo, & ſtipuletur rem pupilli ſaluam fore, quoniã intereſt ſtipulatoris fieri quod ſtipulatus eſt, cum obligatus ſit futurus pupillo, ſi male res geſſerit, tenet obligatio. Ergo & ſi quis procuratori ſuo dari ſtipulatus ſit, habebit vires ſtipulatio. Et ſi creditori ſuo quis ſtipulatus ſit, quod ſua intereſt, ne forte vel pœna committatur vel prædia diſtrahantur, quæ pignori data erant, valebit ſtipulatio.

COMMENTARIVS.

PRopoſuimus ſup. *ad §. ſi quis alii h. t.* aliquot caſus & exceptiones, quibus ex ſtipulatione, in perſonam alterius collata alteri, cui quis ſe daturum promiſit, datur actio contra promiſſorem. Debebat hic §. cum illo cõiungi, quo ꝓponuntur caſus, quib. ipſi ſtipulanti, qui alteri dari ſtipulatus eſt, datur actio in promiſſorem. Et eſt generalis exceptio, ſi ſtipulantis interſit, nimirum, vt ad §. præceden. monuimus, ſi interſit pecuniarie. Ratio huius exceptionis ſumitur ex eo quod in prin. §. præc. dictum eſt, Inuentas eſſe ſtipulationes, vt quiſque ſtipuletur de eo quod ſua intereſt, nihil autem intereſſe, vt Titio detur. Et igitur ſi mea interſit Titio dari, actio mihi concedenda erit. Eſt autem hic locus deſcriptus

Digitized by Google

ex *l. ſtipulatio 38. §. ſi ſtipulor 20. & §. ſi quis 22. & 23. de Verb. oblig.* vbi iſta quoque tria exempla referuntur, 1. ſi quis à contutore ſuo cui administrationem ſoli permiſerat, ſtipuletur ſaluam fore rem pupilli, cui nimirum & ipſe re male geſta & vtique in ſubſidium obſtrictus manet *h. §. & d. §. 20.* Alterum eſt, ſi quis ſtipuletur dari procuratori ſuo, qui v. c. pro ipſo expoſuerat pecuniam, quam actione mandati ipſi reſtituere tenebatur, *h. §. & dict. leg. 38. §. vnde & 23.* 3. ſi quis creditori tuo, cui debebat pecuniam ſub pœna, vel cui ſua bona & prædia, quæ propter moram diſtrahi poterant, obligauerat pignori, dari pecuniam ſtipulatus fuerit, vt ita diſtractionem bonorum, aut pœnam deuitaret *h. §. & d. l. 38. §. 23. de Verb. Obligat.*

TEXTVS.

15. Verſa vice, qui alium facturum promiſit, videtur in ea eſſe cauſſa, vt non teneatur, niſi pœnam ipſe promiſerit.

COMMENTARIVS.

Coniungendum eſt cum §. *alteri 18. h. text.* ſtipulatio, vt quis alteri det & vt alter det, inutilis eſt: & adeo fruſtra promittit quis alij dare, vel alium daturum. Sed ſicut illo caſu poteſt ſubiici ſtipulatio pœnalis, ſi non dederit alteri, ita & hoc poteſt ſubiici, ſi non dederit, vel fecerit alter: quippe ita ſuo nomine & ſeparata ſtipulatione conuenitur. *Idem in leg. ſtipulatio 38. §. 2. de Verb. Obligation.*

TEXTVS.

16. Item nemo rem ſuam futuram in eum caſum, quo ſua ſit, vtiliter ſtipulatur.

COMMENTARIVS.

Satis confuſe agit Iuſtinianus, & omnino hoc pertinet ad materiam *§. 1. & 2. ſupra h. t.* vbi agitur de obiecto ſtipulationis, & quæ res inutiliter in eam deducantur, & nominatim de re propria ſtipulatoris, quod eam inutiliter quis ſtipuletur; adeoque & in eum caſum quo mea res futura eſt, inutiliter eam promitti conſequens eſt; cum etiam ſi ſimpliciter res aliena recte promiſſa ſit, ſi tamen poſtea quo caſu mea fiat, inutilis reddatur ſtipulatio *d. §. 2.* Et ex ſtipulatione naſcitur obligatio ad dandum & dominiũ transferendum *l. vbi 75. §. vltim. de Verb. Obligat.* adeo non poſſum ex ſtipulatu petere rem quæ mea eſt *h. §. & l. nemo 87. de V. Obl.* Et eſt regula quod inutiliter actus confertur in id tempus, quo pure inutiliter fieret *l. quod Sponſæ 4. C. d: donat. ant. nupt.*

TEXTVS.

17. Si de alia re ſtipulator ſenſerit, de alia promiſſor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac ſi ad interrogatum reſpõſum nõ eſſet: veluti ſi hominem Stichum à te quis ſtipulatus fuerit, tu de Pamphilo ſenſeris, quem Stichum vocari credideris.

COMMENTARIVS.

Pertinet ad locum communem de errore & diſſenſu, qui omnes vitiat obligationes: itaque debebat coniungi, cum tractatione ſuperiori de furioſo & pupillo; In ſumma diſſenſus & error in ipſa ſpecie & corpore vitiat obligationem: idque propria quoque ratione in hac contractu, quam innuit hoc §. Iuſtinianus, quod perinde ſit ac ſi ad interrogatum reſponſum non eſſet; non quaſi plane nihil reſpondiſſet alter, vbi nulla eſſet ratio dubitandi, ſed quaſi expreſſe aliud ſe daturum

turum reſpondiſſet, quo caſu conſtat, nullam eſſe ſtipulationem; æſtimamus enim reſponſionem ex mente & ſententia reſpondentis, qui cum de alio corpore ſenſerit, hoc potius quod ſenſit, quam nudum nomen in cōſiderationem venire debet. Et ſicut vbi de corpore conſtat, non curatur de nomine, licet diuerſum nomen expreſſum ſit; de quo diximus ad §. *ſi in nomine de legat.* & de ſtipulatione reſponſum eſt, in *leg. ſi in* 32. *de V. Oblig.* ita ex aduerſo vbi de corpore diſſentitur, nudum nomen non poteſt facere, vt valeat actus: textus ad hoc generalis in *leg. in omnibus* 55. *de O. & A.* & in his terminis in *leg. inter* 83. §. 1. *lex continuus* 137. §. 1. *de Verb. Obligation.* Ita, ſi in corpore erratum & diſſenſum ſit: ſecus ſi de eo conſtet, licet in qualitate, aut materia erretur *l. ſi id quod* 22. *de Verb. Obligat.* qua in re vulgo receptum eſt, diuerſum obtinere in emptione, in qua pretium proportionatum conſtituitur, ad rem venditam, de qua tractatur in *l. in vendit.* 9. §. *vlt. cum l. ſeq. l. quid tamen* 14. *de contrah. empt.*

TEXTVS.

18. Quod turpi ex cauſa promiſſum eſt, veluti, ſi quis homicidium vel ſacrilegium ſe facturum promittat, non valet. Cum quis ſub aliqua conditione ſtipulatus fuerit, licet ante conditionem deceſſerit, poſtea exiſtente conditione eius hæres agere poteſt. Idem eſt & ex promiſſoris parte. Qui hoc anno, aut menſe hoc, dare ſtipulatus eſt, niſi omnibus partibus anni, vel menſis præteritis, non recte petet. Si fundum, vel hominem dari ſtipuleris, non poteris continuo agere, niſi tantum ſpatium præterierit, quo traditio fieri poſſit.

COMMENTARIVS.

HÆc omnia ſupra in præcedd. ſunt explicata. Diximus ad §. *ſi impoſſibil.* 10. *h. t.* quæ turpia ſunt, ea iure impoſſibilia haberi, & facere ſtipulationem nullam. Quod ſequitur in §. *pen.* de ſpe quæ transmittitur in hæredem, vbi obligatio eſt ſub conditione ſuſpenſa, explicatum eſt; ad §. *ſub condit.* 4. *in fin. de Verb. Obligat.* Et denique duo quæ ſunt in §. *vltim.* 1. quod niſi præterito toto die in quem obligatio collata eſt, agi poſſit, 2. quod etiam ei, qui pure promiſit, dandum ſit aliquod interſtitium temporis, inter quod ſolui poſſit, explicauimus in §. *omnis* 2. *ſupr. de Verb. Obligation.* Et non multum iſta ad hunc tractatum de inutilibus ſtipulat. pertinere videntur.

AD TITVLVM XXI.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE FIDEIVSSORIBVS.

TEXTVS.

Pro eo, qui promittit, ſolent alij obligari, qui fideiuſſores appellantur: quos homines accipere ſolent, dum curant, vt diligentius ſibi cautum ſit.

COMMENTARIVS.

AD debitum alienum ſoluendum quis ſe obligat, aut tacite & per quandam conſequentiam, veluti ſi mandet, vt alteri pecunia credatur, quo nomine ipſe tenetur *l. Papinianus* 28. *Mandati*, de quo *infr. h. libero tit.* 27. vel expreſſe. Et hoc, vel nouando, ſublata obligatione priori & liberato debitore veteri, qui dicitur expromiſſor *l. qui libertinus* 37. §. *vlt. de oper. libert.* & aliquando in ſpecie *Reus* cuius locum ſolus ſubit *leg. ſi vero* 64. §. *ſed & ſi* 4. *ſolut. matr. l. & eleganter* 7. §. *ſeruus* 8. *de dolo malo*, ex quo tamen textu apparet, expromiſſorem

Digitized by Google

rem dici, qui & pro non obligato ſe reum principalem conſtituit, qualis eſt ſeruus, aut tantum ſimul promittendo, manente & ſalua veteri obligatione; & hoc vel nudo pacto qui eſt conſtitutor *l.1. de conſtit. pec.* de quo in §. *de conſtituta 9. infra de actionibus*, vel per ſtipulationem, qui dicitur fideiuſſor, de quo *h.t.* & alias adpromiſſor *d.l.64 §.4. ſolut. matrim. l.5. §. ſatis de V.O. l. in omnibus 43. de ſtipulationib.* qui & ſponſor dicitur, apud *Varr. 5. de lingu Lat.* Spōdet, inquit, ſponſor, qui idem vt faciat, obligatur. quamuis procul dubio hoc verbum etiam eum, qui nomine proprio promittit, cōprehendat §.1. *ſup. de V.O.* Ait Iuſtin.

Pro eo, qui promittit.] Quod exempli tantum cauſa poſitum eſt: Ceteroquin conſtat omni regulariter obligationi accedere fideiuſſorē, docet §.1. Quod ait *pro eo*, intelligendum eſt, ſalua obligatione principali. Nam & qui per nouationem debitum alienum ſuſcepit expromittendo, recte dicitur obligari pro alio, ſed non eſt fideiuſſor. Et igitur dum ſalua obligatione principali obligatur pro alio fideiuſſor; efficitur inde fideiuſſionem acceſſionem eſſe quandam obligationis alterius: & ita fideiuſſor dicitur accedere *l.1. & paſſim de fideiuſſorib. §. fideiuſſores 5. inf. h.t.* cui tamen obſtare videtur, quod dicitur mox *infr. in §. 3. h.t. l. ſtipulatus 6. fin. D. eod.* poſſe fideiuſſorem etiam obligationem præcedere: abſurdum autem ſit, vt antecedat acceſſorium & ſequatur principale. Dicendum eſt, quod fideiuſſio præcedat non tam reuera, quam nomine nudo, & omnino quæ interim in ſuſpenſo ſit, & tum demum vim ſumat, atque ineſſe deducatur, vbi principalis obligatio exſiſtit, vt docet *l. fideiuſſor. 57. h.t.* fideiuſſorem non poſſe conueniri, antequam reus debeat, & *l. non 53. de iudic.* fideiuſſoris obligationem eſſe in pendenti.

Vt diligentius ſibi cautum ſit.] Hic finis eſt cuiuſcunque cautionis; & igitur fideiuſſionis quoque, *l.1. §. ſed aut 8. de O. & A.* de quo *infra de ſatiſdat.*

TEXTVS.

1. In omnibus autem obligationibus adſumi poſſunt, id eſt, ſiue re, ſiue verbis, ſiue literis, ſiue conſenſu cōtractæ fuerint. At nec illud quidem intereſt, vtrum ciuilis an naturalis ſit obligatio, cui adiicitur fideiuſſor, adeo quidem, vt pro ſeruo quoq; obligetur, ſiue extraneus ſit, qui fideiuſſorē à ſeruo accepit, ſiue dominus in id, quod naturaliter ſibi debetur.

COMMENTARIVS.

1 *An in cauſis criminalibus admittatur fideiuſſor.*
2 *An pro dote reſtituenda.*
3 *Obligatio naturalis inter ſeruum & dominum.*
4 *An obligationi ciuili nudæ accedat fideiuſſor.*

OBiectum fideiuſſionis. Et in primis, quia fideiuſſio acceſſio eſt, oportet eſſe obligationem: Ceteroquin fideiuſſio quoq; nulla eſt, vt docent *l. ſi quis 37. & l. ſi quis 56. in prin. h.t.* vbi autem eſt obligatio, ibi tenet fideiuſſio, quæcunq; etiā ſit obligatio, modo iure ciuili non improbata. Id licet animaduertere, ſi ſingulas ſpecies obligationis percurramus. Naſcitur illa, vel ex delicto, vel ex contractu. *ſupr. de obligat.* Et pro eo qui furti, iniuriarum, aut ex Leg. Aquil. obligatus eſt, vel etiam ex quaſi delicto, fideiuſſorem interuenire poſſe non dubitatur; quatenus ſcil. ex his cauſis ciuiliter & ad pœnam pecuniariam agitur, de quo caſu eſt *l. ſi quis 56. §. vltim. h.t. l. græce 8. §. ſed etſi 5. eod.* Ceteroquin ſi agatur criminaliter & quidem ad pœnam infligendam corpori, ſpecialis ratio inutilem facit fideiuſſionem, quod huiuſmodi pœnæ nemo ſuccedaneus fieri poteſt, cui⁹ nulla poteſt fieri reparatio, & vbi quod quis ſoluit; vel ſuſtinuit; nulla mādati actione repeti, aut in priorem ſtatum reponi poteſt. Nimirum ad id quod ſoluit fide-

fideiuſſor actionem mandati ad repetendum habet, ne officium ipſi ſit damnoſum: corporalis autẽ pœnæ nulla reſtitutio eſt, nec proficiet fideiuſſori, ſi eandem pœnam poſt ſubeat Reus: & offenderetur manifeſta iuſtitiæ ratio, ſi qui non peccauit, pœnam huiuſmodi ſuſtineret. Ita de pœna ipſius delicti, vel obligatione ad pœnam in corpus, vt pro ea non poſſit interuenire fideiuſſor: Ceteroquin alia eſt quæſtio, ſi quis reus criminis ſaltem, nec dum conuictus, aut indiciis ſatis grauatus, & fortaſſis honeſta alias perſona ſit, an in carcerem protinus coniiciendus, vt ex vinculis cauſam dicat, an fideiuſſoribus committendus ſit, qui caueant non de pœna, ſed de iudicio ſiſtendo, vt reus moleſtiam carceris euitet, ad quos fideiuſſionis terminos pertinent textus in *l.* 1. 2. *& 3. de cuſtod. reor. l.* 6. *§. ſuper his* 3. *& l. minime* 12. *Cod. de appellat.* & ſi ſe non ſiſterit reus in multam pecuniariam tenebuntur fideiuſſores, quæ aut in fideiuſſione definita, aut arbitrio magiſtratus definienda eſt: niſi quid dolo fecerint vt reus elaberetur: quo caſu ex admiſſo proprio extra ordinem grauius coerceri poſſunt, *per leg.* 4. *de cuſtod. reor.* Quæ ab aliis inuoluta, nec intellecta, aut explicata, breuiter hic adiicere libuit. Sequuntur obligationes ex contractu vel quaſi; ex quibus cum debeatur non niſi pecunia, vel quod eſt æſtimabile pecunia, haud dubie fideiuſſioni locus eſt: & id Iuſtinian. *h.* §. enumeratione quatuor ſpecierum, quas *ſup. de obligat.* propoſuit, oſtendit: & idem fere ICtus in *l.* 8. *§.* 1. *h. t.* & adeo propoſitio huius §. ſatis verificatur, licet aliqua excipiatur obligationis ſpecies: veluti ex communiſſima ſententia, obligatio qua tenetur maritus ad reſtituendam
2 dotem, † pro qua non recte accipi fideiuſſorem probant *Dd. ex t. t. Cod. ne fideiuſſ. dot. dentur*: quamuis quidam Neoterici eum tit. reſtringant ad caſum mariti qui coactus ſit dare fideiuſſorem. Sed parum ſubtiliter: tum quia maritus numquam præſumitur vltro ſe onerare velle grau i hac cautione: tum quia ita beneficium illarum LL. ſit futurum inutile marito: qui non audiretur excipiens poſtea ſe coactum fuiſſe, præſertim, (quæ etiam allegatio futura eſſet turpis) ab vxore: hic enim caſus ibi tractatur cum maritus tenetur dotem reſtituere vxori, non vbi alii extraneo, qui recte exigit fideiuſſorem. Neque vbi maritus non ſoluendo eſt, quæſtio iam vertitur inter maritum & vxorem, ſed inter vxorem & fideiuſſores, quos vxor conuenit & exigit, & qui de iure vel facto tertii excipere non poſſunt, nec poſſunt allegare maritum coactum dediſſe fideiuſſores, cum vtique ipſi ſponte interuenerint. Itaque admiſſa explicatione Neotericorum Duareni & Connani, prorſus eluderentur conſtitutiones, *ſub d. t. Cod. Ne fideiuſſ. dot. dent.*

Pergit Iuſtinianus: & quoniam ex quatuor illis ſpeciebus oritur ciuilis actio, addit, etiam pro naturali ſaltem obligatione, recte interuenire fideiuſſorem. Et vel hic locus oſtendit, non debuiſſe in *tit.* 14 *ſup.* omitti hanc obligationem naturalem, quippe cui recte accedit fideiuſſor, & procul dubio accedit ita, vt conueniri quoque poſſit & exigi.

De ſpeciebus naturalis obligationis egimus *d. tit.* 14. & diximus ibid. vtilem haberi fideiuſſionem pro hac obligatione, quoniam & illa ſuos effectus habet, & hunc præcipue, quod ſolutum retineri poſſit *l.* 6. *&* 7. *l. fideiuſſ.* 16. *§.* 3. *&* 4. *h. t.* Et Iuſtinian. hic exemplum proponit eius quæ talis eſt ob perſonam debitoris, veluti ſerui, qui naturaliter tantum poteſt obligari, *l.* 14. *de O. & A.* & vt hic §. docet, ipſi domino quoque, qui adeo recte pro hac obligatione fideiuſſorem accipit: pro eo nimirum, vt Iuſtinian. ait, quod † ſibi natura- 3
liter debetur: quod ego non dubito eſſe de eo genere debiti naturalis accipiendum, quod deſcendit ex adminiſtratione peculii, *argum. l. cum fide.* 35. *h. t.* quo etiam refero *l. ſi quis* 56. *§.* 1. *l. ſi a reo* 70. *§. adeo* 3. *eod.* alias vix exiſtimauerim obligationem naſci naturalem: quod tamen in medio relinquo; plane non tãtum ius ciuile obligationem naturalem conſiderat in ſe ex mero iure gentium, ſed etiam pro vt effectus, habet aliquos in repub. ceteroquin & ſeruo dominus poſſet dare fideiuſſorem:

Digitized by Google

quod negatur in *d. leg. 56. §. 1. h. tit.* Et tamen ſpecialis eſt eius deciſionis ratio, quod videlicet obligatio ciuilis & naturalis, qua tenetur fideiuſſor ſtatim & recta acquireretur domino, dum fideiuſſor ſeruo promitteret ſe debitum fide ſua eſſe iubere: idque eſt, quod ait ibi Iuriſconſultus, non poſſe fideiuſſorem eſſe pro eodem & eidem obligationi: ceteroquin quod dominus obligetur naturaliter ſeruo vt nec poſſit repetere, quod ſoluit manumiſſo, reſponſum eſt in *leg. ſi quid 64. de cond. indeb.*

2 Sed quid de obligatione † ciuili, quæ nuda & ſolum ciuilis eſt, deſtituta vinculo æquitatis, an & huic recte accedet fideiuſſor? Hoc quidem non obſcure videtur adfirmare *Angelus hic*, ſed contraria ſententia verior eſt: quoniam, vt diximus, ratio quæ facit, vt vtiliter accedat fideiuſſor naturali obligationi, hoc eſt, quod ſolutum repeti non poſſit: atquin quod hoc modo nude ciuiliter debetur, vbi nimirum debitor exceptione tutus eſt, ſolutum condici poteſt *leg. qui except. 40. de condict. indeb. leg. ſi non ſortem 26. §. 3. & §. adeo 7. eod.* ſicut & alii effectus quos naturalis ſola obligatio habet, hic deficiunt: cum nec huiuſmodi ciuile debitum conſtituit aut compenſari poſſit, *l. 1. §. 3. de conſt. pecun. l. quæcunq. 14. de compenſat.* & facit in terminis *leg. ſi poſt 57. h. titul.* vbi fruſtra dicitur pro eo interuenire fideiuſſor qui tranſactione liberatus eſt. At obiecerit quis iuxta hunc §. interuenire fideiuſſorem etiam pro eo qui literis obligatus eſt: quæ obligatio ſane eſt ciuilis nuda, cum non interuenerit pecuniæ numeratio: ex quo Dd. quoque iſtud mutuum nude ciuile appellant. Sed hac de cauſa nimirum ad *tit. de obligat. ſup.* hoc addendum, & obligatio quam mixtam diximus, ſubdiſtinguenda eſt, quod alia ſit vere talis, alia, vt ita dicam, præſumptiue. Hanc appello vbi Lex præſumit veram & naturalem quoque ſubeſſe obligationem. Id accidit, vbi quis per ſententiam iudicis condemnatus eſt, contra quem licet iudicauerit, attamen actio iudicati datur, & ſi ſoluerit, in quod condemnatus eſt, non repetit, quoniam ſententia pro veritate habetur, & quod iudicatum eſt eo loco cenſetur, ac ſi vere ita ſe res haberet *leg. ingenuum 25. de ſtatu hom.* & poſt ſententiam non amplius quæritur an debitum fuerit, ſed an iudicatum ſit *leg. poſt rem 56. de re iudic.* Ita quoque ſi quis chirographo profeſſus ſit accepiſſe ſe pecuniam & exinde elapſum ſit biennium, præſumitur & creditur numerationem eſſe ſecutam, vt chirographo continetur, de quo plura *tit. ſeq.* Secundum quam explicationem intelligendi ſunt Dd. qui obligationi ciuili tantum fideiuſſorem accedere poſſe admittunt, veluti *Bart. in l. 1. h. t. n. 3.* obligationem quandam ciuilem tantum, facit, quæ effectum habet exactionis. Effectus huius rei, quod fideiuſſionem adcedere poſſe negamus, in eo eſt, vt licet forte ſummo iure teneat ſtipulatio, tamen fideiuſſor conuentus eadem exceptione, quæ competit reo principali, creditorem repellere poſſit: quod facere non poteſt, qui interceſſit pro naturaliter tantum obligato, nec ob id eum repellere, quod reus principalis conueniri non poſſit.

TEXTVS.

2. Fideiuſſor non tantum ipſe obligatur, ſed etiam heredem relinquit obligatum. Fideiuſſor & præcedere obligationem & ſequi poteſt.

COMMENTARIVS.

HOc regulare eſt, vt obligationes deſcendant quoque in heredem, qui repræſentat defunctum: eæ nimirum obligationes (cuiuſmodi & hæc eſt) quæ ex conuentionibus naſcuntur: non quæ ex delictis, in quibus ceſſat repræſentatio & tranſmiſſio: cum delicta penitus hæreant in perſona delinquentis: non ſecus ac illa, quæ ſpeciali ſignificatu perſonalia dicuntur, & in heredes tranſire negantur, veluti priuilegia perſonalia *leg. priuilegia 196. de Reg. iuris. leg. maritum 12.*

Digitized by Google

tam leg. ſeq. ſolut. matrimon. ceteroquin & alio ſenſu, obligationes quæ ſunt ex conuentionibus, dicuntur perſonales, & inhærere perſonæ debitoris, ita vt actio perſonalis ſemper ſit contra eundem *leg. actionum 25. de obligat. & action.* qua in re opponitur actioni in rem *d. leg. 25.* ſed non ita inhærere, vt non tranſeant in heredem *§. vltim. infra Locati, leg. ex depoſiti 12. leg. ex contractibus 49. de obligat. & action. h. §. & leg. 4. D. eod.*

Fideiuſſor & pracedere.] Hoc iam ad *pr. tit.* explicatum eſt.

TEXTVS.

3. Si plures ſint fideiuſſores, quotquot erunt numero, ſinguli in ſolidum tenentur. Itaque liberum eſt creditori, à quo velit, ſolidum petere. Sed ex Epiſtola Diui Hadriani compellitur creditor, à ſingulis, qui modo ſoluendo ſunt, tempore litis conteſtatæ, partes petere. Ideoque ſi quis ex fideiuſſoribus eo tempore ſoluendo nō ſint, id ceteros onerat. Sed ſi ab vno fideiuſſore creditor totum conſecutus fuerit, huius ſolius detrimentum erit, ſi is pro quo fideiuſſit ſoluendo non ſit: & ſibi imputare debet, cum potuerit ex Epiſtola Diui Hadriani iuuari, & deſiderare, vt pro parte in ſe detur actio.

COMMENTARIVS.

1 *An fideiuſſor qui totum ſoluit, poſſit quid repetere.*
2 *Beneficium Adriani an Antonini.*
3 *Quando hac exceptio diuiſionis obiici poſſit.*

QVi eandem rem vel eandem ſummam promittunt, in dubio efficiuntur duo correi debendi, iuxta tradita *ſup. de duob. reis.* huiuſmodi autem ſunt plures fideiuſſores vnius debiti. Itaque ex natura duorum correorum ſinguli ſolidum debent *leg. 3. in f. Cod. h. tit. & h. §.* & ſinguli in ſolidum conueniri & exigi poſſunt. Huic iuri hactenus derogauit Hadrianus, vt poſſet vnus fideiuſſorum conuentus, petere vt diuideretur actio pro rata in confideiuſſores, qui eſſent ſoluendo. Exceptionem tantum dedit fideiuſſori conuento, ſed obligationem ipſo iure non diuiſit, vt ſinguli tantum pro parte eſſent obligati *leg. inter 26. h. titul.* Inter quæ multum intereſt. Quod ſi enim ipſo iure diuiſa eſſet obligatio, & vnuſquiſque tantum ipſo iure partem deberet, nullo modo teneret actio in ſolidum, nec quidem ſi aliqui ſoluendo non eſſent: ſed & ſi quis ſolidum ſoluiſſet, condicere partem poſſet, tamquam plus debito ſoluiſſet: quod vtrumque contra eſſe docet hic locus, & *d. lege. 26. leg. ſi teſtam. 49. §. 1. h. t.* Etenim docet Iuſtinianus ſi quis non obiecta exceptione diuiſionis totum ſoluerit, ipſum ſibi imputare debere, ſi reus principalis ſoluendo non ſit (contra quem nimirum habet propriam mandati actionem.) Ex hoc enim efficitur nihil eum repetere poſſe à creditore: ſimul & hoc, nec à confideiuſſore quoque poſſe repetere partem, quam exceptione obiecta alias creditor ab eo petere neceſſe habuiſſet: quod vtrumque expreſſum eſt in *leg. vt fideiuſſor 39. h. titul.* quod nimirum proprio iure actionem mouere non poſſit: etenim actionem ſibi ceſſam iure creditoris exercere, & partem exigere à confideiuſſoribus poteſt *d. leg. 39.* Fit autem hoc ex conditione & natura correorum, in quorum ſingulorum perſona in ſolidum obligatio conſiſtit: adeo cum quiſque ſoluendo propria obligatione ſe liberauerit, non habet quod eo nomine contra alium experiatur. Licet videatur æquitas ſuadere, vt cum vtique vnius ſolutione effectum ſit, vt alter liberetur, pars alteri reſtituatur: quod attigimus *ſup. de duob. reis.* An forte hæc eſt differentia, quod ex duobus correis principalibus, ſi vnus cōueniatur, omni-

Digitized by Google

omnimodo ſolidum ſoluere cogitur: at fideiuſſor vnus conuentus habet beneficium diuiſionis, quod ſi non obiiciat, renuntiaſſe ei videtur: quod hoc §. *in f.* innuit Iuſtinianus. Fruſtra autem hic obiicitur ab Interpp. quod qui tutus eſt exceptione perpetua, repetat, quod ſoluit. Neque enim hanc exceptionem habet fideiuſſor quaſi non debeat, ſed tantum quia æquum eſt eos qui ſimul interceſſerunt, ſimul conueniri: adeo ſi totum ſoluat non poteſt dici indebitum ſoluiſſe; maxime cum vtique totum creditori efficaciter debeatur. Hodie porro ex *Nou.* 4. beneficium quoque excuſſionis & ordinis fideiuſſoris habent, vt ante reum principalem, & niſi hoc prius excuſſo conueniri nequeant, quod olim ſecus fuiſſe conſtat *l.* 3. *C. h. t.*

Ex Epiſtola Hadriani.] Siue illa Epiſtola ad Senatum aut etiam ad quem magiſtratum aut priuatum miſſa & ſcripta fuerit. Hadriano tribuitur *h.* §. *& in l. inter* 26. *h. t. l. vlt. Cod. de conſtit. pecun.* ſed in *l. teſtamento* 49 §. 1. *eod. h. tit.* epiſtolæ D. Pii tribuitur. An forte quia ab hoc repetitum: an potius per Hadrianum *h.* §. *& in d. l.* 26. intelligitur Pius adoptatus ab Hadriano, & cuius nomen vſurpauit: vt putat *Cuiac. ad d. l.* 49. *h. t. lib.* 27. *quæſt. Papinian.* Et ita notauimus ſupra ad §. 2. *de SC. Tertull.* SCtum illud & Hadriani tempore D. Pii factum perhiberi. Beneficium tamen diuiſionis Edicto prætoris tribuit *Paulus* 1. *ſent.* 21. ſed ille locus fortaſſis corruptus eſt: vix enim dicere liceat, Hadrianum confirmaſſe Edictum prætoris, cuius hac de re nec minimum iure noſtro exſtat veſtigium.

Si ſoluendo litis cont. tempore.] Hinc olim Petrus collegit, hanc exceptionem diuiſionis, poſt litem conteſtatam opponi non poſſe. Sed non videtur id recte hinc inferri. Si litis conteſtatæ tempore inſpicitur an confideiuſſor ſoluēdo ſit necne: ergo numquam poterit hoc tractari poſt litem cont. Et videtur id eo pertinere, vt ſi poſt litem coteſtatam alter fiat ſoluendo, id ad onus ceterorum non pertineat *l. inter* 52. §. *p: n. h. t.* non autem eo vt qui iudicium accepit in ſolidum, non poſſit amplius petere vt actio diuidatur in ceteros, qui etiamnum ſunt ſoluendo. Et in *l. fideiuſſor* 10. §. 1. *Cod. h. t.* dicitur quod hoc poſſit obiici & diuiſio actionis peti ante condemnationem: quod ſane perquam dure ita acceptum à Petro eſt, vt ſignificet ante litis conteſtationem: quæ ratio loquendi à iure noſtro aliena eſt, vt quod ad litem neque conteſtatam tantum ferri poteſt, dicatur ante condemnationẽ recte fieri. Et tamen pro opinione Petri contra *d. l.* 10. *Cod. h. t.* ea fortiter militat ratio, quod cum ex ſtipulatione naſcatur ſtricti iuris actio, in qua non aliæ admittebantur exceptiones, niſi quæ nominatim à prætore formulæ inſertæ fuiſſent, non apparet, qui potuerit iudex admittere exceptionem diuiſionis poſt litem conteſtatam, quem imo iuxta iuxta formulam reum condemnare oporteret: vtpote qui ſemel in ſolidum, iudicium ſuſcepit. Ego ita cenſeo, ſi fideiuſſor, cum ceteri litis conteſtatæ tempore ſoluendo eſſent, in ſolidum ſuſceperit iudicium, eum poſt litem conteſt. exceptionem diuiſionis non potuiſſe obiicere: quod ſolida & certa iuris ratio efficit: ſicut & hoc quod per electionem vnius fideiuſſoris alter fuit liberatus, vt oſtendimus ad *Treutl. de fideiuſſor. th.* 1. *lit.* 6. Quod ſi tum tempore litis conteſtatæ ceteri ſoluendo non eſſent, vnus coactus ſit ſuſcipere iudicium in ſolidum, & poſt litem conteſtatam alter ſit effectus ſoluendo, eum tum adito prætore poſſe petere vt actio pro rata in eum qui iam ſoluendo eſt, detur: eoque refero *d. l.* 10. *C. h. t.* & facit quod Iuſtin. hoc loco imputandum ait fideiuſſori, qui non vſus eſt beneficio Epiſtolæ Hadriani. Nihil autem poteſt imputari ei, qui non potuit illa exceptione vti, vt maxime voluiſſet: quod beneficium ei negandum non eſt, vbi res ante condemnationem in alium ſtatum deducta eſt, & fideiuſſor alter ſoluendo eſſe cepit, ceteroquin non video quomodo lite conteſtata fideiuſſor poſſit mouere hanc exceptionem. Et inepta eſt ratio Bartoli relata ab Angel. quod non niſi poſt litem cont. poſſit conſtare an ceteri ſint ſoluendo: quoniam ſi de hoc dubitatur

Digitized by Google

ſatur, fideiuſſor conuentus petere debebit hanc exceptionem inſeri formulæ, *ſi non & ceteri ſoluendo ſint l. ſi contendat* 28. *h. t.* quo facto & probato, nõ niſi in partem fideiuſſor damnabitur. Illos autem dubio procul errare puto, qui etiam poſt condemnationem & ſententiam, exceptioni diuiſionis faciunt locum, quorum mentio eſt apud *Ioh. Fab. & Angel. hic, & Cyn. in d. l.* 10. *Cod. h. t.* qui tum per *d. l.* 10. refutantur, vbi dum ante condemnationem hoc admittitur, ſatis hoc ipſo ſequens tempus excluditur: tum per certam regulam iuris, quod exceptio quæ oppugnat ſententiam, poſt condemnationem non habet locum. Neque obſtat adeo *l. ſi fideiuſſores* 41. §. 1. *h. t.* quoniam ratio alia eſt exceptionis cedendarum actionum, quæ non oppugnat ſententiam, nec modo vllo lædit aut minuit ius victoris. Minus mouet *l. inter eos* 51. §. *vlt. h. t.* neque enim intelligendus ibi eſt fideiuſſor damnatus ex cauſa fideiuſſionis, ſed ex delicto, & propterea bona fiſco vindicata: & poſt actum de conueniendis fideiuſſoribus: quod ſatis mihi videtur perſpicuum: vt mirer ibi hærere Interpp. & Ioh. Fabrum cum aliis eo adigi, vt reſtringant illum textum ad caſum interpoſitæ appellationis, & per hanc ſuſpenſæ, & imo extinctæ ſententiæ vt loquitur *l. 1. §. vlt. ad Turpill.*

TEXTVS.

4. Fideiuſſores ita non poſſunt obligari, vt plus debeant, quam debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio acceſſio eſt principalis obligationis: nec plus in acceſſione poteſt eſſe, quam in re principali. At ex diuerſo vt minus debeant, obligari poſſunt. Itaque ſi reus decem aureos promiſerit, fideiuſſor recte in quinque obligatur: contra vero obligari non poteſt. Item ſi ille pure promiſerit, fideiuſſor ſub conditione promittere poteſt: contra vero non poteſt. Non ſolum autem in quantitate, ſed in tempore etiam minus aut plus intelligitur. Plus eſt enim ſtatim aliquid dare, minus eſt, poſt tempus dare.

COMMENTARIVS.

1 *An qui in plus quantitate fideiuſſit, teneatur in ſummam concurrentem.*

2 *An durius ſit obligatus, qui fideiuſſit pro naturali tantum obligatione.*

3 *Caſus, quo ſublato principali, manet acceſſorium.*

SAtis conſtanter definitum eſt iure noſtro fideiuſſores in plus & omnino duriorem cauſam accipi & obligari non poſſe, & ſi accepti ſint, omnino non obligari, & nullam eſſe fideiuſſionem. Inde enim eſt, quod tam ſollicite tractant, an & quando in duriorem cauſam videatur acceptus fideiuſſor, vt in *l. Græce* 8. § *illud* 7. *cum ſeqq. l. fideiuſſor* 16. §. 1. *l. hi qui* 34. *l. ſi teſtamento* 49. §. 2. *l. ſi Stichum* 38. *l. ſi à reo* 70. §. 1. & 2. *h. t.* Ratio eſt, tum quod fideiuſſio eſt acceſſio principalis obligationis *h.* §. tum quod quæ ratio eſt in ipſa principali ſtipulatione, quo ad interrogationem & reſponſionem, vt ſi in hac ſit diuerſitas, nulla ſit ſtipulatio, vt tractatum ad §. *præterea tit. præced.* eadem eſt ratio & proportio inter fideiuſſionem & obligationem principalem, vt illa nulla ſit, ſi ab hac eadem proportione ſit diuerſa. Et hoc quidem vbi in qualitate eſt diuerſitas circa diem vel conditionem, dubium non habet: ſed quæritur, ſi v. c. cum reus quinque deberet fideiuſſor acceptus eſt in decem, an ſaltem in concurrentem ſummam obligatus ſit fideiuſſor: quod negatur communiter à Dd. pro quorum ſententia facit *l. græce* 8. §. *illud* 7. *h. t.* vbi qui plus promiſit dicitur in duriorem cauſam obligatus: & in genere affirmatur, fideiuſſionem eſſe nullam quæ in duriorem cauſam conſtituta eſt. Et verba *omnino non.* haud patiuntur illam interpretatio-

pretationem, vt fideiuſſor pro parte teneatur. Facit & quod omnibus locis paulo ante citatis, quibus in duriorem cauſam acceptus dicitur procul dubio eo ſenſu inutilis dicitur, fideiuſſio, vt nullo modo teneat. Quod quidem pene ſuperſtitioſius quam æqnius ſecuti videntur ICti, vt quocunque etiam reſpectu plus vel durius videretur obligatus fideiuſſor, inutilem eſſe fideiuſſionem reſponderint: vt proinde cum in iſtis terminis fideiuſſorem in duriorem cauſam acceptum dicant, veroſimile ſit, fideiuſſionem pro nulla eos habuiſſe. Sunt plane plurima quæ in contrarium afferuntur, de quibus prolixe egi ad *Treutl.* ſed præcipua obiectio eſt ex *l.* 1. §. 4. *de verb. oblig.* Quod ſi enim principalis obligatio non vitiatur ob diuerſitatem in quantitate, ſed valet vſque ad cõcurrentem ſummã, nulla videtur ratio dari poſſe, ob quam acceſſoria obligatio non debeat valere. Cogitabam ita remoueri hanc obiectionem poſſe, ſi diſtinguamus, an cum reus principalis centum deberet, fideiuſſor fuerit rogatus, vt fide ſua ducenta eſſe iuberet: an vero eadem centum rogatus, ipſe ducenta reſponderit. Illo caſu defendam communem opinionem Dd. quoniam in tota promiſſione fideiuſſoria eſt diuerſitas, quæ facit, vt non poſſit valere fideiuſſio, quæ in nullo conſenſit cum principali. Hoc autem caſu dixerim obligationem conſiſtere in centum; neque hic poteſt vllo modo euitari argumẽtum quod ſumitur ex *d. l.* 8. §. 4. *de verb. obligat.* Et de illo quoque caſu recte accipitur *d. l* 8. §. 7. *h. t.* quoniam tum demum vere & proprie in duriorem cauſam acceptus dicitur fideiuſſor, vbi creditor plus ab eo ſtipulatus eſt, q̃ debebat reus principalis.

2 Illa non magni momenti † obiectio eſt, quod cum pro naturali obligatione recte dicatur accipi fideiuſſor, hic tamen in duriorem cauſam accipi videatur, cum debitum ipſum exigi à reo principali non poſſit, quod à fideiuſſore exigi poteſt. Hoc enim omnino effectu dicitur fideiuſſor recte intercedere pro naturaliter obligato. Etenim recte reſpondent Doctores & tribus verbis: Fideiuſſorem non poſſe obligari extenſiue, ſed poſſe intenſiue: id eſt, non poſſe obligari in plus, ſed poſſe arctius & fortius. Et ſupra diximus, quod hæc ratio fecerit vtilem hanc fideiuſſionem, quod ſi debitor principalis ſoluat pecuniam, eam non poſſit repetere: & itaque hoc reſpectu ſi conſideres debitorem, tamquã bonam fidem agnoſcentem, & ſoluentem, quod vt ſoluat, iure gentium adſtrictus eſt, videtur debitor efficaciter eſſe obligatus: & accidit hoc propter perſonã debitoris, aut qualitatẽ conuentionis, vt ne efficax exſiſtat obligatio iure ciuili: ceteroquin ex iure gentium perfecta eſt obligatio. Sed de his plus ſatis. Inepte autem hic quaſi exceptionis loco affert Mynſing. quod fideiuſſor de iudicio ſiſtendo accipiatur in duriorem cauſam, cum & pœnam promittere ſoleat, quam non debet reus principalis. Etenim fideiuſſor hic non accedit obligationi principali ſuper qua reus in iudicium vocatur: ſed illi ex qua iuxta Edictum prætoris iudicio ſe ſiſtere reus tenetur: quod futurum & facturum reum ſuſcepit fideiuſſor, & ni fiat promittit pœnam, & quadantenus rei principalis rationem habet.

Fideiuſſio acceſſio eſt.] Et cum igitur acceſſorium ſine principali non poſſit eſſe, inprimis neceſſarium eſt, vt adſit aliqua obligatio, pro qua interueniat, & cui accedat fideiuſſor cum nec obligari poſſit, niſi prius exſiſtat obligatio principalis, vt ad *princip. tit.* diximus. Ex quo eſt, vt qui adiectus eſt ſolutionis gratia, cum reum principalem obligatum non habeat, accipere fideiuſſorem non poſſit *leg. ſi mihi* 23. *h. tit.* Itemque vt vbi confuſa eſt obligatio, & ita ſublata non poſſit fideiuſſor amplius teneri *leg. ſi Stichum* 38. §. 1. *h. tit.* Eſt tamen (quia acceſſio eſt. Ergo primo nulla eſt, vbi initio nulla eſt obligatio, ſecundo tollitur vbi principalis obligatio tollitur) caſus vbi ſublata obligatione principali, quæ initio recte conſtiterat, fideiuſſio durat, veluti ſi reus ſine herede deceſſerit, *l. ſi ſine* 32. *in princip. de admin. tut.* Ergo omnino vbi nulla initio eſt obligatio, nulla & fideiuſſio eſt: regulariter etiam ſublata principali obligatione tollitur fideiuſ-

Digitized by Google

fideiuſſoria: ſed vbi ſine herede reus deceſſit, non eſt ordinarius modus tollendæ obligationis, ſed fit ex accidenti, quod non eſt heres in quem actio detur: nec tamen perit ius creditoris aut actio, ſed illi integra manet, & contra fiſcum, & hactenus vt in bona ſe immitti petat: adeo ſi periret obligatio fideiuſſoria, iniqua conditio inſerretur creditori.

Aliquando quoque fideiuſſoria obligatio ſubit locum obligationis principalis quatenus ei porro ſecundus accedit fideiuſſor *l. Græce 8. §. vlt. h. t.* ſed illa nimirum reſpectu principalis & primæ obligationis, nihilominus eſt acceſſio.

Non ſolum autem.] Quot modis *plus* dicatur, docet ex profeſſo *Iuſtin. in §. plus autem inſr. de actionib.*

TEXTVS.

5. Si quid autem fideiuſſor pro reo ſoluerit, eius recuperandi cauſa habet cum eo mandati iudicium.

COMMENTARIVS.

NE fideiuſſori officium ſit damnoſum, certis actionibus & remediis quibus quod ſoluit pro debitore vt rurſus conſequatur, prouiſum eſt. Et vtitur actionibus, vel propriis vel ceſſis, & ſcilicet à creditore in ſe translatis. Propriæ actiones ſunt, mandati, *h. §. l. idemque 10. §. fideiuſſores 11. Mandati l. ſi fideiuſſor 6. Cod. eodem.* vbi nimirum rogatus quis & ex mandato pro alio interceſſit: & negot. geſtorum, ſi quis ſine mandato, animo negotium alterius gerendi pro alio fideiuſſit *l. 6. §. 2. l. ſi pro 40. Mand. l. vlt. Cod. de negot. geſt.* Circa ceſſas actiones ita in genere ius eſt, vt quiſquis ab alio exigit, quod alius principaliter vel æque cum illo debet, petenti reo conuento cedere actiones teneatur, quos habet contra eos qui principaliter aut æque ſunt obligati. Hinc correus debendi vnus ſi conueniatur in ſolidum iure petit ſibi cedi actiones contra alterum correum, vt quod ſoluit pro rata ab eo repetere poſſit. Hinc itidem fideiuſſor conuentus iure petit vt ſibi cedatur actio contra reum principalem vel contra confideiuſſores *l. vt fideiuſſor 39. l. ſi fideiuſſ. 41. §. vltim. h. t. l. cum alter 11. Cod. eod.* idque in *l. fideiuſſ. 17. h. t.* dicitur vendere (Hal. tamen legit *cedere*) ceterorum nomina: quoniam quaſi pro pretio actionum ceſſarum videtur fideiuſſor totum ſoluere *argu. l. Modeſtinus 76. in f. de ſolut. l. cum is qui 36. h. t.* Cedere autem actionem in iure noſtro nihil aliud eſt, quam per mandatum actionem in alium transferre, vt docent *l. 1. §. & ſi forte 13 cum §. ſeq. iunct. l. cum pupillus 21. de tut. & rat. diſtr. leg. quod ſi minor 24. in princip. de minorib.* de qua re alibi tractatur.

TEXTVS.

Græce etiam fideiuſſor ita poteſt accipi, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ, ſed & ſi dixerit, θέλω, ſiue βούλομαι, ſed & φημί, pro eo erit ac ſi dixerit λέγω. In ſtipulationibus fideiuſſorum ſciendum eſt, hoc generaliter accipi, vt quodcunque ſcriptum ſit, quaſi actum, videatur etiam actum. Ideoque conſtat, ſi quis ſcripſerit ſe fideiuſſiſſe, videri omnia ſolenniter acta.

COMMENTARIVS.

GRæce.] Stipulationem poſſe fieri quacunque lingua dictum eſt in *§. 1. ſup. de verb. obligat.* eadem fideiuſſionis ratio eſt quæ fit per ſtipulationem. Pro eo autem quod vulgo legitur κελεύω ἐγώ, Hottomannus, Cuiacius, Weſembecius legunt κελεύω, λέγω, ex *leg. græce 8. in princip. h. titul.* Sed nihil neceſſum eſt, vt iiſdem verbis dicamus vſum fuiſſe Tribonianum: & Theophilus omiſſo

Digitized by Google

omiſſo verbo ἐγὼ ſimpliciter ſcribit κελεύω θέλω &c. tanto minus neceſſum eſt, vt expunctis prioribus verbis, *ſed & ſi dixerit* legamus, κελεύω, λέγω, θέλω βούλομαι vt Hottom. Et tamen pro priori illo facit, quod mox hoc textu dicitur, *ac ſi dixerit* λέγω quod ſane arguit, verbum hoc λέγω præceſſiſſe.

In ſtipulationibus.] Dicimus ad §. *ſi ſcriptum 16. tit. præc.* pro inſtrumento eſſe præſumptionem ſolemnitatis, videlicet intrinſecæ, quæ requiritur à iure, & quæ pertinet ad ſubſtantiam actus, & ſine qua ipſe actus penitus & in ſe eſſet nullus. Itaque cum ad eſſentiam ſtipulationis requiratur interrogatio, ſi ſcriptum ſit in inſtrumento, ſtipulatione interpoſita quem reſpondiſſe, creditur præceſſiſſe interrogatio. Hinc ſi in inſtrumento ſcriptum ſit, quem fideiuſſiſſe, credimus ſtipulationem deſuper factam fuiſſe: quoniam hoc eſt de fideiuſſionis eſſentia, *h. §. & l. ſciendum 30. de V.O.* vbi hoc plenius tradunt *Dd. & late Ang. & Ioh. Faber hic.*

AD TITVLVM XXII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE LITERARVM OBligationibus.

TEXTVS.

Olim ſcriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri di cebatur: quæ nomina hodie non ſunt in vſu. Plane ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt, de minime numerata pecunia poſt multum temporis exceptioné opponere non poteſt: hoc enim ſæpiſſime conſtitutum eſt: ſic fit vt & hodie, dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur, & ex ea naſcatur condictio, ceſſante ſcilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus conſtitutionibus vſque ad quinquennium procedebat: ſed ne creditores diutius poſſent ſuis pecuniis forſitan defraudari, per noſtram conſtitutionem tempus coarctatum eſt, vt huiuſmodi exceptio vltra biennii metas minime extẽdatur.

COMMENTARIVS.

1 *Probatur non eſſe veram obligationem ex literis.*
2 *Qualis ſit actio hæc & obligatio, contra ineptias Dd.*
3 *An poſt biennium opponi poſſit exceptio.*

HActenus de contractibus qui ineuntur re & verbis: ſequitur iuxta §. *vlt. ſup. de obliga.* tertia ſpecies obligationis vel contractus, qui literis conſtituitur: qui ſecundum Iuſtinianum hic eſt, vbi quis ſpe numerationis ſecuturæ chirographo confeſſus eſt ſe accepiſſe pecuniam: quoniam enim ita conſtitutum eſt, vt credatur chirographo, ne poſt quinquennium & hodie poſt biennium opponi poſſit exceptio non numeratæ pecuniæ, fit, vt videatur ex literis obligari, qui in re veritate pecuniam non accepit, vt ipſe hic ait Iuſtinianus in verſ. *ſic fit.* Ex quo ipſo ſatis apparet hunc non eſſe vere & proprie dictam obligationem: quod ego ante viginti amplius annos libello publice edito, & poſt ad *Treutl. de mutuo th. 2.* ſolidis rationibus oſtendi, cum id quidem iam ante mouiſſet *Connan. 1. comm. 6. num. 11.* ſed omnino leuiter & ſuſpenſa manu, vt nec rem intellexiſſe ſatis videatur. Rationes ſunt hæ, quas ſtrictim ſubiicere libet, primo quod nullo alio iuris loco mentio fit huius obligationis ſed ſpecierum tantum trium, quæ verbis, literis & conſenſu contrahuntur, *l. 1. §. 1. in princip. de obligat. & action. l. 1. in f. de pact. l. græce §. 1. de fideiuſſ. l. 1. §. 1. de nouationib.* & longe alio ſenſu Caius *li. 2. de obligation. tit. 9. §. literis 12.*

literis

Digitized by Google

literis contrahi ait obligationem. Itaque Dd. hic & in *l.* 14. *C. de non num. pec.* coguntur dicere hanc obligationem olim incognitam à Iuſtiniano demum introductam eſſe: quod plane alienum ab ipſius mente & manifeſto falſum eſt: cum de hac re agatur non vno textu, *ſub tit. de non num pec.* quorum autores ii ſunt principes, quorum temporibus ICti noſtri vixerunt: & in quibus etiam fit mentio legitimi temporis, intra quod olim exceptio hæc proponenda erat, quod contraxit, & hoc ſolum, hac in tractatione mutauit Iuſtinianus, nullam autem obligationem introduxit.

Alterum argumentum eſt, quod qualis eſt actio & eius intentio talem etiam oportet eſſe conditionem & naturam obligationis & contractus: atquin intentio actoris hic eſt, quod numerauerit pecuniã, in quo & in numeratione neceſſe habet fundari ſuam intentionem, eamque probare, vt ait *l.* 3. *C. de non num. pec.* Quod ſi obligatio reuera ex literis eſſet, liceret agere ſub hac formula: *Aio te mihi debere, quia ſcripſiſti te mihi daturum.* cuiuſmodi obligationem fateor. Lege induci poſſe, non minus ac vt obligatio ex verbis naſcatur ore prolatis. Sed nego vllam talem obligationem iure noſtro eſſe introductam: & vltro apertiſſimum eſt, de huiuſmodi obligatione, nec *ſub h. t.* nec in *Cod. de non num. pec.* tractari. Falſum eſt igitur omnino, quod hic Fab. poſt Dd. probat, quod actor non habeat neceſſe imo non debeat in libello ponere, quod pecunia ſit numerata, ſed hoc ſolum, quod reus ſcripſerit ſe debere decem ex cauſa mutui: Quod quidem penitus ineptum eſt: & quorſum enim addatur cauſa mutui, ſiquidem ex literis eſt obligatio, cum nemo obligari poſſit ex mutuo, niſi pecuniam acceperit. Et veriſſimum eſt, quod ipſe hic obiicit Faber, nec extricare poteſt, quod confeſſio non inducat obligationem ſed faciat probationem: & penitus eſt inexplicabile, quod ipſe rurſus obiicit Faber, nec remouere poteſt, quod reus poſſit obiicere ſibi non eſſe numeratam pecuniam, & ea obiectione & exceptione propoſita (ſcilicet ante biennium) cogi creditorem probare numerationem: Ex quo neceſſario prorſus efficitur, ad fundanda actionem requiri numerationem pecuniæ, quam probare actor alias neceſſe non haberet. Et fundamentum iſtud tertium eſt, ex quo euinco non eſſe iſtam veram ex literis obligationem: Quod oppugnatur ab exceptione, in eo neceſſe eſt fundatam obligationem eſſe: atquin exceptio quæ his opponitur, oppugnat numerationem, & quod pecunia numerata ſit, negat, ceteroquin ſi verè ex literis obligatio eſſet, oporteret reum qui abſolui vellet, excipere, ſe non ſcripſiſſe, neque enim peti poteſt exceptio ex obligationis diuerſo genere, ad oppugnandum aliud obligationis genus, nec magis, ſi vere eſſet obligatio ex literis, pecuniæ numeratæ exceptio obiici poſſet, quam contra eum qui agit ex ſtipulatu, aut ex emptione.

Et quid igitur eſt? Nimirum quod res eſt? fateri oportet, Iuſtinianum paulo pinguius eſſe locutum, dum obligationem hanc ex literis, tanquam ſpeciem diuerſam & ſeparatam ab aliis proponit. Et dum debitor elapſo biennio, non auditur opponens pecuniæ non numeratæ exceptionem, ſed ſoluere compellitur omnino *l. ſi intra* 8 *in fin. C. de non num. pecun.* fit, vt ex hypotheſi non factæ numerationis videatur, non ex numeratione, ſed ex literis obligatur, idque innuit Iuſtin. dum ita fieri ait, vt debitor dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur, pro quo rectius dixiſſet ꝙ ſcriptura obligatus videatur. Nec enim poſt biennium quoque creditor ex ſcriptura agit, & ideo reum condemnari petit, quod ſcripſerit ſe debere, ſed agit ex numeratione, & ei probandæ adducit chirographum & confeſſionem Rei, quæ contra ſcribentem inducit præſumptionem, quæ initio quidem & ante lapſum legitimi temporis, leuior aliquanto eſt, itaque obiecta exceptione, numerationem actor cogitur probare, ſed autoritate iuris & aſſiſtentia legis hæc præſumptio decurſu biennii firmatur, & confeſſioni creditur, ita vt amplius exceptioni non ſit locus. Et ex hac præſumptione ac-

ceptæ pecuniæ,& hoc poteſt eſſe pro quarto argumento ſententiæ meæ) condemnari debitorem apertiſſime probatur ex *ſ. huius t.* vbi Iuſtin.ait, ſe coarctaſſe tempora exceptionis, ne fortaſſe creditores pecuniis ſuis defraudentur, dum nimirum improbi debitores, poſt acceptam vere pecuniam, tamen creditores flagitant probationem pecuniæ: & iſtud vero ineptiſſime diceretur, ſiquidem fundamentum obligationis inſcriptum eſſet. Et vt igitur tandé hanc cõcludamus diſputationem, dico hanc obligationẽ eſſe ex præſumpto mutuo, reſpectu hoc, q̧ debitor negando, rem dubiam facit: ceteroquin dum intentionem actoris conſideramus, ex vero mutuo eſt obligatio & actio. Itaque etiam hic dabitur condictio certi, tamquam ex mutuo per *l.5.C.h.t.* vbi dicitur, peti QVASI creditam

2 † pecuniam. Et ita rurſus ruunt Dd. diſputationes, quæ nam hic actio,an ex lege condictio & ex qua,an actio in factum competat: Itemque hinc quoque coarguuntur ineptiæ Dd. qui intricatiſſime diſputant, qualis nam naſcatur & ſit hæc obligatio, an naturalis & ciuilis, an ciuilis tantum, & an ſemper ſit ciuilis ſola, an ſaltem poſt biennium ſuperueniat naturalis obligatio, quam quidem initio quoque interuenire cenſent, & meras nugas agunt, vt videre eſt ex *Angelo & Fabro hic.& Dd. in d.l.in contractibus* 14.*C.de non num.pecun.* Nempe, vt attigimus *ad* §.1.*tit. præc.* eſt quædam mixta obligatio ciuilis & naturalis, non reuera, ſed præſumptiue, cuiuſmodi eſt & iſta, propter debitoris confeſſionem. Oſtendunt iſta, hos quoque errare, qui poſt biennium contendunt naſci obligationem ex literis. Nam vti ante probauimus, & poſt biennium oportet creditorem agere ex numeratione, & quod veriſſime ſcribit *Conn.d.lib.1. comm.cap.6 n* 11. Lapſus biennii non veram & nouam affert & facit obligationem, ſed adimit contra probandi facultatem vel potius, adimit obiiciendi facultatem, ſcil.cum effectu, quia exceptio inutilis eſt poſt biennium, qua non obſtante ſoluere pecuniam compellitur debitor, & quidem omnimodo, vt eſt *in d.l.ſi intra* 8. *C. de non num. pecun.* & vt poſtea nullo modo introduci poſſit querela & exceptio pecuniæ nõ numeratæ *l. in contractibus* 14. *in prin.C.d.l.* quod † tamen frequentius ita eſt 3
acceptum, vt non poſſit proponi, ea modo ordinario, vt onus probandi creditor teneatur ſuſcipere: ceteroquin videtur humanitatis eſſe & æquitatis, vt ſi velit debitor probare pecuniam ſibi non fuiſſe numeratam, audiatur: & ſane de hoc extraordinario modo probandi negatiuam (quæ nec videtur poſſe regulariter probari. *arg. l. adſeueratio* 10. *C. de non num.pec.*) non videntur cogitaſſe Impp. nec eam voluiſſe excluſam, cum faciat hic pro debitore naturalis ratio, & ex ea deducta notiſſima regula, quod nemo debeat locupletior fieri cum alterius damno & iniuria: nec quiſquam iudicum propitiis auribus audiet creditorem ſeu potus actorem, omnino vrgentem vt Reus condemnetur, etiamſi poſſit probare pecuniam non eſſe numeratam. Atque hæc ad explicationem huius rei ſufficere poſſunt: varias enim quæſtiones quas de hac exceptione mouent Dd. ne nimis late euagemur, remittimus, & ex fundamentis quæ conſtituimus facile omnia explicari poſſunt. Hoc vnicum addendum eſt, exceptiones alias regulariter eſſe perpetuas, quoniam in poteſtate rei non eſt excipere cum vult, ſicut in poteſtate alterius eſt agere: hanc autem, *non num.pec.* eſſe temporalem, quoniam nimirum permiſſum eſt ei, qui ſpe numerandæ pecuniæ chirographum emiſit, vt & condicere chirographum per actionem incerti, & contestatione non factæ numerationis exceptionem perpetuam facere poſſit, iuxta *l.ſi intra* 8. *l.9.& l.in contractibus* 14 §.*in omni* 4.*C.de non num.pec.* Neque mouet, quod cum hac exceptione concurrit exceptio doli *l.* 3.*C. de non num.pecun.* quæ perpetua eſſe dicitur. Id enim verum eſt in exceptione doli ſpeciali, non in generali, quæ cum aliis exceptionibus concurrens earum naturam imitatur, vt recte *Ioh.Faber hic.*

Quæ olim potto fuerat nominum obligatio, quam hodie in vſu non eſſe *in pr tit.* ſcribit

bit Iuſtinianus hic explicat *Hottom.* & nimirum nominibus contractam obligationem dici conſueuiſſe, cum in tabulis, quas ſinguli patresfam. conficere ſolebant, ſcriptum erat aliquem alicui debere, cuius rei veſtigia aliqua ex iure noſtro ibidem colligit. Non tamen fuiſſe hanc propriam & ſpecialem obligationem, ſed ad probationem tantum pertinuiſſe non dubito, quod nimirum ex quocunque contractu aut obligatione quis aliquid debebat, id procul dubio in tabulas illas referebatur: & communem eſſe puto, quod hic Theoph. de veteri literarum obligatione & per eam facta nouatione ſcribit.

AD TITVLVM XXIII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE OBLIGATIONIBVS EX conſenſu.

TEXTVS.

Conſenſu fiunt obligationes, in emptionibus venditionibus, locationibus, conductionibus, ſocietatibus, mandatis. Ideo autem iſtis modis dicitur conſenſu obligatio contrahi, quia neque ſcriptura neque præſentia omnimodo opus eſt: vt nec dari quidquam neceſſe eſt, vt ſubſtantiam obligatio capiat, ſed ſufficit eos, qui gerunt negotia, conſentire. Vnde inter abſentes quoq; talia negotia contrahuntur: veluti per epiſtolam vel nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri præſtare ex bono & æquo oportet: cũ alioquin in obligationibus verborum, alius ſtipuletur, alius promittat.

COMMENTARIVS.

Sequitur tandem quarta & poſtrema ſpecies obligationum ex contractibus, qui conſenſu cõſtituuntur, ꝙ ipſe Iuſtin. ſatis explicat: nã cũ ſine cõſenſu nullus cõſiſtere poſſit contractus *l.1.§.pen.de pact.* hi cõtractus cõſenſu conſtare dicuntur: quod in ceteris præter conſenſum aliquid amplius requiritur, veluti res & verba: ſed in his ad producendam efficacem obligationem ſufficit hoc ſolum, quod ſimpliciter conſenſum eſt. Ex quo infert Iuſtin. etiam per nuntium & per epiſtolam hos contractus poſſe fieri: nimirum per ſimplicem & ſolam epiſtolam & nuntium: ceteroquin & res per nuntium mitti poſſunt: quo ſenſu conuenire re & per epiſtolam ſiue nuntium opponuntur inter ſe *in l.2. in pr. D. de pactis.* Similis illatio eſt, *in l.1.§.vlt.de contr.empt. l.2.de ob.& act.l.1.in pr. Mand.l.4.de pignorib.l.4. de fid.inſtrum.l.in quibuſcunque,de ob.& act.*

Item in his contractibus.] Alia his verbis notatur proprietas contractuum qui conſenſu conſtant: quod ex his plenior & laxior naſcatur obligatio, in id quod alterũ alteri præſtare æquum eſt, licet verbis non ſit expreſſum: ſed in obligatione verborum, alius ſtipuletur, alias promittat: id eſt, quod hic naſcatur obligatio ſtrictior, nec vltra verba ſtipulationis *l.quidquid,99 de V.O.*

Nam in ſtipulatione vterque neceſſario præſens eſt, & vterque loquitur: vt ipſis imputari poſſit, ſi quid non dixerint, quod proinde pro omiſſo habendum eſt. Tum ipſa natura contractuum de quibus hoc tit. agitur, ita comparata eſt, vt omnia quæ præſtari æquum eſt, nominatim exprimi non poſſint, cum quædam etiam non raro poſt emergant, quæ officium iudicis & viri boni deſiderant. Denique ita ſtipulatio iure ciuili formata eſt, vt eius eſſentia conſiſtat in ſolemnitate quadam verborum: extra quæ quidquid eſt, neceſſe eſt, vt extra contractum ſit idem. Iſti autem ſunt contractus iuris gentium, nec ita determinatam, ſed laxiorem habent naturam.

Digitized by Google

Iſta tamen proprietas non videtur propria eſſe contractuum qui conſenſu conſtant, ſed communis omnibus bonæ fidei contractibus, per §. *in bona* 30. *infr. de action.* eaque oppoſitio contractuum, & porro actionum bonæ fidei, ad ſtipulationem & imo omnes ſtricti iuris actiones & contractus, eleganter probatur ex textibus *in l. quia 7. de negot. geſt. l. Lucius 24. in fin. depoſ. l. 6. §. 1. de contr. empt.* & ad explicandum hunc locum, & oppoſitionem Iuſtinianeam facit maxime, quod illis textibus docetur, in bonæ fidei iudiciis venire etiam quæ non ſunt dicta, & tantum in iis operari officium iudicis ex bono & æquo, quantum in ſtipulatione nominatim facta expreſſio. Et cum Iuſtin. tantum in altero quoque membro oppoſito faciat ſtipulationis mentionem, non intelligitur voluiſſe in priori omnino excludere ceteros bonæ fidei contractus. Sed nimirum ſicut in ſtipulatione maxime iſtud verum eſt, cum alii contractus etiam ſtricti iuris aliquam admittant ex natura ſua interpretationem, vt docet *l. 3. de reb. credit.* ita quoque in contractibus conſenſu conſtantibus, præcipue & maxime locum habet, vt veniant etiam quæ non ſunt expreſſa: cum ipſa rei traditio quæ ceteros conſtituit, eos quodammodo anguſtiores faciat: itaque recte hæc qualitas per excellentiam tribuitur contractibus his, qui ſolo conſenſu perficiantur: quibus hac conſideratione etiam recte eam hoc loco tribuit Iuſtinianus. Theoph. tamen hunc locum ita accepit, vt in his contractibus alter alteri obligetur vtrimque, ſed in ſtipulatione vnus tantum obligetur, & alter habeat eum obligatum, nimirum alter ſtipulatur, alter promittit, qui obligatur ſolus.

AD TITVLVM XXIV. LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE EMPTIONE ET VENditione.

TEXTVS.

Emptio & venditio contrahitur, ſimul atque de precio conuenerit: quamuis nondum precium numeratum ſit, ac ne arra quidem data fuerit: nam quod arræ nomine datur, argumentum eſt emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ ſine ſcriptura conſiſtunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in huiuſmodi emptionibus & venditionibus eſt innouatum: in iis autem quæ conficiuntur ſcriptura, non aliter perfectam venditionem & emptionem eſſe conſtituimus, niſi & inſtrumenta emptionis cōſcripta fuerint, vel contrahentium manu propria: vel ab alio quidem ſcripta, à contrahentibus autem ſubſcripta: & ſi fiunt per tabellionem, niſi & completiones acceperint, & fuerint partibus abſoluta. Donec enim aliquid deeſt ex his, & pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, niſi arrarum nomine iam fuerit datum aliquid: hoc enim ſubſecuto, ſiue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis venditio celebrata

Digitized by Google

lebrata eſt, is qui recuſat adimplere contractum, ſiquidem eſt emptor, perdit quod dedit: ſi vero venditor, duplum reſtituere compellitur, licet ſuper arris nihil expreſſum ſit.

COMMENTARIVS.

1 *An à perfecto contractu cum damno arrarum liceat recedere.*

EMptio eſt contractus de re pro certo precio alteri tradenda: quæ perfecta eſt huius contractus definitio. Dico *tradenda*, quoniam vt *in pr. tt.* docet Iuſtin. & apparet ex *tit. praecd.* non opus eſt traditione rei, ad perficiendum contractum, ſed contractus eſt perfectus, vbi primum conuenit de re & pretio. Itaque in his contractibus qui conſenſu perficiuntur & conſtant, diſtant perfectio & implementum contractus, quod implementum eſt in traditione rei & pretii numeratione, qui extremus ſcopus eſt contrahentium. Et tractatur primo loco de emptione, tanquam contractu frequentiori & nobiliori: poſt de reliquis tribus, quos ſimul enumerauit, *tit. praecd. poſt ICtum in l. 2. de O. & A.* quia propoſitum fuit Iuſtiniano tantum agere de obligationibus ciuilibus, & efficacibus: adeoque fruſtra *tit. praecd.* opponit Faber, quod pacta nuda conſenſu perficiantur: cum hæc præſertim ſint ſine certo nomine & numero. Donationis pactum ſane & pignoris & conſtituti poſſint alias recte ad hanc claſſem referre: ſed vt que contractus non ſunt, de quibus ſolis agere voluit Iuſtin. vt apparet *ſup. ex tit. de obligat.* plane autem obligationum materiam tractare ipſi propoſitum non fuit. Sed videamus porro de emptione.

Habet illa naturam vel eſſentialem & communem ex iure gentium, vt perficiatur nudo & ſimplici conſenſu: vel aduentitiam & accidentalem ex conuentione & voluntate partium, vt ſcilicet perficiatur in ſcriptis, quam vt maxime conſenſum ſit, negat eſſe perfectam, niſi inſtrumentum deſuper confectum ſit, cuius formam ſatis accurate & perſpicue deſcribit hic & *in l. contractus 17. C. de fid. inſtrum.* Antequam id factum ſit, impune quippe à necdum perfecto contractu, alteruter, inuito etiam altero diſcedere & voluntatem mutare poteſt, ita ſcil. vt ad implendum contractum vrgeri non poſſit. Quod ſi enim arræ datæ ſint, licebit & tunc quoque diſcedere à contractu, ſed cum damno arrarum: ita vt emptor, cuius regulariter eſt, dare arram, eam perdat, venditor duplicatam reſtituat. Et expreſſe ait Iuſtin. donec aliquid deeſt, ex his nimirum quæ ad perficiendam emptionem requiruntur, locum eſſe pœnitentiæ, vt liceat recedere à contractu necdum perfecto, cum damno nimirum arrarum, ſi quæ fuerint datæ. Et itaque falſa † eſt opinio quorundam interpretum, qui putant etiam à perfecto contractu cum damno arrarum licere recedere, 1 obiiciunt tamen autores illius ſententiæ, ex quorum numero ſunt *Salic. & Sich. in l. contractus 17. C de fid. inſtrum.* quod per dationem arrarum tacite id actum videatur, vt liceat cum damno arrarum diſcedere à contractu, ſed reſpondebo, non noſtrum eſſe inducere facile tacita pacta ſine lege. Quin imo mens & intentio contrahentium hæc eſſe videtur, vt per arras magis aſtringant contractus, nec adeo contra eorum mentem arræ datio explicanda eſt, vt contractus fiat infirmior, & ab eo perfecto liceat diſcedere. Itaque omnino mihi perſpicuum videtur, vbi necdum perfecto contractu arræ datæ fuerunt: quod ideo emptor feciſſe videtur, vt venditor metu reddendi duplicatas, induceretur ad perficiendum contractum: qua etiam mente vice verſa venditor eas accepiſſe videtur. Et perfecto igitur poſt contractu arræ finem ſuum ſunt adſecutæ, nec aliud ſupereſt, quam vt aut precio imputentur, aut ſi in corpore & ſpecie conſiſtant, emptori reſtituantur, iuxta *l. ex empto 11. §. is qui 6. de action. empt.* nec adeo operari amplius poſſunt, vt à perfecto contractu liceat reſilire. At vero vbi perfecto contractu arræ datæ ſunt, cum iam efficaciter ad implendum actio nata eſt, non videtur vllus effectus aut finis eſſe arrarum, quam vt inuito altero liceat

Digitized by Google

omnimodo ſolidum ſoluere cogitur: at fideiuſſor vnus conuentus habet beneficium diuiſionis, quod ſi non obiiciat, renuntiaſſe ei videtur: quod hoc §. *in f.* innuit Iuſtinianus. Fruſtra autem hic obiicitur ab Interpp. quod qui tutus eſt exceptione perpetua, repetat, quod ſoluit. Neque enim hanc exceptionem habet fideiuſſor quaſi non debeat, ſed tantum quia æquum eſt eos qui ſimul interceſſerunt, ſimul conueniri: adeo ſi totum ſoluat non poteſt dici indebitum ſoluiſſe: maxime cum vtique totum creditori efficaciter debeatur. Hodie porro ex *Nou.* 4. beneficium quoque excuſſionis & ordinis fideiuſſoris habent, vt ante reum principalem, & niſi hoc prius excuſſo conueniri nequeant, quod olim ſecus fuiſſe conſtat *l.* 3. *C.h.t.*

Ex Epiſtola Hadriani.] Siue illa Epiſtola ad Senatum aut etiam ad quem magiſtratum aut priuatum miſſa & ſcripta fuerit. Hadriano tribuitur *h.* §. *& in l. inter* 26. *h.t. l. vlt. Cod. de conſtit. pecun.* ſed in *l. teſtamento* 49 §. 1. *eod. h. tit.* epiſtolæ D. Pii tribuitur. An forte quia ab hoc repetitum: an potius per Hadrianum *h.* §. *& in d. l.* 26. intelligitur Pius adoptatus ab Hadriano, & cuius nomen vſurpauit: vt putat *Cuiac. ad d. l.* 49. *h.t. lib.* 27. *quæſt. Papinian.* Et ita notauimus ſupra ad §. 2. *de SC. Tertull.* SCtum illud & Hadriani tempore D. Pii factum perhiberi. Beneficium tamen diuiſionis Edicto prætoris tribuit *Paulus* 1. *ſent.* 21. ſed ille locus fortaſſis corruptus eſt: vix enim dicere liceat, Hadrianum confirmaſſe Edictum prætoris, cuius hac de re nec minimum iure noſtro exſtat veſtigium.

Si ſoluendo litis cont. tempore.] Hinc olim Petrus collegit, hanc exceptionem diuiſionis, poſt litem conteſtatam opponi non poſſe. Sed non videtur id recte hinc inferri. Si litis conteſtatæ tempore inſpicitur an confideiuſſor ſoluẽdo ſit necne: ergo numquam poterit hoc tractari poſt litem cont. Et videtur id eo pertinere, vt ſi poſt litem coteſtatam alter fiat ſoluendo, id ad onus ceterorum non pertineat *l. inter* 52. §. *p:n. h. t.* non autem eo vt qui iudicium accepit in ſolidum, non poſſit amplius petere vt actio diuidatur in ceteros, qui etiamnum ſunt ſoluendo. Et in *l. fideiuſſor* 10. §. 1. *Cod. h.t.* dicitur quod hoc poſſit obiici & diuiſio actionis peti ante condemnationem: quod ſane perquam dure ita acceptum à Petro eſt, vt ſignificet ante litis conteſtationem: quæ ratio loquendi à iure noſtro aliena eſt, vt quod ad litem neque conteſtatam tantum ferri poteſt, dicatur ante condemnationẽ recte fieri. Et tamen pro opinione Petri contra *d. l.* 10. *Cod. h. t.* ea fortiter militat ratio, quod cum ex ſtipulatione naſcatur ſtricti iuris actio, in qua non aliæ admittebantur exceptiones, niſi quæ nominatim à prætore formulæ inſertæ fuiſſent, non apparet, qui potuerit iudex admittere exceptionem diuiſionis poſt litem conteſtatam, quem imo iuxta iuxta formulam reum condemnare oporteret: vtpote qui ſemel in ſolidum, iudicium ſuſcepit. Ego ita cenſeo, ſi fideiuſſor, cum ceteri litis conteſtatæ tempore ſoluendo eſſent, in ſolidum ſuſceperit iudicium, eum poſt litem conteſt. exceptionem diuiſionis non potuiſſe obiicere: quod ſolida & certa iuris ratio efficit: ſicut & hoc quod per electionem vnius fideiuſſoris alter fuit liberatus, vt oſtendimus ad *Treutl. de fideiuſſor. th.* 1. *lit.* 6. Quod ſi tum tempore litis conteſtatæ ceteri ſoluendo non eſſent, vnus coactus ſit ſuſcipere iudicium in ſolidum, & poſt litem conteſtatam alter ſit effectus ſoluendo, eum tum adito prætore poſſe petere vt actio pro rata in eum qui iam ſoluendo eſt, detur: eoque refero *d. l.* 10. *C. h. t.* & facit quod Iuſtin. hoc loco imputandum ait fideiuſſori, qui non vſus eſt beneficio Epiſtolæ Hadriani. Nihil autem poteſt imputari ei, qui non potuit illa exceptione vti, vt maxime voluiſſet: quod beneficium ei negandum non eſt, vbi res ante condemnationem in alium ſtatum deducta eſt, & fideiuſſor alter ſoluendo eſſe cepit, ceteroquin non video quomodo lite conteſtata fideiuſſor poſſit mouere hanc exceptionem. Et inepta eſt ratio Bartoli relata ab Angel. quod non niſi poſt litem cont. poſſit conſtare an ceteri ſint ſoluendo: quoniam ſi de hoc dubitatur

Digitized by Google

ſatur, fideiuſſor conuentus petere debebit hanc exceptionem inſeri formulæ, *ſi non & ceteri ſoluendo ſint l. ſi contendat* 28. *h. t.* quo facto & probato, nõ niſi in partem fideiuſſor damnabitur. Illos autem dubio procul errare puto, qui etiam poſt condemnationem & ſententiam, exceptioni diuiſionis faciunt locum, quorum mentio eſt apud *Ioh. Fab. & Angel. hic, & Cyn. in d. l.* 10. *Cod. h. t.* qui tum per *d. l.* 10. refutantur, vbi dum ante condemnationem hoc admittitur, ſatis hoc ipſo ſequens tempus excluditur: tum per certam regulam iuris, quod exceptio quæ oppugnat ſententiam, poſt condemnationem non habet locum. Neque obſtat adeo *l. ſi fideiuſſores* 41. §. 1. *h. t.* quoniam ratio alia eſt exceptionis cedendarum actionum, quæ non oppugnat ſententiam, nec modo vllo lædit aut minuit ius victoris. Minus mouet *l. inter eos* 51. §. *vlt. h. t.* neque enim intelligendus ibi eſt fideiuſſor damnatus ex cauſa fideiuſſionis, ſed ex delicto, & propterea bona fiſco vindicata: & poſt actum de conueniendis fideiuſſoribus: quod ſatis mihi videtur perſpicuum: vt mirer ibi hærere Interpp. & Ioh. Fabrum cum aliis eo adigi, vt reſtringant illum textum ad caſum interpoſitæ appellationis, & per hanc ſuſpenſæ, & imo extinctæ ſententiæ vt loquitur *l. 1. §. vlt. ad Turpill.*

TEXTVS.

4. Fideiuſſores ita non poſſunt obligari, vt plus debeant, quam debet is pro quo obligantur. Nam eorum obligatio acceſſio eſt principalis obligationis: nec plus in acceſſione poteſt eſſe, quam in re principali. At ex diuerſo vt minus debeant, obligari poſſunt. Itaque ſi reus decem aureos promiſerit, fideiuſſor recte in quinque obligatur: contra vero obligari non poteſt. Item ſi ille pure promiſerit, fideiuſſor ſub conditione promittere poteſt: contra vero non poteſt. Non ſolum autem in quantitate, ſed in tempore etiam minus aut plus intelligitur. Plus eſt enim ſtatim aliquid dare, minus eſt, poſt tempus dare.

COMMENTARIVS.

1 *An qui in plus quantitate fideiuſſit, teneatur in ſummam concurrentem.*

2 *An durius ſit obligatus, qui fideiuſſit pro naturali tantum obligatione.*

3 *Caſus, quo ſublato principali, manet acceſſorium.*

SAtis conſtanter definitum eſt iure noſtro fideiuſſores in plus & omnino duriorem cauſam accipi & obligari non poſſe, & ſi accepti ſint, omnino non obligari, & nullam eſſe fideiuſſionem. Inde enim eſt, quod tam ſollicite tractant, an & quando in duriorem cauſam videatur acceptus fideiuſſor, vt in *l. Græce* 8. § *illud* 7. *cum ſeqq. l. fideiuſſor* 16. §. 1. *l. hi qui* 34. *l. ſi teſtamento* 49. §. 2. *l. ſi Stichum* 38. *l. ſi à reo* 70. §. 1. & 2. *h. t.* Ratio eſt, tum quod fideiuſſio eſt acceſſio principalis obligationis *h. §.* tum quod quæ ratio eſt in ipſa principali ſtipulatione, quo ad interrogationem & reſponſionem, vt ſi in hac ſit diuerſitas, nulla ſit ſtipulatio, vt tractatum ad §. *præterea tit. præced.* eadem eſt ratio & proportio inter fideiuſſionem & obligationem principalem, vt illa nulla ſit, ſi ab hac eadem proportione ſit diuerſa. Et hoc quidem vbi in qualitate eſt diuerſitas circa diem vel conditionem, dubium non habet: ſed quæritur, ſi v. c. cum reus quinque deberet fideiuſſor acceptus eſt in decem, an ſaltem in concurrentem ſummam obligatus ſit fideiuſſor: quod negatur communiter à Dd. pro quorum ſententia facit *l. græce* 8. §. *illud* 7. *h. t.* vbi qui plus promiſit dicitur in duriorem cauſam obligatus: & in genere affirmatur, fideiuſſionem eſſe nullam quæ in duriorem cauſam conſtituta eſt. Et verba *omnino non.* haud patiuntur illam inter-

pretationem, vt fideiuſſor pro parte teneatur. Facit & quod omnibus locis paulo ante citatis, quibus in duriorem cauſam acceptus dicitur procul dubio eo ſenſu inutilis dicitur, fideiuſſio, vt nullo modo teneat. Quod quidem pene ſuperſtitioſius quam æquius ſecuti videntur ICti, vt quocunque etiam reſpectu plus vel durius videretur obligatus fideiuſſor, inutilem eſſe fideiuſſionem reſponderint: vt proinde cum in iſtis terminis fideiuſſorem in duriorem cauſam acceptum dicant, veroſimile ſit, fideiuſſionem pro nulla eos habuiſſe. Sunt plane plurima quæ in contrarium afferuntur, de quibus prolixe egi ad *Treutl.* ſed præcipua obiectio eſt ex *l.* 1. §. 4. *de verb. oblig.* Quod ſi enim principalis obligatio non vitiatur ob diuerſitatem in quantitate, ſed valet vſque ad cōcurrentem ſummā, nulla videtur ratio dari poſſe, ob quam acceſſoria obligatio non debeat valere. Cogitabam ita remoueri hanc obiectionem poſſe, ſi diſtinguamus, an cum reus principalis centum deberet, fideiuſſor fuerit rogatus, vt fide ſua ducenta eſſe iuberet: an vero eadem centum rogatus, ipſe ducenta reſponderit. Illo caſu defendam communem opinionem Dd. quoniam in tota promiſſione fideiuſſoria eſt diuerſitas, quæ facit, vt non poſſit valere fideiuſſio, quæ in nullo conſenſit cum principali. Hoc autem caſu dixerim obligationem conſiſtere in centum; neque hic poteſt vllo modo euitari argumētum quod ſumitur ex *d. l.* 8. §. 4. *de verb. obligat.* Et de illo quoque caſu recte accipitur *d. l* 8. §. 7. *h. t.* quoniam tum demum vere & proprie in duriorem cauſam acceptus dicitur fideiuſſor, vbi creditor plus ab eo ſtipulatus eſt, q̃ debebat reus principalis.

2 Illa non magni momenti † obiectio eſt, quod cum pro naturali obligatione recte dicatur accipi fideiuſſor, hic tamen in duriorem cauſam accipi videatur, cum debitum ipſum exigi à reo principali non poſſit, quod à fideiuſſore exigi poteſt. Hoc enim omnino effectu dicitur fideiuſſor recte intercedere pro naturaliter obligato. Etenim recte reſpondent Doctores & tribus verbis: Fideiuſſorem non poſſe obligari extenſiue, ſed poſſe intenſiue: id eſt, non poſſe obligari in plus, ſed poſſe arctius & fortius. Et ſupra diximus, quod hæc ratio fecerit vtilem hanc fideiuſſionem, quod ſi debitor principalis ſoluat pecuniam, eam non poſſit repetere: & itaque hoc reſpectu ſi conſideres debitorem, tamquā bonam fidem agnoſcentem, & ſoluentem, quod vt ſoluat, iure gentium adſtrictus eſt, videtur debitor efficaciter eſſe obligatus: & accidit hoc propter perſonā debitoris, aut qualitatē conuentionis, vt ne efficax exſiſtat obligatio iure ciuili: ceteroquin ex iure gentium perfecta eſt obligatio. Sed de his plus ſatis. Inepte autem hic quaſi exceptionis loco affert Mynſing. quod fideiuſſor de iudicio ſiſtendo accipiatur in duriorem cauſam, cum & pœnam promittere ſoleat, quam non debet reus principalis. Etenim fideiuſſor hic non accedit obligationi principali ſuper qua reus in iudicium vocatur: ſed illi ex qua iuxta Edictum prætoris iudicio ſe ſiſtere reus tenetur: quod futurum & facturum reum ſuſcepit fideiuſſor, & ni fiat promittit pœnam, & quadantenus rei principalis rationem habet.

Fideiuſſio acceſſio eſt.] Et cum igitur acceſſorium ſine principali non poſſit eſſe, inprimis neceſſarium eſt, vt adſit aliqua obligatio, pro qua interueniat, & cui accedat fideiuſſor cum nec obligari poſſit, niſi prius exſiſtat obligatio principalis, vt ad *princip. tit.* diximus. Ex quo eſt, vt qui adiectus eſt ſolutionis gratia, cum reum principalem obligatum non habeat, accipere fideiuſſorem non poſſit *leg. ſi mihi* 23. *h. tit.* Itemque vt vbi confuſa eſt obligatio, & ita ſublata non poſſit fideiuſſor amplius teneri *leg. ſi Stichum* 38. §. 1. *h. tit.* Eſt tamen (quia acceſſio eſt. Ergo primo nulla eſt, vbi initio nulla eſt obligatio, ſecundo tollitur vbi principalis obligatio tollitur) caſus vbi ſublata obligatione principali, quæ initio recte conſtiterat, fideiuſſio durat, veluti ſi reus ſine herede deceſſerit, *l. ſi ſine* 32. *in princip. de admin. tut.* Ergo omnino vbi nulla initio eſt obligatio, nulla & fideiuſſio eſt: regulariter etiam ſublata principali obligatione tollitur fideiuſ-

fideiuſſoria : ſed vbi ſine herede reus deceſſit, non eſt ordinarius modus tollendæ obligationis, ſed fit ex accidenti, quod non eſt heres in quem actio detur : nec tamen perit ius creditoris aut actio , ſed illi integra manet , & contra fiſcum , & hactenus vt in bona ſe immitti petat : adeo ſi periret obligatio fideiuſſoria, iniqua conditio inferretur creditori.

Aliquando quoque fideiuſſoria obligatio ſubit locum obligationis principalis quatenus ei porro ſecundus accedit fideiuſſor *l. Græce 8. § vlt. h.t.* ſed illa nimirum reſpectu principalis & primæ obligationis, nihilominus eſt acceſſio.

Non ſolum autem.] Quot modis *plus* dicatur, docet ex profeſſo *Iuſtin. in §. plus autem infr. de actionib.*

TEXTVS.

5. Si quid autem fideiuſſor pro reo ſoluerit , eius recuperandi cauſa habet cum eo mandati iudicium.

COMMENTARIVS.

NE fideiuſſori officium ſit damnoſum, certis actionibus & remediis quibus quod ſoluit pro debitore vt rurſus conſequatur, prouiſum eſt. Et vtitur actionibus, vel propriis vel ceſſis,& ſcilicet à creditore in ſe tranſlatis. Propriæ actiones ſunt , mandati, *h.§. l. idemque 10. §. fideiuſſores 11. Mandati l. ſi fideiuſſor 6. Cod. eodem.* vbi nimirum rogatus quis & ex mandato pro alio interceſſit : & negot. geſtorum, ſi quis ſine mandato, animo negotium alterius gerendi pro alio fideiuſſit *l. 6. §. 2. l. ſi pro 40. Mand. l. vlt. Cod. de negot. geſt.* Circa ceſſas actiones ita in genere ius eſt, vt quiſquis ab alio exigit, quod alius principaliter vel æque cum illo debet , petenti reo conuento cedere actiones teneatur, quos habet contra eos qui principaliter aut æque ſunt obligati. Hinc correus debendi vnus ſi conueniatur in ſolidum iure petit ſibi cedi actiones contra alterum correum, vt quod ſoluit pro rata ab eo repetere poſſit. Hinc itidem fideiuſſor conuentus iure petit vt ſibi cedatur actio contra reum principalem vel contra confideiuſſores *l. vt fideiuſſor 39. l. ſi fideiuſſ. 41. §. vltim. h.t. l. cum alter 11. Cod. eod.* idque in *l fideiuſſ. 17. h.t.* dicitur vendere (Hal. tamen legit *cedere*) ceterorum nomina : quoniam quaſi pro pretio actionum ceſſarum videtur fideiuſſor totum ſoluere *argu. l. Modeſtinus 76. in f. de ſolut. l. cum is qui 36. h.t.* Cedere autem actionem in iure noſtro nihil aliud eſt, quam per mandatum actionem in alium transferre, vt docent *l. 1. §. & ſi forte 13 cum §. ſeq. iunct. l. cum pupillus 21. de tut. & rat. diſtr. leg. quod ſi minor 24. in princip. de minorib.* de qua re alibi tractatur.

TEXTVS.

Græce etiam fideiuſſor ita poteſt accipi, τῇ ἐμῇ πίςει, κελεύω ἐγώ. ſed & ſi dixerit, θέλω, ſiue βούλομαι, ſed & φημί, pro eo erit ac ſi dixerit λέγω. In ſtipulationibus fideiuſſorum ſciendum eſt, hoc generaliter accipi , vt quodcunque ſcriptum ſit, quaſi actum, videatur etiam actum. Ideoque conſtat, ſi quis ſcripſerit ſe fideiuſſiſſe , videri omnia ſolenniter acta.

COMMENTARIVS.

GRæce.] Stipulationem poſſe fieri quacunque lingua dictum eſt in §. 1. *ſup. de verb. obligat.* eadem fideiuſſionis ratio eſt quæ fit per ſtipulationem. Pro eo autem quod vulgo legitur κελεύω ἐγώ, Hottomannus, Cuiacius, Weſembecius legunt κελεύω, λέγω, ex *leg. græce 8. in princip. h. titul.* Sed nihil neceſſum eſt , vt iiſdem verbis dicamus vſum fuiſſe Tribonianum : & Theophilus omiſſo

Digitized by Google

omiſſo verbo ἐγὼ ſimpliciter ſcribit κελεύω θέλω &c. tanto minus neceſſum eſt, vt expunctis prioribus verbis, *ſed & ſi dixerit* legamus, κελεύω, λέγω, θέλω βούλομαι vt Hottom. Et tamen pro priori illo facit, quod mox hoc textu dicitur, *ac ſi dixerit* λέγω quod ſane arguit, verbum hoc λέγω præceſſiſſe.

In ſtipulationibus.] Dicimus ad §. *ſi ſcriptum 16. tit. præc.* pro inſtrumento eſſe præſumptionem ſolemnitatis, videlicet intrinſecæ, quæ requiritur à iure, & quæ pertinet ad ſubſtantiam actus, & ſine qua ipſe actus penitus & in ſe eſſet nullus. Itaque cum ad eſſentiam ſtipulationis requiratur interrogatio, ſi ſcriptum ſit in inſtrumento, ſtipulatione interpoſita quem reſpondiſſe, creditur præceſſiſſe interrogatio. Hinc ſi in inſtrumento ſcriptum ſit, quem fideiuſſiſſe, credimus ſtipulationem deſuper factam fuiſſe: quoniam hoc eſt de fideiuſſionis eſſentia, *h.* §. *& l. ſciendum 30. de V. O.* vbi hoc plenius tradunt *Dd. & late Ang. & Ioh. Faber hic.*

Ad Titvlvm XXII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE LITERARVM OBligationibus.

TEXTVS.

Olim ſcriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non ſunt in vſu. Plane ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt, de minime numerata pecunia poſt multum temporis exceptionē opponere non poteſt: hoc enim ſæpiſſime conſtitutum eſt: ſic fit vt & hodie, dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur, & ex ea naſcatur condictio, ceſſante ſcilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus conſtitutionibus vſque ad quinquennium procedebat: ſed ne creditores diutius poſſent ſuis pecuniis forſitan defraudari, per noſtram conſtitutionem tempus coarctatum eſt, vt huiuſmodi exceptio vltra bienniu metas minime extēdatur.

Commentarivs.

1 *Probatur non eſſe veram obligationem ex literis.*
2 *Qualis ſit actio hæc & obligatio, contra ineptias Dd.*
3 *An poſt biennium opponi poſſit exceptio.*

HActenus de contractibus qui ineuntur re & verbis: ſequitur iuxta §. *vlt. ſup. de obliga.* tertia ſpecies obligationis vel contractus, qui literis conſtituitur: qui ſecundum Iuſtinianum hic eſt, vbi quis ſpe numerationis ſecuturæ chirographo confeſſus eſt ſe accepiſſe pecuniam: quoniam enim ita conſtitutum eſt, vt credatur chirographo, ne poſt quinquennium & hodie poſt biennium opponi poſſit exceptio non numeratæ pecuniæ, fit, vt videatur ex literis obligari, quin in re veritate pecuniam non accepit, vt ipſe hic ait Iuſtinianus in verſ. *ſic fit.* Ex quo ipſo ſatis apparet hunc non eſſe vere & proprie dictam obligationem: quod ego ante viginti amplius annos libello publice edito, & poſt ad *Treutl. de mutuo th.* 2. ſolidis rationibus oſtendi, cum id quidem iam ante mouiſſet *Connan.* 1. *comm.* 6. *num.* 11. ſed omnino leuiter & ſuſpenſa manu, vt nec rem intellexiſſe ſatis videatur. Rationes ſunt hæ, quas ſtrictim ſubiicere libet, primo quod nullo alio iuris loco mentio fit huius obligationis ſed ſpecierum tantum trium, quæ verbis, literis & conſenſu contrahuntur, *l.* 1. §. 1. *in princip. de obligat. & action. l.* 1. *in f. de pact. l. græce* §. 1 *de fideiuſſ. l.* 1. §. 1. *de nouationib.* & longe alio ſenſu Caius *li.* 2. *de obligation. tit.* 9. §. *literis* 12.

literis

literis contrahi ait obligationem. Itaque Dd. hic & in *l.*14. *C. de non num. pec.* coguntur dicere hanc obligationem olim incognitam à Iuſtiniano demum introductam eſſe: quod plane alienum ab ipſius mente & manifeſto falſum eſt: cum de hac re agatur non vno textu, *ſub tit. de non num pec.* quorum autores ii ſunt principes, quorum temporibus ICti noſtri vixerunt: & in quibus etiam fit mentio legitimi temporis, intra quod olim exceptio hæc proponenda erat, quod contraxit, & hoc ſolum, hac in tractatione mutauit Iuſtinianus, nullam autem obligationem introduxit.

Alterum argumentum eſt, quod qualis eſt actio & eius intentio talem etiam oportet eſſe conditionem & naturam obligationis & contractus: atquin intentio actoris hic eſt, quod numerauerit pecuniā, in quo & in numeratione neceſſe habet fundari ſuam intentionem, eamque probare, vt ait *l.* 3. *C. de non num. pec.* Quod ſi obligatio reuera ex literis eſſet, liceret agere ſub hac formula: *Aio te mihi debere, quia ſcripſiſti te mihi daturum.* cuiuſmodi obligationem fateor. Lege induci poſſe, non minus ac vt obligatio ex verbis naſcatur ore prolatis. Sed nego vllam talem obligationem iure noſtro eſſe introductam: & vltro apertiſſimum eſt, de huiuſmodi obligatione, nec *ſub h.t.* nec in *Cod. de non num. pec.* tractari. Falſum eſt igitur omnino, quod hic Fab. poſt Dd. probat, quod actor non habeat neceſſe imo non debeat in libello ponere, quod pecunia ſit numerata, ſed hoc ſolum, quod reus ſcripſerit ſe debere decem ex cauſa mutui: Quod quidem penitus ineptum eſt: & quorſum enim addatur cauſa mutui, ſiquidem ex literis eſt obligatio, cum nemo obligari poſſit ex mutuo, niſi pecuniam acceperit. Et veriſſimum eſt, quod ipſe hic obiicit Faber, nec extricare poteſt, quod confeſſio non inducat obligationem ſed faciat probationem: & penitus eſt inexplicabile, quod ipſe rurſus obiicit Faber, nec remouere poteſt, quod reus poſſit obiicere ſibi non eſſe numeratam pecuniam, & ea obiectione & exceptione propoſita (ſcilicet ante biennium) cogi creditorem probare numerationem: Ex quo neceſſario prorſus efficitur, ad fundanda actionem requiri numerationem pecuniæ, quam probare actor alias neceſſe non haberet. Et fundamentum iſtud tertium eſt, ex quo euinco non eſſe iſtam veram ex literis obligationem: Quod oppugnatur ab exceptione, in eo neceſſe eſt fundatam obligationem eſſe: atquin exceptio quæ his opponitur, oppugnat numerationem, & quod pecunia numerata ſit, negat, ceteroquin ſi verè ex literis obligatio eſſet, oporteret reum qui abſolui vellet, excipere, ſe non ſcripſiſſe, neque enim peti poteſt exceptio ex obligationis diuerſo genere, ad oppugnandum aliud obligationis genus, nec magis, ſi vere eſſet obligatio ex literis, pecuniæ numeratæ exceptio obiici poſſet, quam contra eum qui agit ex ſtipulatu, aut ex emptione.

Et quid igitur eſt? Nimirum quod res eſt? fateri oportet, Inſtinianum paulo pinguius eſſe locutum, dum obligationem hanc ex literis, tanquam ſpeciem diuerſam & ſeparatam ab aliis proponit. Et dum debitor elapſo biennio, non auditur opponens pecuniæ non numeratæ exceptionem, ſed ſoluere compellitur omnino *l. ſi intra* 8. *in fin. C. de non num. pecun.* ſit, vt ex hypotheſi non factæ numerationis videatur, non ex numeratione, ſed ex literis obligatur, idque innuit Iuſtin. dum ita fieri ait, vt debitor dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur, pro quo rectius dixiſſet: quod ſcriptura obligatus videatur. Nec enim poſt biennium quoque creditor ex ſcriptura agit, & ideo reum condemnari petit, quod ſcripſerit ſe debere, ſed agit ex numeratione, & ei probandæ adducit chirographum & confeſſionem Rei, quæ contra ſcribentem inducit præſumptionem, quæ initio quidem & ante lapſum legitimi temporis, leuior aliquanto eſt, itaque obiecta exceptione, numerationem actor cogitur probare, ſed autoritate iuris & aſſiſtentia legis hæc præſumptio decurſu biennii firmatur, & confeſſioni creditur, ita vt amplius exceptioni non ſit locus. Et ex hac præſumptione ac-

Digitized by Google

ceptæ pecuniæ, & hoc poteſt eſſe pro quarto argumento ſententiæ meæ) condemnari debitorem apertiſſime probatur ex *§. huius t.* vbi Iuſtin. ait, ſe coarctaſſe tempora exceptionis, ne fortaſſe creditores pecuniis ſuis defraudentur, dum nimirum improbi debitores, poſt acceptam vere pecuniam, tamen creditores flagitant probationem pecuniæ: & iſtud vero ineptiſſime diceretur, ſiquidem fundamentum obligationis inſcriptum eſſet. Et vt igitur tandẽ hanc cõcludamus diſputationem, dico hanc obligationẽ eſſe ex præſumpto mutuo, reſpectu hoc, ꝙ debitor negando, rem dubiam facit: ceteroquin dum intentionem actoris conſideramus, ex vero mutuo eſt obligatio & actio. Itaque etiam hic dabitur condictio certi, tamquam ex mutuo per *l. 5. C. h. t.* vbi dicitur, peti QVASI creditam

2 † pecuniam. Et ita rurſus ruunt Dd. diſputationes, quæ nam hic actio, an ex lege condictio & ex qua, an actio in factum competat: Itemque hinc quoque coarguuntur ineptiæ Dd. qui intricatiſſime diſputant, qualis nam naſcatur & ſit hæc obligatio, an naturalis & ciuilis, an ciuilis tantum, & an ſemper ſit ciuilis ſola, an ſaltem poſt biennium ſuperueniat naturalis obligatio, quam quidem initio quoque interuenire cenſent, & meras nugas agunt, vt videre eſt ex *Angelo & Fabro hic. & Dd. in d. l. in contractibus 14. C. de non num. pecun.* Nempe, vt attigimus *ad §. 1. tit. præc.* eſt quædam mixta obligatio ciuilis & naturalis, non reuera, ſed præſumptiue, cuiuſmodi eſt & iſta, propter debitoris confeſſionem. Oſtendunt iſta, hos quoque errare, qui poſt biennium contendunt naſci obligationem ex literis. Nam vt ante probauimus, & poſt biennium oportet creditorem agere ex numeratione, & quod veriſſime ſcribit *Conn. d. lib. 1. comm. cap. 6 n. 11.* Lapſus biennii non veram & nouam affert & facit obligationem, ſed adimit contra probandi facultatem vel potius, adimit obiiciendi facultatem, ſcil. cum effectu, quia exceptio inutilis eſt poſt biennium, qua non obſtante ſoluere pecuniam compellitur debitor, & quidem omnimodo, vt eſt *in d. l. ſi intra 8. C. de non num. pecun.* & vt poſtea nullo modo introduci poſſit querela & exceptio pecuniæ nõ numeratæ *l. in contractibus 14. in prin. C. d. l.* quod † tamen frequentius ita eſt 3 acceptum, vt non poſſit proponi, ea modo ordinario, vt onus probandi creditor teneatur ſuſcipere: ceteroquin videtur humanitatis eſſe & æquitatis, vt ſi velit debitor probare pecuniam ſibi non fuiſſe numeratam, audiatur: & ſane de hoc extraordinario modo probandi negatiuam (quæ nec videtur poſſe regulariter probari, *arg. l. adſeueratio 10. C. de non num. pec.*) non videntur cogitaſſe Impp. nec eam voluiſſe excluſam, cum faciat hic pro debitore naturalis ratio, & ex ea deducta notiſſima regula, quod nemo debeat locupletior fieri cum alterius damno & iniuria: nec quiſquam iudicum propitiis auribus audiet creditorem ſeu potius actorem, omnino vrgentem vt Reus condemnetur, etiamſi poſſit probare pecuniam non eſſe numeratam. Atque hæc ad explicationem huius rei ſufficere poſſunt: varias enim quæſtiones quas de hac exceptione mouent Dd. ne nimis late euagemur, remittimus, & ex fundamentis quæ conſtituimus facile omnia explicari poſſunt. Hoc vnicum addendum eſt, exceptiones alias regulariter eſſe perpetuas, quoniam in poteſtate rei non eſt excipere cum vult, ſicut in poteſtate alterius eſt agere: hanc autem, *non num. pec.* eſſe temporalem, quoniam nimirum permiſſum eſt ei, qui ſpe numerandæ pecuniæ chirographum emiſit, vt & condicere chirographum per actionem incerti, & conteſtatione non factæ numerationis exceptionem perpetuam facere poſſit, iuxta *l. ſi intra 8. l. 9. & l. in contractibus 14 §. in omni 4. C. de non num. pec.* Neque mouet, quod cum hac exceptione concurrit exceptio doli *l. 3. C. de non num. pecun.* quæ perpetua eſſe dicitur. Id enim verum eſt in exceptione doli ſpeciali, non in generali, quæ cum aliis exceptionibus concurrens earum naturam imitatur, vt recte *Ioh. Faber hic.*

Quæ olim porro fuerat nominum obligatio, quam hodie in vſu non eſſe *in pr tit.* ſcribit

bit Iuſtinianus hic explicat *Hottom.* & nimirum nominibus contractam obligationem dici conſueuiſſe, cum in tabulis, quas ſinguli patresfam. conficere ſolebant, ſcriptum erat aliquem alicui debere, cuius rei veſtigia aliqua ex iure noſtro ibidem colligit. Non tamen fuiſſe hanc propriam & ſpecialem obligationem, ſed ad probationem tantum pertinuiſſe non dubito, quod nimirum ex quocunque contractu aut obligatione quis aliquid debebat, id procul dubio in tabulas illas referebatur: & communem eſſe puto, quod hic Theoph. de veteri literarum obligatione & per eam facta nouatione ſcribit.

AD TITVLVM XXIII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE OBLIGATIONIBVS EX conſenſu.

TEXTVS.

Conſenſu fiunt obligationes, in emptionibus venditionibus, locationibus, conductionibus, ſocietatibus, mandatis. Ideo autem iſtis modis dicitur conſenſu obligatio contrahi, quia neque ſcriptura neque præſentia omnimodo opus eſt: vt nec dari quidquam neceſſe eſt, vt ſubſtantiam obligatio capiat, ſed ſufficit eos, qui gerunt negotia, conſentire. Vnde inter abſentes quoq; talia negotia contrahuntur: veluti per epiſtolam vel nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri præſtare ex bono & æquo oportet: cũ alioquin in obligationibus verborum, alius ſtipuletur, alius promittat.

COMMENTARIVS.

Sequitur tandem quarta & poſtrema ſpecies obligationum ex contractibus, qui conſenſu cõſtituuntur, ꝙ ipſe Iuſtin. ſatis explicat: nã cũ ſine cõſenſu nullus cõſiſtere poſſit contractus *l.1.§.pen. de pact.* hi cõtractus cõſenſu conſtare dicuntur: quod in ceteris præter conſenſum aliquid amplius requiritur, veluti res & verba: ſed in his ad producendam efficacem obligationem ſufficit hoc ſolum, quod ſimpliciter conſenſum eſt. Ex quo infert Iuſtin. etiam per nuntium & per epiſtolam hos contractus poſſe fieri: nimirum per ſimplicem & ſolam epiſtolam & nuntium: ceteroquin & res per nuntium mitti poſſunt: quo ſenſu conuenire re & per epiſtolam ſiue nuntium opponuntur inter ſe *in l.2. in pr. D. de pactis.* Similis illatio eſt, *in l.1.§.vlt. de contr. empt. l.2. de ob. & act. l.1. in pr. Mand. l.4. de pignorib. l.4. de fid. inſtrum. l. in quibuſcunque, de ob. & act.*

Item in his contractibus.] Alia his verbis notatur proprietas contractuum qui conſenſu conſtant: quod ex his plenior & laxior naſcatur obligatio, in id quod alterũ alteri præſtare æquum eſt, licet verbis non ſit expreſſum: ſed in obligatione verborum, alius ſtipuletur, alias promittat: id eſt, quod hic naſcatur obligatio ſtrictior, nec vltra verba ſtipulationis *l. quidquid. 99 de V.O.*

Nam in ſtipulatione vterque neceſſario præſens eſt, & vterque loquitur: vt ipſis imputari poſſit, ſi quid non dixerint, quod proinde pro omiſſo habendum eſt. Tum ipſa natura contractuum de quibus hoc tit. agitur, ita comparata eſt, vt omnia quæ præſtari æquum eſt, nominatim exprimi non poſſint, cum quædam etiam non raro poſt emergant, quæ officium iudicis & viri boni deſiderant. Denique ita ſtipulatio iure ciuili formata eſt, vt eius eſſentia conſiſtat in ſolemnitate quadam verborum: extra quæ quidquid eſt, neceſſe eſt, vt extra contractum ſit idem. Iſti autem ſunt contractus iuris gentium, nec ita determinatam, ſed laxiorem habent naturam.

Digitized by Google

lebrata eſt, is qui recuſat adimplere contractum, ſiquidem eſt emptor, perdit quod dedit: ſi vero venditor, duplum reſtituere compellitur, licet ſuper arris nihil expreſſum ſit.

Commentarivs.

1 *An à perfecto contractu cum damno arrarum liceat recedere.*

EMptio eſt contractus de re pro certo precio alteri tradenda: quæ perfecta eſt huius contractus definitio. Dico *tradenda*, quoniam vt *in pr. tit.* docet Iuſtin. & apparet ex *tit. preced.* non opus eſt traditione rei, ad perficiendum contractum, ſed contractus eſt perfectus, vbi primum conuenit de re & pretio. Itaque in his contractibus qui conſenſu perficiuntur & conſtant, diſtant perfectio & implementum contractus, quod implementum eſt in traditione rei & pretii numeratione, qui extremus ſcopus eſt contrahentium. Et tractatur primo loco de emptione, tanquam contractu frequentiori & nobiliori: poſt de reliquis tribus, quos ſimul enumerauit, *tit. preced. poſt ICtum in l. 2. de O. & A.* quia propoſitum fuit Iuſtiniano tantum agere de obligationibus ciuilibus, & efficacibus: adeoque fruſtra *tit. preced.* opponit Faber, quod pacta nuda conſenſu perficiantur: cum hæc præſertim ſint ſine certo nomine & numero. Donationis pactum ſane & pignoris & conſtituti poſſint alias recte ad hanc claſſem referre: ſed vt que contractus non ſunt, de quibus ſolis agere voluit Iuſtin. vt apparet *ſup. ex tit. de obligat.* plane autem obligationum materiam tractare ipſi propoſitum non fuit. Sed videamus porro de emptione.

Habet illa naturam vel eſſentialem & communem ex iure gentium, vt perficiatur nudo & ſimplici conſenſu: vel aduentitiam & accidentalem ex cōuentione & voluntate partium, vt ſcilicet perficiatur in ſcriptis, quam vt maxime conſenſum ſit, negat eſſe perfectam, niſi inſtrumentum deſuper confectum ſit, cuius formam ſatis accurate & perſpicue deſcribit hic & *in l. contractus 17. C. de fid. inſtrum.* Antequam id factum ſit, impune quippe à necdum perfecto contractu, alteruter, inuito etiam altero diſcedere & voluntatem mutare poteſt, ita ſcil. vt ad implendum contractum vrgeri non poſſit. Quod ſi enim arræ datæ ſint, licebit & tunc quoque diſcedere à contractu, ſed cum damno arrarum: ita vt emptor, cuius regulariter eſt, dare arram, eam perdat, venditor duplicatam reſtituat. Et expreſſe ait Iuſtin. donec aliquid deeſt, ex his nimirum quæ ad perficiendam emptionem requiruntur, locum eſſe pœnitentiæ, vt liceat recedere à contractu necdum perfecto, cum damno nimirum arrarum, ſi quæ fuerint datæ. Et itaque falſa † eſt opinio quorundam interpretum, qui putant etiam à perfecto contractu cum damno arrarum licere recedere, 1 obiiciunt tamen autores illius ſententiæ, ex quorum numero ſunt *Salic. & Sich. in l. contractus 17. C de fid. inſtrum.* quod per dationem arrarum tacite id actum videatur, vt liceat cum damno arrarum diſcedere à contractu, ſed reſpondebo, non noſtrum eſſe inducere facile tacita pacta ſine lege. Quin imo mens & intentio contrahentium hæc eſſe videtur, vt per arras magis aſtringant contractus, nec adeo contra eorum mentem arræ datio explicanda eſt, vt contractus fiat infirmior, & ab eo perfecto liceat diſcedere. Itaque omnino mihi perſpicuum videtur, vbi necdum perfecto contractu arræ datæ fuerunt: quod ideo emptor feciſſe videtur, vt venditor metu reddendi duplicatas, induceretur ad perficiendum contractum: qua etiam mente vice verſa venditor eas accepiſſe videtur. Et perfecto igitur poſt contractu arræ finem ſuum ſunt adſecutæ, nec aliud ſupereſt, quam vt aut precio imputentur, aut ſi in corpore & ſpecie conſiſtant, emptori reſtituantur, iuxta *l. ex empto 11. §. is qui 6. de action. empt.* nec adeo operari amplius poſſunt, vt à perfecto contractu liceat reſilire. At vero vbi perfecto contractu arræ datæ ſunt, cum iam efficaciter ad implendum actio nata eſt, non videtur vllus effectus aut finis eſſe arrarum, quam vt inuito altero liceat

tractu, cum plane alium earum ſcopum proponat IC. & cum ſæpe arras datas ſcribat, minime hoc ſolitos agere contrahentes, veroſimile eſt, vt inualidum facerent contractum. Neque vero hic quidquam Iuſtinianus imutaſſe deprehenditur, & veriſſime Faber hic, ait, per conſtitutionem Iuſtinian. imponi hanc pœnam, quando contractus eſt imperfectus, & ex ipſa lege eſt pœnitentiæ locus: voluit n. Iuſtin. hoc quaſi remedio efficere vt contrahentium alteruter metu amittendi arræ non facile recederet à contractu, qui ex ratione iuris gentium perfectus, ſed ex conſtitutione adhuc imperfectus eſt.

TEXTVS.

1. Pretium autem conſtitui oportet: nam nulla emptio ſine pretio eſſe poteſt. Sed & certum pretium eſſe debet, alioquin ſi inter aliquos ita conuenerit, vt quanti rem Titius æſtimauerit, tanti ſit empta: inter veteres ſatis abundeque hoc dubitabatur, conſtaretne venditio an nō. Sed noſtra deciſio ita hic conſtituit, vt quoties ſic compoſita ſit venditio, quanti ille æſtimauerit, ſub hac conditione ſtaret, contractus, vt ſiquidem ille qui eſt nominatus, precium definierit tunc omnino ſecundum eius æſtimationem, & pretium perſoluatur, & res tradatur, & ad effectum venditio perducatur, emptore quidem actione ex empto, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus eſt, vel voluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo eſſe venditionem, quaſi nullo pretio ſtatuto. Quod ius cum in venditionibus nobis placuerit, non eſt abſurdum, & in locationibus & in conductionibus trahere.

COMMENTARIVS.

Diximus, emptionem eſſe contractum de re pro certo pretio alteri tradenda. Et igitur de eſſentia contractus huius eſt pretium vt *in prin. huius text.* docet Iuſtin. *& l. empti 9. C. h. t. l. 2. §. 1. & l. pacta 72. in fin. pr. C. eod.* vbi dicitur emptionis ſubſtantia ex precio conſiſtere, quo nimirum æſtimata eſt res, de qua in perpetuum in alium transferenda agitur: quoniam cum donare vtique nolit venditor, oportet vt quid aliud pro re accipiat, quo accidit permutando aut vendendo. Hic pretium requiritur quod quale eſſe debeat, tum porro *hic §. cum ſeq.* oſtendit. Ait enim Iuſtinianus, pretium debere eſſe certū, ceteroquin imperfectū eſt negotiū *l. quod ſæpe 35. §. h. t.* Certū autem dicitur aliquid vel ſimpliciter verbis expreſſa quantitate, vel per relationem, veluti quanti emiſti, quantum pretii in arca habeo. *l. 7. §. 1. iunct. l. ſi quis 37. h. t.* Hinc quæſitum fuit an valeat venditio, vt ſit empta res quanti Titius æſtimauerit: quomodo per relationem pretium, videatur definitū (quod ſi enim ita conuentum ſit quanti res æſtimabitur inter omnes conſtat nihil penitus actū.) Sed cum requiratur ſequens factum & declaratio Titii, non poteſt contractus purus & perfectus eſſe. Itaque conſtituit Iuſtin. *in l. vlt. C. h. t.* ad quam hic ſe refert, vt emptio quaſi videatur ſub conditione contracta, ſi Titius æſtimauerit. Quid igitur, ſi non æſtimauerit? Et Iuſtin. ait, pro nihilo eſſe venditionem, & non recurri ad arbitrium boni viri *d. l. vlt. h. t.* quoniam partes nominatim elegerunt arbitrium certæ perſonæ: quod & ita in ſocietate iuris eſt *l. ſi coita 75. pro ſocio.* & generaliter reſponſum eſt, non recedendum eſſe à perſona eius cuius arbitrium eſt inſertum *l. ſi quis 43. de V. O.* Neque obſtat *l. hæc 7. in pr. h. t.* quoniam vt recte Faber hic, ſi arbitrium ſuper aliquo accidentali, (nam ſuper eſſentiali non poteſt,) in alterutrius contrahentium perſonam ſit collatum, ſubintelligimus arbitrium viri boni, vt ſuſtineatur actus qui alias tamquam collatus in arbitrium con-

contrahentis vnius, eſſet futurus nullus, & cum per partem ſtet, quo minus arbitretur, actus non debet deficere, ſed magis haberi pro impleto, & ratio ſuadet idem admitti, vbi contractu perfecto, accidentale aliquid in perſonam & arbitrium tertii collatum eſt, vt poſt Bart. notat *Ang. hic num. 3* & probatur *l. ſi in lege 24. in pr. locati:* alias enim cum res non amplius integra ſit, iniuria alteri inferretur, ſed ita in contractibus procedit, quod hic dicitur, vbi imputari poteſt contrahentibus. Quod ſi quis legauerit Titio ſeruum, quem v. c. Seius elegerit, licet hoc non eligente, non perit legatum *l. 3. §. 1. Cod. comm. de legat.* ſed & dotis promiſſio ſpeciale quid habet, quia verſatur intereſſe mulieris iuxta *l. cum poſt 69. §. 4. de iur. dot.* Quid porro ſi ille tertius & v. c. Titius, cuius arbitrium partes elegerunt, arbitratus ſit, ſed iniquè, & nimis magno vel paruo precio rem æſtimauerit? Et eſt conſentiens opinio omnium, hic eſſe locum arbitrio boni viri, pro reductione inæqualitatis & iniquitatis: & quidem vt ego accipio, non per ſpeciale aliquod remedium reſtitutorium, ſed per officium iudicis quod ſubſeruit actioni bonæ fidei exemplo ſocietatis, cuius ſi partes iniquas ſtatuerit tertius, ea iniquitas corrigitur, per iudicem inſtituta actione pro ſocio *l. in propoſito 78. cum l. ſeq. pro ſoc.* Ita ad eundem modum ſi nimis magno definito pretio, venditor ad illud agat, obiecta per emptorem iniquitate ex officio iudex propter clauſulam, *ex bona fide* moderationem adhibebit. Ita Dd. communiſſime hic & *in l. vlt. C. h. t.* quæ ſententia cum omnino æquitati & iuſtitiæ ſit conſentanea, conſequenter cum mica ſalis erit & ciuiliter accipiendum, quod hic ait Iuſtin. omnimodo ſecundum æſtimationem dictam à Titio pretium perſoluendum eſſe: vt ſcil. non excludatur iudicis officium pro corrigenda inæqualitate: & etiam ea quæ non excedit dimidium iuſti pretii, pro hac enim corrigenda ſpeciale remedium eſt *in l. 2. C. de reſc. vend.* hic autem officio iudicis locus eſt, re adhuc integra, vbi ex empto aut vendito ad implendum contractum agitur. Quod ſi enim iuxta æſtimationem, res tradita & precium ſolutũ fuerit, huic emendationi iniquitatis per officium iudicis non erit locus: ſed tunc neceſſario recurrendum erit ad remedium *d. l. 2. C. de reſc. vend.* cui conſtat non eſſe locum, niſi vbi vltra dimidium alteruter læſus eſt.

Quod ius cum.] Ait Iuſtin. hoc idem obtinere in locationibus debere. Atquin iam diu ante Iuſtinianum id obtinuiſſe & à Caio ſcriptum monet Hottom. hic, *in l. ſi merces 25. in pr. locati.* ſed obtuſæ naris hic videtur fuiſſe Hottom. dum non animaduertit *d. l. 25. loc.* interpolatam à Triboniano, quod & ſtilus & eadem pene verba, quibus hic vtitur & *in d. l. vlt. C. h. t.* ſatis oſtendunt.

TEXTVS.

2. Item precium in numerata pecunia conſiſtere debet. Nam in ceteris rebus an pretium eſſe poſſet valde quærebatur: veluti an homo, aut fundus aut toga alterius rei pretium eſſe poſſet. Et Sabinus & Caſſius etiam in alia re putabant precium poſſe conſiſtere, vnde eſt illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque ſpeciem emptionis & venditionis vetuſtiſſimam eſſe, vtebanturque argumento Græco poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achiuorum ſibi vinum comparaſſe ait, quibuſdam rebus permutatis, his verbis.

Νῆες δ' ἐκ λήμνοιο παρέσταν οἶνον ἄγουσαι.
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Diuerſæ ſcholæ autores contra ſentiebant, aliudque eſſe exiſtimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioquin non poſſe

Digitized by Google

poſſe rem expediri, rebus permutatis, quæ videatur res veniſſe, & quæ precii nomine data eſſe: nam vtramque videri & veniſſe, & precii nomine datam eſſe, rationem non pati, ſed Proculi ſententia, dicentis, permutationem propriam eſſe ſpeciem contractus, à venditione ſeparatam, merito præualuit, cum & ipſe aliis Homericis verſibus adiuuabatur, & validioribus rationibus argumentabatur: quod & anteriores Diui Principes admiſerunt, & in noſtris Digeſtis latius ſignificatur.

COMMENTARIVS.

DIximus *in §. præced.* de vna qualitate precii, vt ſit certum. Altera eſt, vt conſiſtat in pecunia numerata, iuxta veriorem & receptam Proculi ſententiam, quæ permutationem à venditione diſtinguit, permutatio nimirum antiquiſſima fuit ratio commutandi neceſſaria, dum res rebus quibus ſinguli hinc inde indigebant, mutabantur, ſed habuit & hoc incommodi, quod vt eleganter diſſerit ICtus *in l. 1. h. t.* non ſemper eueniebat, vt vtrimque in rebus, quæ penes alterutrum erat, indigentia proportionata occurreret: vt proinde neceſſum fuerit per aliam materiam, & alia ratione difficultatibus permutationum occurrere: & hoc nimirum per nummum, quo omnes res æſtimarentur, & pro quo quiſque res neceſſarias ſibi comparare poſſet, cum non poſſit inutilis eſſe accipienti, ſed hic quandocunque aliam rem ſibi neceſſariam, eo ſibi compararc poſſit: quod elegãter expreſſit *Ariſtot. 5. Ethic.* 8. vbi ita ſcribit: ὑπὲρ τῆς μελλούσης ἀλλαγῆς, εἰ νῦν μηδὲν δεῖται, ὅτι ἔσται ἐὰν δεηθῇ, τὸ νόμισμα οἷον ἐγγυητής ἐστιν ἡμῖν. ſignificãs nimirũ ꝙ nummus quaſi ſit quidam ſponſor, per quẽ ſi forte qua re olim indiguerimus, eã conſequi poſſimus: licet iam non egeamus. Vbi etiam docet, duplicem eſſe nummi vſum 1. cum non eſt vtrimque quo alteruter æque egeat: 2. cum eſt quidem, ſed non æqualis valoris, quam inæqualitatem nummus exæquat. Et hoc quidem caſu, vbi res & pecunia interuenit qualis ſit contractus, alterius tractationis eſt, vt tamen fere placuerit, ab eo quod excedit, æſtimari an ſit venditio an permutatio. Frequentius autem ſola pecunia numerata interuenit, & datur pro re, quam conuentionem poſt incommoditates permutationum, in quibus vtrimque res dabantur, inuentum rectiſſime à permutationis cõtractu Proculus disiunxit, quem ceteri ICti communius ſunt ſecuti, pro qua ſententia *h. §. verſ. diuerſæ.* tale argumentum proponitur. In quo contractu diſtincta inuicem debent eſſe precium & res, in eo non poteſt res pro re interuenire, ſed alio quodam, & nimirum pecunia numerata opus eſt. Atquin in emptione venditione iſta debent eſſe diſtincta. Ergo, &c. Maioris ratio proponitur *in verſ. alioquin.* quoniam vbi res pro re datur, veluti equus pro ſeruo, nihil poteſt dici, cur equus vel ſeruus potius pretium qua merx aut vice verſa dici debeant. Et ieiuna plane eſt coniectura Hottomanni, qui hanc à Sabino inter permutationem & venditionem, vbi res pro re data fuiſſet, differentiam ſtatutam fuiſſe putat, vt tunc eſſet permutatio cum vtriuſque ſimilis eſt animus volentis rem ſuam in aliam transferre, emptio autem, cum alter quidem cupit rem alienare ſuam, ſed alter rem quam retinere mallet, coactus eam dat pro re qua eget, vt Græci dum vinum ex Lemno adiectum ſibi comparant pro rebus, quas alias retinere maluiſſent. Ieiuna penitus eſt iſta coniectura, & purum hoc accidens non poteſt variare cõtractum. Aſſumptionis in ſuperiori argumento ratio eſt, quod emptio & permutatio cum habeant diuerſa nomina, debent etiam reipſa inter ſe diſtincti eſſe contractus, vt in illa diſtincta ſint res & pretium, in hac non ſint diſtincta, iuxta *l. 1. de rer. permut.* vbi ICtus ait, in permutatione diſcerni non poſſe, quid ſit pretium, quid res, quis dicatur emptor vel venditor, cum vtriuſque con-

trahentium vna eademque ſit ratio: & adeo hic eſt permutatio: in eo vero contractu vbi diuerſa debent eſſe res & precium, non poteſt admitti vt vtrumque & precii & rei loco ſit, vt diſputabat Proculus. Quæ nimirum ſunt rationes validiores, quarum meminit in f. huius textus Iuſtinian. quibus ceteri ICti aſſenſi fuerunt, cum & aliis viciſſim verſibus Homericis pro adſtruenda ſua opinione Proculus vteretur: quos *Alciat. putat 2. prætermiſſ.* eſſe illos quibus 6. Iliad. refert Homerus permutationem armorum inter Glaucum & Diomedem, vbi vtitur verbo ἀμείβειν, quod permutationem ſignificat: quos & citat in hanc ſententiam Paulus in *l. 1. h. t. & Theoph. hic.* Sed in neutram partem magni momenti videtur eſſe autoritas Poetæ, qui ſæpe metro inſeruire neceſſe habet: vt proinde nec curandum ſit quod Homerus idem lib. 1. Odyſſ. ſcribit

— πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

quem locum idem Paulus citat in *d. l. 1. h. t.*

TEXTVS.

3. Cum autem emptio & venditio ſit cõtracta (quod effici diximus, ſimulatque conuenerit de precio, cum ſine ſcriptura res agitur) periculum rei venditæ ad emptorem ſtatim pertinet, tametſi adhuc emptori ea res tradita non ſit. Itaque ſi homo ſit mortuus, vel aliqua parte corporis læſus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte conſumptæ incendio fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus ſit, ſiue etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior eſſe ceperit, emptoris damnum eſt: cui neceſſe eſt, licet rem non fuerit nactus, precium ſoluere. Quidquid enim ſine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor ſecurus eſt. Sed &, ſi poſt emptionem fundo aliquid acceſſerit per alluuionem, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum eius eſſe debet, cuius periculum eſt. Quod ſi fugerit homo qui veniit, aut ſubreptus fuerit, ita vt neque culpa neque dolus venditoris interuenerit, animaduertendum erit, an eius cuſtodiam vſq; ad traditionem ſuſceperit venditor. Sane enim ſi ſuſceperit, ad ipſius periculum pertinet is caſus: ſi non ſuſceperit, ſecurus eſt. Idem & in ceteris animalibus ceteriſque rebus intelligimus. Vtique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia ſane qui nõdum rem emptori tradidit, adhuc ipſe eſt dominus. Idem etiam eſt de furti & de damni iniuriæ actione.

COMMENTARIVS.

1 *Res vendita licet nec tradita perit emptori.*
2 *Quid ſi extet, ſed ex poteſtate venditoris exierit.*

EMptione perfecta, nudo etiam conſenſu, ſiue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis celebrata ſit iuxta *pr. huius tit.* licet necdum ſecuta traditione, & commodum quod accedit *h. §. verſ. ſed etſi* & incommodum ſi quid decedat, ad emptorem pertinet, imo etiam periculum ſi res plane perierit: quod vtrumque perſpicue ſatis, propoſitis exemplis hoc §. declaratur, & amplius aliis pluribus textibus confirmatur *l. quod ſæpe 35. § ſi res 4. h. t. l. cum emptor 5. §. vlt. de reſc. vend. l. id quod 7. & l. neceſſario 8. in princip. de peric. & comm. rei vend. leg. 1. 4. 5. 6. Cod. eod. l. ſi ſolutam. 39. inf. de ſolution. l. is qui 11. §. plane 9. Quod vi aut clam l. quod ſi is de iur. dot.* Et confirmatur hac inuicta ratione.

Qui tantum dolum & culpam præſtat in re, is de periculo non tenetur & caſu fortuito.

Digitized by Google

tuito. Atquin venditor poſt perfectam venditionem tantum dolum & culpam præſtat *leg. quod ſæpe 35. §. ſi res. 4. h. tit. leg. 5. §. 2. commod. l. contractus 23. de reg. iur. & l. 3. & paſſ. de peric. & comm. rei vend. leg. vltim. Cod. eod.* vt mirandum ſit, contrariam ſententiam, quæ tot textibus iuris & manifeſtæ rationi iuris repugnat, placere potuiſſe *Cuiacio in leg. ſi fundus 33. Locati tract. 8. ad Afric.* ſed obiicitur pro Cuiacio primo *d. l. 33. locat.* ſecundo quod venditor etiam poſt perfectam vēditionem rem alteri tradere eumque dominum efficere poteſt *leg. quoties 15. Cod. de rei vindicat.* tertio quod iuxta vulgatam regulam res perit domino, venditor autem adhuc dominus eſt *h. §. inf.* quarto textus in *leg. Lectos 12. & leg. quod ſi 14. §. 1. de peric. & comm.* quibus locis videtur requiri vt res tradita ſit, vt periculo emptoris pereat. Reſpōdeo ad primum, ibi rem nō periiſſe ſed adhuc exſtare: quo caſu ita ius eſt, vt iuxta hunc §. *in fin.* venditor ſuas actiones cedere teneatur: quas ſi non habet aut inefficaces ſua culpa habet, hoc ipſo nomine damnandus eſt *leg. quod 35. §. ſi res. 4. inf. h. titul.* vtique vt precium ſaltem reſtituat *d. leg. 33.* Recte autem ſtatuunt Dd. culpa ibi venditoris fundum publicatum fuiſſe: & vt maxime iniuria iudicis id accidiſſe dicas, tamen pro iudicis ſententia in dubio præſumitur: & iniuria illa potius penes venditorem contra quem ſententia dicta eſt, reſidere debet: Quoniam autem culpa ea de qua in *d. leg. 23.* venditoris nempe delictum, non directo tendit ad impediendam traditionem, non ad omne intereſſe agitur, ſed precium reſti tui ſufficit, quamuis poſt gl. *Angel. hic* ſtatuat ſi culpa venditoris cauſam dederit, ad omne intereſſe eum teneri. Ad 2. id fieri propter poteſtatem & vim traditionis, quæ ab adhuc domino facta, ſimplici obligatione potentior eſt: & habet emptor remedia, quibus fidem ruptam vlciſcatur. Ad tertium quod emptor perfecta emptione ſtatim auferre & auocare rem poſſit: & ſi perierit adeo interim res, eam quaſi moram emptori nocere debere: & quod regula illa quod domino res pereat, ad eos pertineat, à quibus res per remedia iuris auocari non poſſit: tum etiam quod ibi dominus opponatur his qui nudam cuſtodiam aut vſum rei habent: quod ſecus eſt in emptore, cui res perit vt creditori, & venditor non tamquam dominus ſed tamquam debitor interitu rei liberatur: quomodo ita ſi res promiſſa pereat, debitor liberatur *leg. ſi ex legati 23. & paſſim de verb. obligat.* Porro in *leg. 12. de peric. & comm. rei vend.* lecti vendici culpa venditoris in loco publico poſiti, & ab ædile conciſi fuerunt. In *leg. 14. eod. tit.* materia in genere vendita eſt, quo caſu, ſicut & cum res fungibiles venditæ ſunt, non ſtatim periculum eſt emptoris, ſed poſtquam admenſio facta eſt, ante quam perfecta nec emptio cenſetur *leg. 1. §. 1. & paſſ. de pericul. & comm.*

Et igitur, vt concludamus, periculum & damnum eſt emptoris, ſiue res deterior ſit facta, ſiue perierit: & rurſus ſiue perierit tota ſiue pro parte: & amplius ſiue perierit, ſiue ex poteſtate venditoris exierit, vt tradi non poſſit, veluti ſi ſeruus venditus vel aliud animal, vel quæcunque res, fugerit, ſubrepta aut amiſſa ſit. De qua re† tractatur *h. §. in verſ. Quod ſi fugerit.* Diſtinctio ſumma eſt, quæ etiam in 2
caſu præced. rei corruptæ aut conſumptæ locum habet, an culpa venditoris tale quid acciderit, an ſine eius culpa. Illo caſu eſt damnum venditoris: nec intereſt an ſit culpa quam ex natura contractus præſtat, an ex ſpeciali pacto, (poteſt enim per pactum obligatio & præſtatio alterius contrahentium grauior & ſtrictior fieri, vt notauimus ad §. *Item is 2. ſup. quib. mod. re contr. obligat.*) quod intelligit Iuſtinian. hic, dum ait, ſi neque dolus neque culpa venditoris interuenerit, animaduertendum eſſe, an cuſtodiam rei vſque ad traditionem venditor ſuſceperit nec ne: cuſtodiam nempe ſpecialem & in ſpecie ſumptam, quæ vt ſup. ad *d. §. 2.* notauimus, ſignificat exactiſſimā diligentiam: ceteroquin ad cuſtodiam in genere ſumptam etiam citra pactum ſpeciale venditor tenetur *l. quod ſæpe 35. § ſi res 4. h. t.* & talem nimirum qualē bonus paterfam. rebus ſuis adhibet *d. §. 4.* Cū non

 obſt.

obſtat *l.2.in f. & l.3. de peric. & comm.* quoniam ibi tractatur de rebus fungibilibus venditis, in quibus nudus conſenſus non omnino perficit venditionem *l. 1. §. eod. tit.* Quod ſi citra culpam ſiue iuxta naturam contractus ſiue ex pacto præſtandam, tale quid acciderit, ſeruus fugerit, res furto ablata, aut corrupta amiſſaue ſit, ſecurus eſt venditor *h.§.verſ.ſane enim*, id eſt, actione ex empto ad tradendum, aut ad intereſſe conueniri non poteſt: ſed tenetur actione ex empto ad illud, quod ſine damno ſuo præſtare poteſt, nimirum vt emptori cedat & in eum transferat, quas habet actiones; quarum quatuor referuntur à Iuſtiniano, vindicatio, condictio, actio furti, & damni iniuriæ. Rationem reddit, quoniam venditor adhuc dominus ſit, ſiquidem non per contractum, ſed per traditionem ſequentem transfertur dominium. Et an igitur hæ actiones omnes ſoli dantur domino? Id ita ſane eſt in vindicatione: quod ſi dominus non fuerit, ſed alias bona fide poſſederit, habet actionem Publicianam: ſed quia hęc contra verum dominum inefficax eſt, emptor repulſus exceptione dominii ex empto aget contra venditorem, perinde ac ſi ipſi poſſidenti res euicta fuiſſet, per *l.35. §.4. in f.h.t.* Condictio intelligitur furtiua, quæ datur ſoli domino *l.1. de condict. furt. l. eum qui 14. §. qualis 16. de furt.* & datur contra furem vel eius heredem, de quo in *§. vlt. inf. lib.4. tit.1.* quam cedere debet venditor vbi res furto ſubrepta fuit: ſicut & tum (quæ tertia eſt) actionem furti pœnalem quæ in ſolum furem datur. Ea quidem non tantum domino datur, ſed etiam ei cuius intereſt *§. furti 13. cum ſeqq. infr. de furtis.* ſed hoc nimirum vbi his ipſis res ablata eſt: hic autem ante traditionem non emptori, ſed venditori ſublatam proponimus, qui ſolus adeo habet actionem furti non emptor *d.l. eum qui 14. in pr. de furtis.* Quarta demum actio eſt damni iniuriæ ex L. Aquilia, ſi quis ſeruum aut aliud animal occiderit, aut rem quamcunque corruperit, quæ itidem regulariter ſoli domino datur, de quo *infra lib. 4. ad L. Aquil.*

TEXTVS.

4\. Emptio tam ſub conditione, quam pure contrahi poteſt: ſub conditione, veluti: Si Stichus intra certam diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

COMMENTARIVS.

HÆc generalia, & communia, ſine vitio ſub ſpeciebus contractuum non traduntur. Et ſpecies tamen iſta conditionis quæ hic proponitur, non videtur temere in aliis contractibus occurrere & inuenire locum: *Si tibi res placuerit, erit tibi empta centum aureis*: vbi nimirum & de re & precio conuentum eſt. & tantum ſub cōditione probationis contractus ſuſpenſus, quod non iniuria adiectum præcipue intelligitur emptoris cauſa, cuius intereſt explorare prius cōditionem rei, antequam omnino conſentiat in contractum. Itaque non confertur hic totus contractus in voluntatem & arbitrium emptoris, quod inutiliter fieri docet *l. in vendentis 13. C.h.t. l. hæc venditio 7. D. eod.* Et proinde additur hoc *§. ſi intra certum tempus*, neque enim perpetuo ita emptio ſuſpendenda, & tam vagum arbitrium explorandi rem emptori permittendum eſt: & ita omnes Interpp. hic ſentiunt.

TEXTVS.

5\. Loca ſacra vel religioſa, item publica, (veluti, forum, baſilicam) fruſtra quis ſciens emit. Quæ tamen ſi pro profanis vel priuatis, deceptus à venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat: vt conſequatur, quod ſua intereſt eum deceptum non eſſe. Idem iuris eſt ſi hominem liberum quis pro ſeruo emerit.

COM-

COMMENTARIVS.

1 *An & quatenus verbi cauſa rei ſacræ emtio valeat.*

HOc quoque fere ad locum communem pertinet : quæ enim res extra commercium ſunt, nullius contractus aut obligationis obiectum fieri poſſunt, vt notatum ad §.2. *ſup. de inutil. ſtipulat.* Neque enim probo quod Hottom. alia ratione res iſtas vendi poſſe negat, quod ſcilicet ſit contra bonam fidem: alia vero non poſſe in ſtipulatum deduci, quoniam promiſſor, non etiam venditor obligetur ad dandum: etenim vtique vt liceat habere, emptori venditor præſtare obſtrictus eſt, & vt vtiq; ius vſucapiendi transferat, quod in his rebus, non cadit: cũ & hoc vtiq; inter emptorem & venditorem agatur, vt dominium transferatur *l. cum manu* 80.§.*vlt.h.t.* Porro res ſacræ, religioſæ, homo, liber, conſiderantur aut in ſe & qua tales, & nullo modo poſſunt eſſe obiectum venditionis. Itaque ſi vterque contrahentium ſciat qualitatem rei, (error enim & craſſa ignorantia iuris, non poteſt ſuſtinere contractum) contractus omnimodo eſt nullus, ſicut & tum cum emptor ſcit in quem res eſt transferenda *l.*4. *&* 6. *l.ſi in* 34. §. 2. *l.liberi* 70. *h.t.* ſed ſi vterque ignoret vel emptor ſolus ignoret, videtur non omnino inutilis eſſe emptio, imo valere & ex eo actio dari *h.§.& dd. textibus.* Et quidem interim dum res pro profana vel homo liber pro ſeruo habetur & tenetur, etiam traditioni locus eſſe poteſt & interim ſpecies quędam emptionis durat : ſed vbi de qualitate rei conſtat, ſane ſi ignorauerit quoque venditor ſaltem tenebitur, vt pretium reſtituat *arg. l.ſi fundus* 33. *Locati. l.ex empto* 11. §. *vlt. de act.empt.* ſin ſolus venditor ſciuerit, propter dolum amplius ad intereſſe tenetur *h.§.& d.l.*4.*h.t.* Sed enim cum res per ſe ſit exempta commercio, difficile dictu eſt, quomodo dicatur valere contractus & emptio, vbi modo emptor ignorauit qualitatem rei. Ita enim ICtus in *l.*4.*h.t.* liberi hominis & ſacræ rei emptionem intelligi ſi ematur ab ignorante, & in *d.l.liberi* 70.*eod.* liberi hominis emptionem contrahi poſſe inter ignorantes cum vtiq; ſcientia vel ignorantia contrahentium non poſſit mutare qualitatem rerum. An hoc eo pertinet, vt dum qualitas ignoratur, rem petere & tenere poſſit emtor: an potius ei vt ſaltem propter dolum ſuum, venditor ad intereſſe teneatur vt hic tradit Iuſtin. Quod ſi enim dolus pro poſſeſſione eſt, id eſt, facit, vt qui poſſidere dolo deſiit, perinde actione in rem poſſit conueniri vtiliter, ac ſi adhuc poſſideret: quid ni etiam dolus facere poſſit, vt v. c. venditor ſit obligatus, (qui alias propter qualitatẽ rei obligatus nõ eſſet) perinde ac ſi aliam rem quæ in commercio eſt, vendidiſſet, quam propter dolum ſuum tradere non poſſit. Et proinde ratio decidendi non recte in re petitur, quod venditor non dare ſed tantum tradere teneatur, vt ad *pr.* notaui: & probauimus *ſup. ad* §.2. *de inutil. ſtipulat.* etiam ſi quis ſciens hominem liberum aut rem ſacram ignoranti promiſerit, teneri eum de dolo : & ea ſaltem differentia eſt, quod in noſtris terminis citra actionem doli ipſa contractus actio ſufficit, quæ ſæpiſſime ad intereſſe competit, quæ ſane differentia ex eo pendet, quod ex ſtipulatu agitur ad dandum. Et huc referri poteſt, quod Baldus tractat in *l. non dubium* 5.*C.de LL.col.*7.*oppoſit.l.*8. ex quibuſdam contractibus vnam tantum oriri obligationem ad rem ipſam dandam, & in his contractibus omnino nulliter deduci has res: (præterquam quod aliquando actio doli locum habet) ex aliquibus, oriri obligationem duplicem, primitiuam, ad rem, & ſecundariam ad intereſſe, quod accidit in venditione; cuius contemplatione teneat contractus, modo emptor rem in commercio eſſe exiſtimauerit.

***

Digitized by Google

AD TITVLVM XXV.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE LOCATIONE ET CONductione.

TEXTVS.

Locatio & conductio proxima eſt emptioni & venditioni, iiſdemque iuris regulis conſiſtit. Nam vt emptio & venditio ita contrahitur, ſi de precio conuenerit: ſic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit: & competit locatori quidem, Locati actio: conductori vero conducti.

COMMENTARIVS.

Locatio-conductio eſt contractus de vſu rei vel perſonæ pro certa mercede mutando vel concedendo. Hæc enim princeps eſt differentia inter emptionem & cõductionem, quod ibi de re tota & omni iure, hic tantum de vſu agitur: vnde & cõſequenter altera naſcitur: quod emptio titulus perpetuus eſſe ſolet, locatio tantum temporalis. Et porro quia locatio tantum vſum reſpicit, ad tempus, fit vt in eam etiam libera perſona & eius nempe opera & vſus recte deducatur. Etenim locatio continet vel vſum rei vel perſonæ, cum nimirum quis perſonæ operas ad aliquid faciendum conducit. In qua ſpecie locationis illud notandum, quod nomina locatoris & conductoris mutua ſunt, & vterq; contrahentium diuerſo reſpectu & locator & cõductor videtur. Idem enim qui dicitur opus faciendũ locare & eo reſpectu locator eſt, alio reſpectu dicitur & eſt cõductor, quatenus alterius operas conducit, & pro iis dat mercedẽ. Ad eundem modum qui locat operas, dicitur opus faciendũ conduxiſſe. Et huius exempla, vt dicatur opus faciendum locari & conduci plura extant ſub hoc *tit. Digeſt.* &, vt ex his quædã adducam, in *l. videamus* 11. §. *pen. l. item* 13. §. 1. *&* 3. *l. ſed addes* 19. §. *ſi quis* 7. *l. ſi merces* 25. §. *pen. l. qui inſulam* 30. §. 3. *l. ſi cui* 48. *l. ea lege* 51. §. 1. *l. cum in* 60. §. 3. *& l. vlt. h. t.* Nec tamen deſunt textus, quibus qui opus faciendum conduxiſſe dicitur, operas locaſſe perhibetur, vt in *d. l.* 19. §. *cũ quidam* 9. *h. t.* & operas conduxiſſe *l. 1. in pr. de æſtim. act.* & ſimpliciter operarũ locatarum fit mentio in *l. 3. de his qui not. inf. l. 1. §. 6. de poſtul. l. qui operas* 38. *h. t. & in l. item* 22 §. 2. *h. t.* idem dicitur conductor operis faciendi, & locator operarum. Qua conſideratione defendi poteſt Cuiac. & alias definitio Dd. qua Locatorem dicunt eſſe qui accipit, conductorem qui dat mercedem. Sed iam textum noſtrum aggrediamur. Et toto hoc tit. præcipue id agit Iuſti. vt oſtẽdat in quibus Locatio & venditio conueniant, quas & iiſdem iuris regulis conſiſtere ait poſt ICtum in *l. 2. in pr. h. t.* Et primo conueniunt, quod vterque contractus conſenſu conſtat, in *pr. ſup. de oblig. ex conſ.* & ſicut emptio iuxta *pr. tit. præc.* ita locatio ſtatim perfecta eſt, vt primum de re eiuſque vſu & mercede conuenit *h. textu. & d. l. 2. eod.*

TEXTVS.

1\. Et quæ ſupra diximus, ſi alieno arbitrio pretium permiſſum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta eſſe intelligimus, ſi merces alieno arbitrio permiſſa fuerit. Qua de cauſa, ſi fulloni polienda curandaue, aut ſarcienda veſtimenta ſarcinatori quis dederit, nulla ſtatim mercede conſtituta, ſed poſtea tantum daturus, quantum inter eos conuenerit, non proprie locatio & cõductio contrahi intelligitur, ſed eo nomine actio præſcriptis verbis datur.

COM-

COMMENTARIVS.

ET *quæ ſupra diximus.*] Aliud hoc eſt in quo conueniunt emptio & conductio: quod nimirum idem ius obtinet in hac, ſi merces in arbitrium tertii definienda collata ſit, quod in illa obtinere diximus in §.1. *tit. præced.* iuxta *l. ſi merces 25. h. t. & l. vlt. C. de contr. empt.* & ea itaque huc repetenda ſunt.

Qua de cauſa.] Aliud in quo hi contractus conueniunt: Et deducitur iſtud ex eo quod in *princ. d. tit.* dictum eſt, oportere vt initio ſtatim certa merces definiatur, ſicut in emptione neceſſe eſt, vt initio ſuper certo pretio conueniatur. Itaque ſi quis alicui veſtimenta det polienda, & hic nec gratis eam operam ſuſcipiat, quo caſu mandati eſſet actio, de quo in §. *vlti. infr. mand.*) & nec merces initio ſtatim conſtitueretur, deficiente eſſentiali requiſito locationis res incidit contractum innominatum, & præſcriptis verbis agendum eſt *h. §. in fin. & l. ſi tibi 22. de præſcript. verb.* Vnde autem dicta ſit actio præſcr. verbis, an, quod nulla certa formula eius erat, ſed quod eam ipſe actor ex facto concipiebat, & quaſi prætori præſcribebat, qui ſecundum eam actionem dabat, vt Hottoman. hic putat, alterius nec huius loci quæſtio eſt. Illud autem conſtat, quod deficiente actionis certo & proprio nomine, ad actionem generalem & indeterminatam *præſcript. verb.* fuerit recurrendum *l. 1. de æſtim. act. l. 1. 2. & 3. de præſcr. verb.*

TEXTVS.

2. Præterea ſicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus, emptio & venditio contraheretur: ita quæri ſolebat de locatione & conductione, ſi forte rem aliquã vtendam ſiue fruendam tibi aliquis dederit, & inuicem à te vtendam ſiue fruendam aliam rem acceperit. Et placuit non eſſe locationem & conductionem, ſed proprium genus cõtractus: veluti ſi cum vnum bouem quis haberet, & vicinis eius vnum, placuerit inter eos, vt per denos dies inuicem boues commodarent, vt opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neque locati, neque conducti, neque commodati cõpetit actio, quia non fuit commodatum gratuitum: verum præſcriptis verbis agendum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Merces locationis an ſolum in pecunia numerata.*

ET hoc quoque pertinet ad oſtendendam adfinitatem emptionis & conductionis. Circa illam quærebatur an rebus vtrinq; datis eſſet nihilominus venditio: quod negatũ fuit §. 2. *tit. præc.* quoniam deficit pretium. Ad eundem modum negatur eſſe conductio *l. ſi conuenerit 23. inf. comm. diuid.* 10. quia merces deficit, vbi inuicem rerum vſus hincinde ad tempus fuit permutatus; ſed nec cõmodatum ideo eſt, quia vſus nõ gratuitus, verum mutuus eſt: licet cum omnibus iſtis contractibus hoc negotium habeat affinitatem: cum permutatione, quia mutatur inuicem vſus, (ſed in permutatione in ſpecie dicta transfertur dominium) cum locatione & commodato, quoniã vtendæ res dantur. Sed quoniam nec gratuito id fit, & non fit pro mercede, in aliud innominati contractus genus incidit negotiũ, & præſcriptis verbis agendum eſt. Ex quo notandũ eſt, quatuor illis ſpeciebus ſiue articulis qui proponuntur in *l. 5. de præſcr. verb.* Do vt des, do vt facias: facio vt des, facio vt facias, non exhauriri totam naturã & materiam contractuũ innominatorum & præſcrip. verbis actionis. Accedit quidẽ iſtud negotium ad articulum facio vt facias: verum hic contractus propriè dicitur, (nam & ceteri quoque ſunt μονόπλευροι,) vbi ego aliquid feci, & ceſſante altero ad intereſſe ago: hic autem etiã vbi vtrimq; vſus præſtitus fuit, ſi forte alterius culpa bos perierit, actio competit, vt h. §. docetur.

Faciunt autem iſtæ tam variæ † comparationes emptionis & conductionis, vt veram exiſtimem Dd. communem ſententiam, quod 2

merces

merces locationis non niſi in pecunia numerata conſiſtere poſſit: quod diſerte & probat *Theoph. ad pr. h. t.* contra quoſdam, imo pleroſq; Neotericos, qui quamuis rem fungibilem loco mercedis dari & conſtitui poſſe putant. Et me imprimis iſtud mouet, quod poſtquam diſceſſeris à pecunia numerata, nulla ratio eſt, cur non etiam in re alia quam fungibili merces poſſit conſiſtere. Et vero quæ ratio efficit, vt pretium emptionis in quauis re fungibili non poſſet conſtitui, eadem effeciſſe videtur, vt ita ius ſtatueretur in conductione. Nec merces differt à precio, niſi quod hoc pro æſtimanda re ipſa in perpetuum, illa pro vſu rei ad tempus æſtimando definitur. Ex quo factum vt alicubi locationis merces, precium appellatum fuerit, pretium nimirum vſus, vt in *l. quod ſi 28. §. Idem 2. l. ea lege 51. §. 1. l. inſulam 58. in pr. h. t. l. ſi quis 10. in f. de adq. poſſeſſ. l. vltim. in f. ad L. Rhod. de iactu.* Facit, quod pecunia omnes res æſtimantur, nō aliis reb. fungibilibus, quin hæ ipſis pecunia æſtimantur: & igitur cum in emptione & conductione agatur de æſtimanda re & vſu rei, æqualiter receptum videtur, vt non niſi pecunia numerata interuenire poſſit. Et fauent huic ſententiæ aliquot textus iuris. Et primo *l. ſi conuenerit 23. Comm. diuid.* vbi cum vt v terius fructus (qui ſunt res fungibiles) perciperentur, conuentum eſſet, negat ICtus eſſe conductionem, quia NVLLA merces interuenerit, ſecundo *l. 5. §. 2. de præſcr. verb.* vbi in hoc ipſo comparatur conductio cum emptione, quod vtrobique pecunia requiratur, tertio *l. ſi merces 25. §. vis maior 6. h. t. iunct. l. ſi apes 26. §. 1. de furt.* vbi colonus partiarius opponitur colono vero, qui nummis colit, quarto faciunt aliquot textus, qui requirunt pecuniam, & vbi pecunia non datur, conductionem eſſe negant, & paſſim ſimpliciter pecuniæ & nummorum mentionem faciunt, *l. 1. §. ſi quis 9. depoſ. d. l. 5. § 2. de præſcr. verb. l. ſi quis 46. l. ſi decem 52. l. ſi inſulam 48. §. 1. & paſſim h. t.* Et commentum eſt, quod illis locis pecuniæ appellatione res quaſuis fungibiles ſignificari dicunt: quippe pecuniæ verbum in dubio numeratam pecuniam & nummos ſignificat: ceteroquin appellatione generali pecuniæ & quælibet aliæ res continentur. Et quod attinet ad *l. ſi olei 21. C. Locati*, quo vnico textu illi nituntur, iam olim reſpondi, ipſam rationem contrahendi hanc exceptionē admiſiſſe, vt in certa quantitate fructuum quos ipſe fert fundus locatus conſtitueretur merces: itaque in ea ſpecie oliuetum locatum fuiſſe intelligendum eſt. Iam in textu noſtro pergamus.

TEXTVS.

3. Adeo autem aliquam inter ſe familiaritatem videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, vt in quibuſdam caſibus quæri ſoleat, vtrum venditio & emptio contrahatur, an conductio & locatio: vt ecce de prædiis quæ traduntur quibuſdam perpetuo fruenda, id eſt, vt quamdiu penſio ſiue reditus domino pro his præſtetur, neque ipſi conductori, neque heredi eius, cuiue conductor heresue eius id prædium vendiderit, alioue quocunq; modo alienauerit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia dubitabatur inter veteres, & à quibuſdam locatio exiſtimabatur, à quibuſdam venditio, lex Zenoniana lata eſt, quia emphyteuſeos cōtractus propriam ſtatuit naturam, neque ad venditionem, neque ad locationem inclinantem, ſed ſuis pactionibus fulciendam, & ſiquidē aliquid pactum fuerit, ac ſi naturalis eſſet contractus: ſin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, ſiquidem totius rei interitus acceſſerit, ad dominum redundare periculum: ſin autem particularis, ad emphyteuticarium, damnum huiuſmodi venire: quo iure vtimur.

Com-

Digitized by Google

Commentarivs.

HIc amplius oſtendit, adeo ſimilem eſſe locationem venditioni, vt inter ſe vix dinoſci poſſint, & ſcil. ſint quædam negotia, quæ an pro venditione, an pro locatione habenda ſint, dubitetur. Cuius rei duo exempla proponuntur, primum eſt in *h.§.* de contractu emphyteutico, quo prædium colendum & meliorandum conceditur, ita vt pro eo non ſemel aliquid, ſed annuatim penſio certa, nec pro omni iure, ſed pro pleniſſimo iure vtendi fruendi, quod Dd. dominium vtile appellant, & eo etiam in hæredem tranſitorio, & niſi fides contractus rumpatur, perpetuo, ſoluatur & præſtetur, in recognitionem dominij directi, vt vocant Dd. quod manet penes concedentem. Hic contractus venditioni affinis eſt, tum quia regulariter res non ad tempus ſed in perpetuum conceditur: Vnde perpetuarij conductores *l. 1. & 3. C. de locat. præd. ciu.* & ius perpetuarium *l. 1. C. de off. com. ſacr. palat.* eaque videtur intelligi perpetua conductio in *l. viam 10. C. h. t.* tum quia pleniſſimum ius vtendi & vtile quaſi dominium transfertur, quod & in hæredem & in quemcunque alium ſaluo tamen iure directi dominij licet transferre: ita vt non tantum actio perſonalis ex contractu, ſed ex iure illo adquiſito vtilis in rem actio contra quemcunque poſſeſſorem detur emphyteutæ *l. 1. ſi ager vect. arg. l. in ſpeciali 73. cum l. ſeq. de rei vind.* Ex quo etiam eſt, quod licet res emphyteutica pro parte perierit, nihilominus tamen canonem integrum emphyteuta ſoluere neceſſe habeat.

Ad locationem autem accedit, quod vtriq; dominium verum & directum penes concedenté manet: ex quo fit vt ſi res tota intereat, periculum ſit concedentis, & ab neceſſitate canonis præſtandi liberetur emphyteuta. Itemque quod non vnum pretium ſtatuitur, quod ſemel ſoluatur, ſed annuatim præſtatur merces ſiue reditus canon aut penſio. Atque iſta eſt ordinaria natura huius contractus: quæ pactionibus poteſt alterari & mutari, vt *in fin. huius §.* tractat Iuſtin. ex *l. 1. C. de iur. emphyt.* Iam verba quædam textus explicemus.

De prædiis quæ perpetuo.] Ita regulariter: nam cum ad iſtum modum colendi darentur agri & inculti & deſerti, nemo facile ad tempus iſtum laborem ſuſcepturus fuiſſet. Sed poteſt nihilominus hic contractus ad tempus cõſtitui, modo ne modicum *l. 2. ſi ager vectig. l. 1. §. 3 de ſuperfic.* ceteroquin non emphyteuſis ſed locatio conductio fuerit. Et hodie fere quæ emphyteuſes dicuntur, ſuper prædiis etiam cultiſſimis, & quæ ad decem aut paulo plures annos conſtitui ſolent, ſunt reuera locationes paulum degenerantes.

Quamdiu penſio præſtetur.] Hæc enim pars eſſentialis eſt iſtius contractus, & ſi emphyteuta fidem non ſeruet, & canonem non ſoluat, ius ad dominum redit, qui emphyteutam expellere ex prædio poteſt *l. 2. C de iur. emphyt.* vbi Iuſtin. moræ & ceſſationi biennij hanc pœnam indixit.

Cui vendiderit.] Prædium vendere dicitur, eo iure quo penes ipſum eſt: ſaluo ſemper iure domini directi. Vendere tamen non ea libertate & facultate poteſt qua verus dominus: ſed denũtiare neceſſe habet domino directo, & obſeruare quæ conſtituit Iuſtin. *in l. 3. C. de iur. emphyt.*

Lex Zenoniana.] Quia forte ſub eo, vaſtatis per bella agris, ſæpius hæc quæſtio occurrebat. Ait autem Iuſtin. quod Zeno ſtatuerit contractus huius propriam eſſe naturam: quomodo & Zeno in *d. l. 1.* conſtituimus, inquit, conceptionem & definitionem habere propriam, & iuſtum validumq; eſſe contractum. Sed nimirum quod Imp. facere non potuit, id nec voluiſſe credendus eſt. Apparet *ex h. §.* omnia eſſentialia huius contractus fuiſſe ante Zenoné, & dubitatum ſaltem fuiſſe, an iſtud negotium eſſet referendum ad locationem an potius ad venditionem: quæ dubitatio fuiſſet nulla, niſi contractus ille eſſentiam ſuam iam ante Zenonem habuiſſet, proinde penitus inepti ſunt, qui ex relatis paulo ante verbis effingere volũt, contractum hunc mere eſſe ciuilis iuris, & omnino quandam Zenonis creaturam: quo nihil

hil abſurdius dici poteſt: Neque aliud fecit Zeno, niſi vt diſtingueret & ſepararet contractus, vt iam eiuſmodi negotio conſtituto & contracto non amplius ex conducto aut empto, ſed propria ageretur actione. Hinc & parum ſubtiliter Weſemb. hic definit hunc contractum origine iuris gentium, forma autem ciuilis iuris: quaſi vero iure gentium abſque forma eſſe potuerit: aut quaſi non ex h. §. apertiſſimum ſit totam eius eſſentiam, in qua forma conſiſtit ante Zenonem fuiſſe. Et, ſi propterea quod ex conſtitutione Zenonis eſt aliquid diſpoſitum de periculo rei ad quem ſpectare debeat, itemque quod iuxta eam conſtitutionem pactionibus contrahentium natura huius contractus mutari poteſt, & alterari: ſi, inquam, hæc faciunt, vt forma contractus ad ius ciuile ſit referenda, iam omnes contractus pene forma iuris ciuilis erunt.

Neque ad locationem inclinantem.] Scilicet non ita inclinantem, vt ex locatione vel ex venditione actio detur, & vt vel huius vel iſtius iure & natura æſtimetur, ſed vt pro ſeparato proprioque contractu habeatur: cæteroquin efficere Zeno non potuit, quo minus in iis quæ ſupra diximus, ſimilis hic contractus maneret & emptioni & conductioni, & ita hactenus ad vtramque inclinaret.

Ac ſi naturalis eſſet contractus.] Id eſt, ſicut alius quiuis proprius & ſemper diſtinctæ naturæ contractus, pactionibus non alteratus, ſed qui vt vulgo notiſſimum eſt, ex conuentionibus Legem accipit. Ita enim & hic contractus poteſt, vt Iuſtin. loquitur, ſuis pactionibus fulciri, tum circa durationem, tum circa caducitatem, (intra quantum tempus non ſoluto canone emphyteuta cadere debeat iure ſuo *l. 2. C. de iur. emphyt.*) tum circa præſtationem periculi, de quo ſi nihil cautum ſit, quid obtinere debeat *in fin. §. & in d. l. 1. C. de iur. emphyt.* docetur: Hæc pro iſtius textus explicatione: neque enim patitur inſtituti noſtri ratio, vt in tractationem hanc excurramus, & varia quæ circa eum quæri ſolent excutiamus: quod latiſſime præſtitit Iaſon *in l. 1. 2. & 3. Cod. de iur. emphyt.*

TEXTVS.

4. Item quæritur, ſi cum aurifice Titius conuenerit, vt is ex auro ſuo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret & acciperet, verbi gratia, decem aureos: vtrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Caſſius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod ſi ſuum aurum Titius dederit, mercede pro opera conſtituta, dubium non eſt, quin locatio & conductio ſit.

COMMENTARIVS.

Ex duobus alterum hoc eſt exemplum, quo oſtenditur vicinitas locationis & venditionis: quod nimirum iſtud quoque negotium de quo h. §. venditionem & locationem in ſe continere videtur, veluti, ſi conuenerit inter me & aurifabrum, vt pro certo precio & iuxta hunc §. pro decem aureis, mihi ex ſuo proprio auro conficeret annulum. Venditio enim videtur, quoniam aurifaber vendit aurum ſuum: locatio autem, quoniam tanti aurum per ſe non eſt, ſed propter operam quam artifex addit, de tanto pretio conuentum eſt: cui & hoc addo, quod annulus eſt obiectum negotij & contractus illius, atquin hic efficitur opera artificis: vt forte non immerito Caſſius & venditionem & locationem in hoc negotio concurrere dixerit, propter ipſam materiam & operas in materia præſtitas. Sed concinnius habitum fuit, vt vnum negotium ne conſtitueret plures contractus, & vt à principaliori, & à ſubiecto cenſeretur emptio & venditio *l. 2. §. 1. h. t.* & facit ratio *l. conuenit 65. de contr. empt.* conductionem eſſe quoties

ties materia in qua aliquid fit, in eodem ſtatu manet, at cum alteratur & mutatur, magis eſſe emptionem: itemque *in l. Sabinus* 20. *de contr. empt.* non poſſe eſſe locationem, vbi alter tantum pecuniam pro corpore ſimul & pro operis dat, nec corpus ab ipſo proficiſcitur: adeoq; apparet, nec Sabinum quidem eiuſdem cum Caſſio hic fuiſſe ſententiæ. Et hinc non obſtat quod in *l. Item* 22. *§.* 2. *h. t.* Paulus ſcribit, licet quis in ædificandis ædibus omnia à ſe præſtet, & proprietatem ad me transferat, tamen non emptionem ſed locationem eſſe. Etenim hic ædificator non tam in ſuo operatur quam in meo, & nimirum in area mea, quæ à me profecta facit vt locatio cenſeatur, vt expreſſe diſtinguit ICtus *in d. l.* 20. *de contr. empt.*

TEXTVS.

5. Conductor autem omnia ſecundum Legem conductionis facere debet: &, ſi quid in Lege prætermiſſum fuerit, id ex bono & æquo præſtare. Qui pro vſu aut veſtimentorum, aut argenti, aut iumenti, mercedem aut dedit aut promiſit, ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus paterfamilias rebus ſuis adhibet: quã ſi præſtiterit, & aliquo fortuito caſu eam rem amiſerit, de reſtituenda ea non tenebitur. Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres eius eodem iure in conductione ſuccedit.

COMMENTARIVS.

DVæ ſunt huius textus partes. Prima de eo quod conductori præſtandum incumbit. Altera plane diuerſa, de obligatione & iure tranſeunte in hæredem. Quod ad illud attinet, deſumitur id aut ex iure aut ex pactione contrahentium, quæ hic dicitur Lex contractus, quo ſenſu contractus ex conuentione Legem accipere dicuntur: quia perinde ſunt obſeruandæ pactiones iſtæ, ac ſi ex iure contractui id ineſſet, quod inter partes conuentum eſt. Igitur primo ſpectatur quid conuentum ſit *h. §. & l. ſi merces* 25 *§. Conductor* 3. *h. t. l. ſi quis* 9. *§. Iulianus* 2. *eod. l. circa* 19. *C. eod. & l. videamus* 11. *§. vlt. D eod.* vbi ſpeciales conuentiones; idque omnibus bonæ fidei iudiciis commune eſſe docet *l. ex empt.* 11. *in prin. de act. empt.* vbi autem deficit conuentio, relinquitur reſiduum diſpoſitioni iuris & naturæ huius contractus, in quo non tantum venit quod verbis expreſſum eſt, ſed & quod ex æquo & bono præſtari debet: quod in genere de contractibus qui conſenſu conſtant affirmauit Iuſtin. *ſup. de obligat. ex conſenſu.* Et ſecundum hoc ICtus in *d. l.* 11. *in pr. de act. empt.* ſi nihil conuenit, ea præſtari quæ naturaliter inſunt ex iudicij poteſtate. *fac. l. ſi in lege* 24. *in pr. h t. l.* 2. *& l. præter* 17. *C. eod.* Illud autem ſcrupulum habet quod in *verſ. qui pro vſu* ſcriptum eſt, conductorem ad talem diligentiam & cuſtodiam teneri, qualem diligentiſſimus paterfam. rebus ſuis habet, & tum demum ſecurum eſſe, ſi caſu fortuito res perierit: Eſt enim, vt patet ex tractatis ad §. 2. *ſup. Quib. mod. re contr. oblig.* iſta deſcriptio ſummæ diligentiæ, quæ opponitur leuiſſimæ culpæ, quæ exigitur à commodatario, qui gratuitum vſum cum habeat, plane abſurdum ſit eandem diligentiam exigere à conductore, qui pro vſu mercedem præſtat: vt ita ſimul verſetur vtilitas locatoris; in cuius modi contractibus mediam tantum diligentiam requiri, & non præſtari leuiſſimam, ſed tantum leuem culpam, regula iuris habet *in l.* 5. *§.* 2. *commod.* quæ cur hic fallere debeat, nulla apparet ratio: imo leuem tantum culpam præſtandam eſſe ex hac ipſa ratione, quod vtilitas vtriuſque verſetur, oſtendunt *d. l.* 5. *§.* 2. *l.* 3. *§.* 1. *naut. caupon ſtab.* Sunt qui diſtinguunt locationem faciendi & fruendi, vel, locationem rei & operis ſiue operæ. Et rationem habet diſtinctio, ſi operam tamquam ab artifice præſtitam intelligas. Quoniam enim qui quis peritiam alicuius rei profitetur, hoc ipſo intelligitur offerre operam, merito arctius & ad diligentiã maiorem teneri debet. Et huc pertinet

l.ſi quis 9.§.Celſus pen.l.Item 13.§.ſi gemmas locati. culpæ imperitiam annumerandam eſſe: atquin in alio non artifice imperitia ad leuiſſimam culpam pertinet. Ita in *l.ſi merces 25.§. pen h t.* culpa dicitur abeſſe, ſi quis ea adhibuerit, quæ diligentiſſimus quiſque præſtiturus fuiſſet. Hinc in *l.itaq; 12.in pr.de furt.* dicitur, fullonem ſemper agere furti, quia præſtat cuſtodiam, id eſt, exactam in cuſtodiendo diligentiam, tanquam artifex qui operam ſuam offert, & cui neceſſario res committenda eſt: & in *§.quæ de fullone 16.in pr.infr. de furt.* hac ipſa in re fullo & commodatarius comparantur. Atque ita poſt alios diſtinguit Hottom. ſed miror eum non aduertiſſe, ita plane non tolli ſcrupulum qui ex hoc §.nectitur: qui non de locatione operis ſeu operarum, ſed de locatione rerum & vtendi apertiſſimi tractat. Itaque alij rationem ſpecialitatis à qualitate rerum ſumunt, & hunc §. ad res de quibus nominatim loquitur, reſtringunt; quod quanto facilius iſta corrumpi & damnum accipere poſſunt, tanto accuratior cuſtodia requiratur. Sed perpetuo viget, quod ſupra dixi, abſurdum eſſe, vt à conductore qui mercedem præſtat, cura & diligentia eadem exigatur, quam commodatarius præſtat: neque enim dubium eſt, quin iumenta, veſtimenta, commodato quoque dari poſſint: & ad hunc modum propoſitio & traditio *l. 5. §. 2. commod.* fere ad res immobiles reſtringenda erit: cum non tantum iumenta & veſtimenta, ſed aliæ pleræque res mobiles facile damnum poſſint accipere. Itaque Accurſ. (qui tamen præcedentem quoque explicationem refert) explicandum putat ſuperlatiuum hoc §. pro poſitiuo, iuxta naturam contractus: neque quod tantum meminit caſus fortuiti, facit, vt propterea dicendum ſit conductorem teneri de leuiſſima culpa, per ea quæ notauimus *ad d. §. 2. ſup. Quib. mod. obl. re contr.* aut etiam ex dictis ibidem fuerit diſtinguendum inter patremfam. in abſtracto & in concreto conſideratum: qui ſane ſi plus ſolito negligentior ſit in rebus ſuis, maiorem tam rebus conductis, quam propriis adhibere diligentiam tenetur: cum alias ſi in abſtracto rem conſideramus, illa ſumma diligentia ſit, cum quis res alienas diligentius quam ſuas curare tenetur.

Mortuo conductore.] Hæc altera pars eſt huius textus: non proprie ad locationem pertinens, ſed vt diximus ad *§.2.ſup. de fideiuſſ.* ita regulariter obtinet, vt obligatio tranſeat in hæredes, & ipſum quoque ius quod defunctus habuit: exceptis caſibus, quibus induſtria perſonæ electa eſt, vt dicemus ad *duos tit.ſeqq.* Idem quod hoc §. reſcriptum eſt in *l. viam 10. Cod. eod.* nimirum de ipſo iure conductoris in hæredes tranſeunte: nam quin ratione temporis quo inter defunctum conductorem & locatorem durauit contractus, obligatio & actio tranſeat, dubitari minus poteſt: & hactenus ex mandato quoque & ſocietate, qui contractus tamen morte finiuntur, in hæredes tranſit obligatio, vt *ad duos titt.ſeqq.* tractabimus.

AD TITVLVM XXVI.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE SOCIETATE.

TEXTVS.

Societatem coire ſolemus aut totorum bonorum, quam Græci ſpecialiter κοινωνίαν appellant: aut vnius alicuius negotiationis: veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

COMMENTARIVS.

Societas eſt contractus de communione ineunda. Et eſt alia particularis, alia vniuer-

vniuerſalis omnium bonorum hoc textu: quæ vna & ſimplex eſt ratione bonorum, quæ fuerunt tempore contractæ ſocietatis, hæc enim omnia communicantur: ſed quoad poſt adquiſita ſeu adquirenda diſtinguitur: quod alia ita contrahitur, vt in eam omnia omnino, vndecunque etiam ex cauſa lucratiua adquiſita, veniant, quæ dicitur ſpecialiter omnium bonorum, *l.3. §. 1. h.tit.* alia vero ita vt in eam tantum veniant, quæ ex commerciis negotiatione & quæſtu obueniunt. *l 7.eodem.* Sed & particularis ſocietas non eſt omnino vna, ſed ſuos gradus imo ſpecies habet, quoniam & vnius rei & negotiationis & plurium, & partis quoq; bonorum conſtitui poteſt, *arg. l. 5. in pr. h. tit.* quæ non niſi ambigue particularis dicitur: & proinde non eſt exacta hoc loco & accurata oppoſitio, ſocietas omnium bonorum & vnius negotiationis, quin iſta exempla potius ſunt, non autem veram faciunt diuiſionem.

TEXTVS.

1. Et quidem ſi nihil de partibus lucri & damni nominatim conuenerit, æquales ſcilicet partes & in lucro & in damno ſpectantur. Quod ſi expreſſæ fuerint partes, hæ ſeruari debent. Nec enim dubium vnquam fuit, quin conuentio valeat, ſi duo inter ſe pacti ſint, vt ad vnum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia. De illa conuentione ſane quæſitum eſt, ſi Titius & Seius inter ſe pacti ſint, vt ad Titium duæ lucri partes pertineant, damni tertia: ad Seium duæ partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conuentio. Quintus Mutius contra naturam ſocietatis pactionem talem eſſe exiſtimabat, & ob id non eſſe ratam habendam. Seruius Sulpitius (cuius ſententia præualuit) contra ſenſit: quia ſæpe quorundam ita pretioſa eſt opera in ſocietate, vt eos iuſtum ſit, conditione meliori in ſocietatem admitti. Nam & ita coiri poſſe ſocietatem non dubitatur, vt alter conferat pecuniam, alter non conferat, ac tamen lucrum inter eos commune ſit: quia ſæpe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutij ſententiam obtinuit, vt illud quoque conſtiterit, poſſe conuenire, vt quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipſum Seruius conuenienter ſibi fieri exiſtimauit. Quod tamen oportet intelligi, vt ſi in alia re lucrum, in alia damnum illatum ſit, compenſatione facta, ſolum quod ſupereſt, lucro eſſe intelligatur. Illud expeditum eſt, ſi in vna cauſa pars fuerit expreſſa (veluti in ſolo lucro, vel in ſolo damno) in altera vero omiſſa, in eo quoque, quod prætermiſſum eſt, eandem partem ſeruari.

COMMENTARIVS.

1 *De partibus lucri & damni.*
2 *Diſpoſitum in vno relatorum, an habeat locum in altero.*

SOcietas eſt in communione, cuius finis eſt, communicatio poſt adquiſitorum, in quibus quidem ſpectatur lucrum, cuius gratia omnis ſocietas initur: ſed quia non ſemper lucrum haberi poteſt, oportet & lucri & damni partes in omni ſocietate conſtitutas eſſe. Et ſunt conſtituunturq; eæ partes vel æquales, vel inæquales. Cuius inæqualitatis ratio ſumma eſt ab inæquali collatione vel rerum pecuniæque; vel operæ, verbi cauſa, ſi vnus centum alter ducenta conferat, item, ſi vnus centum, alter itidem centum, ſed ſimul operam & induſtriam conferat: ratio ſuadet

inæquales quoque & proportionatas lucri & damni partes conſtitui: cæteroquin in collatione æquali, partes quoq; æquales in dubio eſſe debent, *h.text.in pr.* qui locus *in verſ. quod ſi expreſſa.* probat, poſſe, licet collatio æqualis ſit, inæquales tamen partes conſtitui ex pacto: quippe, cum per pacta quorumcunq; contractuum natura poſſit alterari: vt ſi non iure ſimplicis ſocietatis id valeat, tamen valeat iure conuentionis, vt poſt *Angel. & Porcium notat Weſembec. hic.* quamuis cum ſocietatis ipſum verbum communionis æqualitatem ſignificet, & ipſa ſocietas quandam ſpeciem fraternitatis habere dicatur, difficilius admittantur partes inæquales, vbi omnimoda eſt collationis æqualitas, vt perſpicue docet *l.ſi non. 29.in prin.h.tit.* Inæqualitas autem partium, quibus caſibus locum reperit, admittitur non difficulter, vbi pariter inæqualitas proportionata eſt in damno & lucro, iuxta §.1. *in fin.h. tit.* vt nimirum, qui duas habet lucri partes, eaſdem etiam in damno ſentiat: quia cum ſit incertus euentus negotiationum, nec ſemper faueat Mercurius, æque caſus damni ac lucri contingere poteſt, vt propter hunc incertum euentum vix hic inæqualitas appareat. Admittuntur difficilius inæquales lucri partes & damni, difformiter conſtitutæ: veluti vt alter duas lucri, & damni vnam tantum partem ferat; quam conuentionem à Mutio, vt æqualitati, quam ſocietas deſiderat aduerſam, improbatam, ſed à Seruio recte admiſſam & probatam refert Iuſtinianus *in §. de illa. 2. h.t.* & tamen, quod ex ratione ſubiecta *in verſ. quia ſæpe* apparet, in caſu non ſimplicis collationis rerum, quam videtur conſideraſſe Mutius, & qua æquali ſimpliciter poſita, ſane hæc pactio fuerit iniqua, ſed in caſu operæ adiunctæ, quam præter pecuniam alter ſimul confert, vt merito aliqua prærogatiua debeat gaudere: arg. *l.5. l. cum duobus. 52. §.1.h.t.l.ſi non.29.in prin.eod.* idque Iuſtin. *in verſ. nam & ita* amplius hinc confirmat, & ſcilicet non recte à Mutio hac in re rerum tantum collationem & æqualitatem conſideratam eſſe, eo argumento comprobat, quod & ita contrahi poſſit ſocietas, vt pecuniam conferente altero, alter nudam induſtriam & operam conferat.

Hinc porro concludit vel infert potius Iuſtin. per ampliationem, *in verſ. & adeo,* quod (& ſcilicet in iiſdem terminis) ita ſocietas coiri poſſit, vt alter non quidem lucrum totum (quod admitti non poteſt, *d.l.29. §. Ariſto.h.t.*) ſed partem in lucro ſolo ferat, & de damno non teneatur; quod Iuſtinianus ait exiſtimaſſe ſibi conuenienter fieri Seruium, id eſt, aſſertioni ſuæ priori: quoniam ſi valet ſocietas, vt qui nihil pecuniæ, ſed ſolam operam confert & induſtriam, partem lucri habeat, etiam valebit, vt quis nullum damnum, ſed lucrum tantum ſentiat: nullum nimirum damnum in pecunia, quam nec contulit: etenim vbi, vt ſæpe accidit, nihil factum eſt lucri, operæ vtique ſentiet damnum: vt tamen, quod pro limitatione in extremo §.2. *in verſ. quod tamen.* ſubiicit Iuſtinianus, in caſu eiuſmodi ſocietatis & pactionis, ita ex lucro tantum partem ferat, vt in lucro deputetur illud, quod ſupereſt, deducto prius & ſubducto damno, itidemque impenſis, veluti, ſi qui vendendorum equorum negotiationem contraxerunt, decem equis venditis, ex quinque lucrati fuerint centum, in reliquis quinque, quinquaginta damni ſenſerint, non hoc damnum deputabitur alteri ex ſociis tantum, & alter ex centum partem integram feret remoto & non conſiderato damno: ſed prius deducto omni damno, ex quinquaginta quæ ſuperſunt, partem lucri & nimirum vigintiquinque ſocios habebit. Ita fiet, vt qui nihil contulit pecuniæ, lucri tamen partem habeat, & ſi ſolum damnum acceptum ſit, eius nullam ſentiat partem: & hanc quoque explicationem Seruij refert Paulus *in l. Mutius 30. h. tit.* vbi tamen quaſi Mutium aliud ſentientem referre videtur: quamuis Seruius non tam Mutium reprehendiſſe, quam ſententiam eius explicaſſe, & eius propoſitioni limitationem addidiſſe videtur, vbi opera vnius ſocij collatæ ab alio pecuniæ æquiualet. Et alias quoque nec nouum eſt, vt Iuriſcon-

ſulti aliorum autorum ſententias non ſatis recte, imo ſæpe ſiniſtre, &, ſi licet dicere verum, calumnioſe referant: vt vel ex Pauli libris epitomarum ad Labeonem videre licet: quorum forte relatione deceptus, aut perſuaſus Tribonianus Mutium & Seruium diſſenſiſſe credidit, & hoc loco retulit. Et hæc mihi vera & ſimplex huius §. & loci explicatio & ſententia eſſe videtur.

Supereſt in hoc textu *verſ. illud*, qui vulgo eſt, §.3.*h.t.* & quod ipſe Iuſtinianus ait, id certum & perſpicuum eſt, quod ibi proponitur, quoniam relata ſunt lucrum & damnum: ideoque ſtatutum & conuentum in vno, in altero quoque conuentum & diſpoſitum cenſetur.

Ex quo Interpp. axioma illud ſuum probare ſolent, diſpoſitum in vno correlatorum, cenſeri quoque diſpoſitum in altero; vbi videlicet, ſicut hic, in vtroque eadem ratio militat; veluti hoc poſt Doctores limitat Iaſon *in l.1. C. de in ius vocando.* Sed ex hoc ipſo parum ſubtiliter eiuſmodi regula meo iudicio ſtatui videtur: ſiquidem hinc apparet, non à qualitate relatorum, hoc pendere, ſed à rationis identitate, de qua alias regula eſt; vbi eadem ratio eſt, ibi quoque idem ius eſſe debere. Et non niſi inepte quis pro regula dixerit: Quidquid in domino, patre aut marito ſtatutum eſt, id etiam in ſeruo filio, aut vxore obtinere: quinimo diuerſa vt plurimum horum & illorum ratio & conditio eſt; quod ſicubi eadem eſt, iam vt dixi hæc rationis identitas, non relatorum qualitas & conditio, eandem iuris requirit diſpoſitionem. Verum iſtud εἰς ἐν παρέργῳ.

TEXTVS.

2. Manet autem ſocietas eouſq; donec in eodem conſenſu perſeuerauerint. At cum aliquis renuntiauerit ſocietati, ſoluitur ſocietas. Sed plane ſi quis callide in hoc renuntiauerit ſocietati, vt ſolus habeat obueniens aliquod lucrum, veluti ſi totorũ bonorum ſocius cum ab aliquo hæres eſſet relictus, in hoc renuntiauerit ſocietati, vt ſolus lucrifaceret hæreditatem, hoc lucrum cogitur communicare. Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captauerit, ad eum ſolum pertinet. Si vero, cui renuntiatum eſt, quidquid omnino poſt ſocietatem renuntiatam acquiritur, ſoli conceditur. Soluitur adhuc ſocietas etiam morte ſocij: quia, qui ſocietatem contrahit certam perſonam ſibi eligit, ſed & ſi conſenſu plurium ſocietas contracta ſit, morte vnius ſocij ſoluitur, etſi plures ſuperſint, niſi in coëunda ſocietate aliter conuenerit. Item: ſi alicuius rei contracta ſocietas ſit, & impoſitus negotio finis eſt, finitur ſocietas. Publicatione quoq; diſtrahi ſocietatem manifeſtum eſt, ſi vniuerſa bona ſocij publicentur: nam cum in eius locum alius ſuccedat, pro mortuo habetur. Item, ſi quis ex ſociis mole debiti prægrauatus bonis ſuis ceſſerit, & ideo propter publica aut priuata debita ſubſtãtia eius veneat, ſoluitur ſocietas: ſed hoc caſu, ſi adhuc conſentiant in ſocietatem, noua videtur incipere ſocietas.

COMMENTARIVS.

1 *Varij modi finiendæ ſocietatis.*

2. *Renuntiare quis poteſt ſocietati non obſtante pacto, & huius rei accurata ratio.*

VArios modos quibus finitur ſocietas, confuſim à Iuſtiniano traditos, ſimul proponere & methodice explicare viſum fuit: Diſſociamur, renuntiatione, morte, capitis

pitis minutione egeſtate, ait Modeſtinus *in l.4.§.1.h.tit.* & ſecundum Vlpianum, Societas dicitur diſſolui ex perſonis, rebus, voluntate & actione *l. verum.63.§.vlt.in.h.tit.* inter quæ tamen ſingula parum accurata oppoſitio eſt, & ſub duo priora membra omnes modi referri poſſunt. Et ita ſtatuam, ſocietatem diſſolui ex perſonis & rebus.

Ex perſonis dupliciter. 1. Morte, & hac vel ciuili, veluti deportatione, ad quam recte refertur, quod *in §.publicatione.7.h.tit.* dicitur, de publicatis, ſcilicet ob delictum, bonis: vel naturali *d.l.63.§.vltim.h.tit.* ibi enim mors oppoſita mediæ & maximæ capitis diminutioni, ſignificat veram & naturalem mortem: ſicut & *in §.ſoluitur.5.in prin.h.textu.* Et adeo hoc procedit, vt ſocietas inter plures contracta, vno ex ſociis mortuo tota ſoluatur, niſi pacto aliter cautum ſit, vt nimirum vno mortuo ſocietas inter cæteros duret, de quo caſu eſt *d.§.5.verſ.ſed etſi.l.actione.65.§.morte.9.h.t.*

Nam quia in ſocietate vtriuſque induſtria ſpectatur, *arg.§.ſoluitur.5.& §.vltim.in fin.h.t.* vt ſocio mortuo, hæres eius in ſocietate ſuccedere, aut alter eum admittere cogatur, nec pacto quidem initio ſocietati appoſito effici poteſt, ſed noua conuentione opus eſt. *l.nemo.35.& l.adeo.59.h.t.* Vbi illud addendum, ſocietatem quidem ſolui morte *dd.textib & l.4.§.1.l.cum duobus.52.§.idem.9.eod.* ſed obligationem & actionem dari in hæredes, nimirum nomine eorum, quæ inter viuentes adhuc ſocios geſta ſunt, & quorum rationem hæredi reddi oportet, qui petet omne id, quod defunctus quoquo modo diſſoluta ſocietate petere potuiſſet: ſicut & quæ iam à defuncto cœpta ſunt, hæres ad inſtar ſocij cuiuſdam abſoluere tenetur *l.hæres.40.h.t.* Idque eſt, quod dicitur *in l.nemo.h.t.* in hæredem quoque ſocij proponi actionem, vt bonam fidem præſtet: & quidem actionem pro ſocio. *l.verum.63.§.in hæredem.8.h.t.iunct.l.actione.65.§.morte.9.h.tit.* Eademque mandati ratio eſt, vt mandato licet morte alterutrius ſoluto, obligatio tamen & actio in hæredes duret *l.inter.26.in prin.Mandati.* Atque hic primus eſt modus quo ex perſonis ſoluitur ſocietas. Mors ſocij, ſiue naturalis, ſiue ciuilis.

Deinde dicitur ſolui ſocietas ex perſonis per diſſenſum. Et hoc accidit, aut re integra, vbi poſtquam conuentum fuit de communione inſtituenda, ſtatim pœnituit partes, de quo *in §.vltim.inf.quibus modis tollitur*, aut re non integra, poſt factam realiter communionem. Et hoc modo interpoſitus diſſenſus in ſpecie dicitur renunciatio: Et hæc vel eſt mutua vtrimque, vel ab alterutra parte tantum. Illa fit vel expreſſe, per verba ſiue nuncupata, ſiue literis conſignata, de quo dubitari non poſſit, & probatur *in prin.h.text.l.tamdiu.C.eod.l.actione.65.§.3.ff.eod.* vel tacite & ipſis factis, ſi quiſque ſociorum res ſuas ſeparatim agere incipiat. *l.itaq.64.h.t.* Hæc itidem fit vel tacite & ipſo facto, ſi vnus actione pro ſocio in vniuerſum, ita vt hoc tendat ad diſſolutionem contractus incipiat experiri *l.actione.65.in prin h.t l.tamdiu.5.C.eod.* nam ſpecialis actio pro ſocio etiam durante ſocietate datur, vt notant Dd *in d.l.5.* vel expreſſe & verbis. Vtrumq; rurſus fit, vel tempeſtiue aut alias ex iuſta cauſa, *l.ſi conuenerit.14.cum ll.ſeqq.h.tit.* & omnino ſoluitur ſocietas, ita vt nec actione pro ſocio ratione intereſſe alicuius poſſit ſocius conueniri, ſed omnino res exinde adquiſitas ſibi ſoli adquirat, *arg.dd.textuum.* aut intempeſtiue. Et hic quoq; obſeruandum ſpeciale id & proprium eſſe huic contractui (ſicut & fere mandato, de quo *tit.ſeq.*) vt cum ab aliis contractibus inuito altero recedi non poſſit, & quæcunque ſunt initio voluntatis poſtea fiant neceſſitatis. *l.ſicut.5.C.de oblig.& act.* tamen ſocietas ita contrahi non poſſit, vt ne ab ea diſcedere liceat, & vt perpetuo quis in communione ſtare habeat neceſſe, licet enim ita conueniri poſſit ſocietas & vſque dum viuant *l.1.h.tit.* tamen ea conuentio hoc ſaltem operatur, vt ne lapſu quaſi ſolius temporis finiatur: ſed neceſſitate non obſtringit ſocios, vt ne diſcedere & diuiſionem petere poſſint. *d.l.14.cum ſeqq h.t.* Nimirum habet

bet ſua incommoda communio rerum, & ſolet parere cauſam contentionibus: & eſt iſte non contractus, qui ſemel abſoluatur, ſed qui tractum habet temporis continuum, immo infinitæ & quotidie nouæ emergunt obligationes, & dum ex cauſa communionis negotiandum eſt, & citra hoc quoque ex cauſa perceptorum fructuum, impenſarum damnorum, propriæ ex quaſi contractu (*de quo infra de oblig. q. ex con.*) naſcuntur obligationes. Itaque ſi quis accuratius paulo rem expendat, videri poſſit nihil in hoc contractu eſſe ſpeciale: quoniam in contractibus, qui vno actu abſoluuntur, veluti eſt emptio, re non amplius integra, ſed re tradita & pretio ſoluto, cum & illa, & hoc ſint pleno iure in alium translata, fruſtra quæratur de diſcedendo à contractu; re autem integra, notiſſima quæſtio eſt, an venditor omnino rem tradere teneatur, an præſtando eo, quod intereſt, liberetur: vtique poteſt facile adimere ſibi ipſi facultatem rei amplius tradendæ, & ita, vt non niſi ad intereſſe conueniri poſſit. At in ſocietate, poſtquam collatis bonis communio cœpit, deſiit quidem hactenus res integra, vt non ſtet amplius in termino nudæ conuentionis: at cum quiſque pro parte rerum in commune collatarum maneat dominus; nunquam ſimpliciter poteſt dici deſiiſſe res eſſe integra. Atque ita in locatione ad tempus, locator, qui manet dominus, ex cauſa iuſta etiam ante tempus inquilinum excedere iubere poteſt: quin & ſi intempeſtiue turbet eum, non niſi ad intereſſe conueniri poteſt. *l. 3. l. ſi de fundo. 15. C. locati.* Accedit tamen in ſocietate aliquid ſpeciale à perſonalitate huius contractus, & quotidianis nouis emergentibus obligationibus, quibus vt inuitus quis ſemper teneretur, admittendum non fuit: Quæ eadem ratio fecit, vt nec ex pacto defuncti de continuatione ſocietatis obligari poſſit hæres: nam hæres repræſentat defunctum, & omnium eorum nomine tenetur ex contractu, ob quæ defunctus ipſe conueniri potuiſſet. At illud excedere viſum fuit poteſtatem defuncti, vt hæredem (qui præſertim tempore contractæ ſocietatis & pacti interpoſiti incerta perſona eſt) poſſet obſtringere ad nouos contractus, & vt de nouo contrahere cogeretur: neque enim vt dixi, ſocietas contracta, continet vnam ſpeciem contractus, ſed ex cuius cauſa infiniti alij quotidie oriantur. Quæ ſane perſpicua huius iuris ratio eſt; vt nihil eſſet, cur tantopere hoc miraretur Faber, qui nec vllam aliam poteſt adferre rationem, quam quod hic à Legibus fuerit conſtrictus contractus, quod diſcordias pariat communio ex *l. cum pater. 77. §. dulciſſimis. 20 de leg. it. 2.* Sed iam ad textum noſtrum redeamus; Diximus etiam intempeſtiue à ſocietate recedi & ſocietati ex arbitrio renuntiari poſſe, ita vt alter ſocius hanc renuntiationem admittere teneatur, nec cogere ſocium poſſit, vt maneat in cõmunione, ſed vt maneat ſolum ſocio actio ad intereſſe, ſi quid ex renuntiatione tali damnum ſentit (quod addendum eſt huic loco) aut ſi quid ea renuntiatione per dolum lucri ſocius captauit, vt hoc textu *in verſ. ſed plane* perſpicue explicatur; idque eſt, quod Iuriſconſultus ait *in l. ſed & 17. §. vltim. h. tit.* ſocietatis intempeſtiuam renuntiationem in æſtimationem venire: & *in l. actione. 65. §. diximus. 3.* eum qui renunciauerit ſocietati, à ſe liberare ſocios ſuos, ſe autem ab illis non liberare: quod nimirum eo pertinet, vt ſi quid lucri captauerit ſolus, id communicare, & ſi quid damni euitare voluerit, id tamen agnoſcere cogatur.

In iis ſcilicet, quæ cauſam habuerunt ante renuntiationem: quæ enim poſt acciderunt, & quæ non captauit tamquam iure diſſoluta ſocietate obtinẽt. *d. l. 65. §. 3. in fin.* & adeo ipſius ſolius ſunt, *§. manet. verſ. ſi quid vero hic.* Et eſt iſta pœna doli, vt quo[ad] præiudicium ipſius adhuc pro ſocio habeatur: non autem quoad commodum: nam ſi quid poſt renuntiationem ex quacunque cauſa ſocio alteri obueniat, id ei, qui renunciauit intempeſtiue, non communicatur, quoniam & idem quo ad præiudicium eius ſocietas hactenus pro diſſoluta habetur. *§. manet verſ. ei re-*

ro h. textu. Atque ita ſoluitur ſocietas ex perſonis.

Ex rebus dicitur finiri dupliciter: tum finita negotiatione ſeu negotio, cuius gratia ſocietas inita fuit, §. *Item ſi 6. h. t. l. actione. 65. §. item ſi. 10. ff. eod.* tum amiſſis iis quorum eſt communio, nimirum omnibus bonis: quod rurſus contingit dupliciter. 1. Si ob delictum bona damnati ſocij publicata fuerint. §. *publicatione. 7. h. t. l. verum. 63. §. vlt. eod.* conſequenter adeo hic modus ad vtrumque caput & membrum refertur, ſocietatis diſſolutæ, & ex perſonis & ex rebus. Et hanc publicationem, quæ accidit his, qui maximam aut mediam diminutionem capitis paſſi ſunt, intelligi à Iuſtin. inde apparet, quod ait ſocium, cui alius, & fiſcus ſcilicet, ſuccedat, pro mortuo haberi. Et quid igitur, ſi ſocius relegatus fuerit? Cum hoc quoniam ciuis manet, ſocietas conſtabit: neque horum bona ſolent publicari. *l. 1. & 4. de interd. & relegat.* cæteroquin ſi id factum ſit, ſoluetur ſocietas: nihil autem prohibebit de nouo cum tali inire ſocietatem; ſicut reſpondetur *hic in §. item ſi quis. 8.* In caſu ſecundo, quo ex rebus finitur ſocietas, nimirum per ceſſionem bonorum: quoniam alia poſt adquirere poteſt; *l. 5. de ceſſ. bon.* ſicut poteſt & relegatus, qui ciuis Romanus manet.

Quod ſi relegato pars bonorum adempta fuerit, ſiquidem ſocietas fuerit omnium bonorum, itidem ſoluetur ſocietas, & nouo conſenſu opus erit, vt ſocij rurſus efficiantur. Totum autem hoc, quod dicitur de ſocietate diſſoluenda ex rebus, procedit in ſocio, qui res & bona in ſocietatem contulit: ſi enim tantum operam contulerit, & nihil hic mutatum ſit, amiſſio bonorum non tollit ſocietatem: niſi forte ob amiſſa bona eius opera ignauior ſit reddita: excepto vtique caſu deportationis: ſocietas enim, niſi inter ciues Romanos eſſe non poteſt.

TEXTVS.

3. Socius ſocio vtrum eo nomine tantum teneatur pro ſocio actione, ſi quid dolo commiſerit, ſicut is, qui deponi apud ſe paſſus eſt, an etiam culpæ, id eſt deſidiæ atque negligentiæ nomine, quæſitum eſt: præualuit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad diligentiam exactiſſimam dirigenda eſt: ſufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere ſociũ, qualem ſolet ſuis rebus adhibere. Nam qui parum diligẽtem ſocium ſibi adſumit, de ſe queri, ſibiq; hoc imputare debet.

COMMENTARIVS.

1. *De culpa & diligentia quam ſocius præſtat.*

IN ſocietate vtriusque ſocij vtilitatem & commodum mutuum ſpectari certiſſimum eſt: & adeo iuxta regulam *l. 5. §. 2. commod.* (vbi & nominatim huius contractus mentio eſt) & dolus & culpa, nimirum leuis quoque ab alterutro ſocio erit præſtanda. Et quæ igitur fuit ratio dubitandi, (vt hoc §. proponitur) an ob dolum ſolum ſocius teneri debeat? An quia res communis quoque mea quodammodo eſt; vt proinde nihil videatur imputari poſſe ſocio, ſi negligenter tractauit communes res, cum ſuis quisque rebus, vel abuti quoque & eas plane poſſit negligere. *l. in re. 21. Cod. Mandati.* An potius, quod vti ſubiungitur *in fin. huius §.* quisque de ſe queri debeat, quod negligentem ſibi ſocium adſciuit, cuius mores, ſi non nouerat, cum eo ſocietatem contrahere non debebat: ſed poteſt & quis probabiliter exiſtimare diligentiorem eſſe aut futurum, qui adſumitur in ſocium, & multa ſunt, quæ ſocietatem ſuadere poſſunt.

Præ-

Præterea cum ſocietas deſideret negotiationem quandam, quisquis ſocium ſe alteri facit, hoc ipſo diligentiam quandam ſuſcipere videtur & quaſi promittere. Et quod diſtinguit præcipue ſocietatem à depoſito, nullum ex hoc commodum depoſitarius ſentit, ſed ſentit ſocius. Atque ita ratio *in fin.* §. ſubiecta, quæ videbatur alias facere, vt ſocius de dolo tantum teneri debeat (nam eadem in depoſito eſt vſus poſt Iuriſconſultum *in l. ſocius. 72. h. tit. Inſtin. ſub tit. quibus modis re contr. obl. §. penult.*) ſubiicienda & explicanda eſt, quæ alias claudicaret. Neque tamen ſic omnis ſcrupulus tollitur: nam cum hic expreſſe diſtinguatur depoſitarius à ſocio, & maior diligentia ab hoc exigatur quam ab illo, depoſitarium tamen ita teneri rem depoſitam cuſtodire vt rem ſuam, traditum eſt *in l. quod Nerua. 32. ff. depoſ.* vbi Iuriſconſultus ait eum non videri carere fraude, qui minus res depoſitas curat, quam res proprias. Et in quo igitur ſocius differet à depoſitario? Nemo hunc modum attingit, qui mihi tamen videtur difficilis. Dixi ſupra *ad §. 2 quibus modis re contr. oblig.* dum leges requirunt mediam diligentiam v. c. à venditore, creditore & in contractibus, in quibus vtriusque ſpectatur commoditas, & talem omnino, qualis adhibetur rebus propriis, de eiusmodi eſſe diligentia exaudienda qualem paterfamil. in abſtracto conſideratus, & diligens ad vulgarem hominum modum *d. l. 32. depoſ.* adhibet rebus ſuis, non qualem aliquis paterfamil. in indiuiduo, valde nimirum ignauus & negligens rebus ſuis adhibet: hunc enim non excuſari præterquam in depoſito. Ergo ſiquidem recte ſocietas confertur cum aliis contractibus, qui vtriusque vtilitatem reſpiciunt, & ſiquidem ſocius à depoſitario ſeparari debet, etiam à ſocio exigenda erit diligentia talis, qualem non ipſe forte ignauus & ſocors præſtat rebus ſuis, ſed qualem diligens paterfamilias ſolet adhibere ſuis rebus.

Quod licet ratio ipſa ſuadeat, haud ſcio tamen an conueniat tum *huic* §. tum *d. l. 72. eod.* quippe in quibus non obſcure perſona ſocij huius in concreto videatur conſiderari: quorſum enim alias illa ratio, quod de ſe queri debeat, qui negligentem adſumpſit ſocium? Atque ita necdum apparet in quo differat ſocius à depoſitario. An forte, quod dicitur, de ſe queri debere ſocium, eo referimus, vt propterea non poſſit exigere à ſocio exactiſſimam diligentiam: vt paulo ante dixit Iuſtin. Et nimirum diligentia ſignificat quid poſitiuum, vt cum cura tractet res communes; quod non facit, qui deſes & ignauus eſt: itaque cum conſideramus ſocium vt curantem res ſuas, vti decet quosuis homines curare, æquiparatur ea diligentia & cura cum diligentia, quæ præſtanda eſt rebus communibus. Atquin ſi per deſidiam & ignauiam negligat res communes, licet etiam eadem deſidia negligat res ſuas, non erit excuſatus: erit autem depoſitarius, ſi iuxta in rebus ſuis & depoſitis ignauus ſit, & non tenebitur, ſi per eiusmodi ignauiam & deſidiam res depoſita perierit. Tum etiam nemo vſque adeo ignauus eſt, vt non aliquando vulgari ſaltem diligentia res ſuas curet: ad quam diligentiam æſtimabimus eam, quæ requiritur in rebus communibus & in negotiis ſocietatis. Atquin depoſitarium excuſari dicimus, ſi ignauiter cuſtodiat res depoſitas, ſi modo aliquando in rebus ſuis eadem ignauia vtatur: modo non vno eodemque tempore dum ſuas res curat, depoſitas negligat: quod ſine dolo non caret.

AD TITVL. XXVII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE MANDATO.

TEXTVS.

Mandatum contrahitur quinque modis: ſiue ſua tantum gratia aliquis ti-

bi mandet, ſiue ſua & tua, ſiue aliena tantum, ſiue ſua & aliena, ſiue tua & aliena. At ſi mandatum tibi ſit tua gratia tantum ſuperuacuum eſt mandatum, & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio naſcitur. Mandantis tantum gratia interuenit mandatum, veluti ſi quis tibi mandet, vt negotia eius gereres, vel vt ei emeres fundum, vel vt pro eo ſponderes. Tua & mandantis gratia: veluti ſi mandet tibi vt pecuniam ſub vſuris crederes ei, qui in rem ipſius mutuaretur: aut ſi volente te agere, cum eo ex fideiuſſoria cauſa, mandet tibi vt cum reo agas periculo mandantis, vel vt ipſius periculo ſtipuleris ab eo, quem tibi deleget, in id quod tibi debuerat. Aliena autem tantum cauſa interuenit mandatum, veluti ſi tibi aliquis mandet, vt Titij negotia gereres, vel vt Titio fundum emeres, vel vt pro Titio ſponderes. Sua & aliena, veluti ſi de ſuis & Titij negotiis communibus gerendis tibi mandet: vel vt ſibi & Titio fundum emeres, vel vt pro eo & Titio ſponderes. Tua & aliena, veluti ſi tibi mandet, vt Titio ſub vſuris crederes: quia ſi ſine vſuris pecuniam crederes, gratia tantum aliena intercedit mandatum.

COMMENTARIVS.

1 *Mandati diuiſiones.*
2 *De ſpecie mandati, aliena gratia tantum.*

SEquitur quarta ſpecies contractuum, qui conſenſu conſtant, Mandatum: quod eſt contractus, quo negotium alterius gratuito expediendum ſuſcipitur: vel, quod redit eodem, quo negotium alteri gratuito expediendum committitur: vel contractus, de negotio alterius gratuito expediendo: quandoquidem vt ſupra monuimus, perfectio horum contractuum in nudo conſenſu conſiſtit, & ab implemento, in quo finis extremus conſiſtit, differt.

Mandati diuiſiones † & fere ab obiecto ſunt variæ. 1. Mandatum vel eſt ad negotia iudicialia, vel extraiudicialia. 2. Aliud eſt ad negotia vniuerſa, aliud ad partem eorum vel etiam ad ſingulare aliquod negotium: & iſtud rurſum in generale ſimplex, & cum libera poteſtate adminiſtrandi ſolet ſubdiſtingui: de quo aliquid diximus ad §. *nihil autem. 43. ſup. de rer. diuiſ.* 1

Hoc loco alia diſtinctio itidem ab obiecto deſumpta proponitur: quæ ſiquidem forma externa tantum mandandi conſideretur, ſextuplex, cæteroquin ſi effectum, & actionem mandati naſcentem attendas, tantum eſt quintuplex: quoniam poſterior ſpecies, vbi tua tantum gratia mandatum interponitur, incidit in ſpeciem conſilij: quæ gratia etiam à reliquis ſpeciebus ſeparatur, *in §. ſeq. & in l. 2. h. tit.* quia, vt iis locis traditur, non eſt obligatorium hoc genus mandati: vt ad *text. ſeq.* dicemus.

Porro & amplius cum omnes obligationes ei fini introductæ ſint, vt vnuſquiſque agat, quod ſua intereſt, eoque alteri per alterum non quæratur actio *l. ſtipulatio. §. alteri. 17. de verborum obligationib. §. alteri. 18. & §. ſeq. ſupra de inutil. ſtipulat.* ideoque ex ſpeciebus quinque hoc textu propoſitis & per exempla declaratis, tertia & quinta ſpecies recipiunt dubitationem, cum nimirum, *aut aliena gratia tantum*, aut *tua & aliena gratia ſimul* aliquid fieri mando: quoniam nihil mea intereſſe videtur, vt negotia aliena, ſiue alium tantum, ſiue ſimul alium & Te concernant: Nec vero mea quidquam intereſſe videtur, vt Titio negotia gerantur, vel vt ipſi fundus ematur, aut vt quis pro eo ſpondeat: quæ ſunt exempla §. *aliena tantū h. t.* nec adeo ſi id factū non ſit, mihi

man-

mandati actio competet: qua actione negata, nec mandatum conſiſtere poteſt. Hæc enim eſt quæ primo & principaliter naſcitur ab initio ſtatim ex mandato, vt fiat, quod alter in ſe ſuſcepit, aut intereſſe præſtet: Quod ſi ſua non intereſſe poſſit probare, qui mandauit, fruſtra aget, per *l. ſi procurat. §. Mandati 6 h. t.* vbi ICtus ait, tum demum ſi interſit, & quatenus interſit, dari. ſi nihil interſit, ceſſare mandati actionem. Atquin, vt Titij negotia curentur, ſi Titium qua Titium conſidero, & negotium tantum qua alienum, nihil mea intereſt: quomodo hoc ſenſu in *d. §. alteri 18. ſup. de inutil. ſti pul.* nihil mea intereſſe ait Imp. vt Titio detur: Hoc fundamentum ſolidum eſt omnino, & ita vt fateri neceſſum ſit, ambigue dici, mandari aliena gratia, vel aliena & tua gratia: & quidem particula *tantum* videri poſſit excludere omnem ſanam interpretationem: ſed vtique non poteſt ſententia admitti, ex qua ſequitur falſum & abſurdum, & quæ offendit principia iuris. Itaque dicendum eſt, dici mandatum tua gratia vel aliena tantum proximi, & immediati: qua mandatarius quod agit, alium reſpicit, non me ipſum mandantem: ſed quod nihilominus neceſſe ſit, vt primo mea quoque interſit. Atque ad hanc rem ſumenda ſunt exempla ex *§. ſed & ſi 9. de inutil. ſti p. l. ſti pulatio 38. § ſi ſti pul er 20. & § ſi quis 22. de verbor. obligat.* quibus oſtenditur valere ſtipulationes vt alteri detur, ſi ſtipulantis interſit: vt maxime immediate in perſonam alterius ſtipulatio collata fuerit. Et ita ſi quis mandet vt eius negotia curentur cui ipſe mandati iudicio tenebatur, dicemus iuxta text. hunc mandatum fieri aliena gratia, ſed vt nihilominus primo mea gratia mandatum intelligatur. Secundum quod membra iſta recte explicanda ſunt: vt tum mea tantum gratia mandatum dicatur, cum perſona mea ſola interuenit, eiuſque tantum in mandato ſit mentio: aliena autem gratia, vbi interuenit perſona cuius negotium directo mandatum concernit, ſed vt numquam mea perſona penitus ſit excluſa: quod poſtea in iudicio oſtendiſſe ſufficiet, mea nimirum intereſſe: & vt actio teneat, ſufficeſet alterum mandatum in ſe ſuſcepiſſe, vtcunque ille an & quatenus mea intereſſet, ignorauerit. Et ita verbi cauſa, ſi Titio mandante mihi vt eius negotia geram, & ego hoc ſuſceperim, quoniam exinde ei teneor, recte tibi mando, vt negotia Titij geras: quod vt maxime videatur concernere Titium tantum, tamen mea id fieri quoque intereſt. Nec male Accurſ. ad *l. ſi remun. 6. §. ſi tibi 4. & in l. 2. §. aliena. h. t.* notat, quod mandatum aliquod ſtatim ab initio efficaciter conſiſtit, & omnimodo actionem mandati producit, quæ tamen ex accidenti forte elidi poſſit, *argum. l. 8. §. 6. h. t.* aliquod eſt in ſuſpenſo, an ſit competitura mandati actio: veluti ſi cum mea etiam non intereſſet, mandauero, vt Titio pecuniam credas: vbi quidem ſi nihil initio mea pecuniarie interſit, & tu Titio pecuniam non credideris, nulla mihi erit contra te efficax mandati actio. Quod ſi tu ſecutus mandatum meum, (neque enim neceſſum erat te explorare, an mea intereſſet) credidiſti pecuniam, cum iniquum ſit te decipi, ego tibi actione contraria mandati ſum obligatus: & ob hoc ipſum, ſi tu non recte nec ex bona fide omnia egiſti, mihi quoque contra te directa actio dari debet. Ex his commodiſſime explicatur *d. l. ſi remunerandi 6. §. 4. h. t.* vbi proponit ICtus mandaſſe me tibi quod mea non intererat. Nimirum, quod mea non intererat ab initio & ſtatim: vel quod mea non intereſſe videbatur directo, cum mea perſona non eſſet inſerta mandato, licet alias primo mea intereſſet. Itaque male *Balduin. in §. 1. h. t. Hottomann. 5. obſ. 10.* ibi expungunt negationem: quamuis eam in quibuſdam codicibus deeſſe Acc. ibidem notet. Ex quibus perſpicuum eſt, non omnia membra quæ hic referuntur æqualiter eſſe ſpecies mandati: & maxime poſtremum, vbi mandatur tua & aliena gratia: ſiquidem tua gratia quod ſit, mandatum obligatorium non facit, vt docet *§ ſeq.* ideoque illam ſpeciem mandati ſuſtinet, quod aliena gratia mandatum eſt: & illud per accidens eſt, quod adiectum fuit mandato, vt pecu-

Digitized by Google

nia crederetur ſub vſuris: quod etiam accidit in ſpecie ſecunda, vbi mea & tua gratia dicitur mandatum eſſe: vbi eius mandati tria ponuntur exempla 1. vt cum aliquis in rem & in commodum meum eſſet accepturus pecuniam, tu ei illam ſub vſuris crederes. Alterum eſt, vt cum reo principali potius agas, quam cum me, qui fideiuſſeram pro reo (nam olim omnino fideiuſſor poterat conueniri ante reum principalem.) & vt agas (in quo commodum tuum) periculo meo, vt ſcil. ſi quid ab eo conſequi non poſſis, me habeas obligatum: & neceſſitas mandati huius iſta fuit: quod alias ex ratione iuris veteris (quod Interpp. hic non animaduertunt) conuento reo liberabatur fideiuſſor *l. vltim. Cod. de fideiuſſor.* (vbi hoc ius mutatur) & ergo mandatum facit, vt liberatus fideiuſſor teneatur noua actione mandati. Tertium exemplum eſt, Debeo tibi centum: ea obligatione cum liberari cuperem, rogaui te vt ea centum ſtipulareris à Titio, quem tibi in hoc delegaui. Et cum per delegationem ita fiat nouatio, hactenus meum commodum verſatur, quod ego à te liberor: ſed & tuum quod nouum conſequeris debitorem, & me quoque nihilominus ex mandato obligatum habes: cuius periculo ſtipulatus es, & vtrumque hoc exemplum extat in *l. ſi mandauero 22. §. Interdum 2. & in l. ſi mandatu 45. § pen. & vlt. h. t.*

TEXTVS.

2. Tua tantum gratia interuenit mandatum: veluti ſi tibi mandem, vt pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diuerſo, vt pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cuius generis mandatum, magis conſilium eſt, quam mandatum, & ob id non eſt obligatorium: quia nemo mandati ex conſilio obligatur, etiamſi non expediat ei cui mandabatur: cum cuique liberum ſit apud ſe explorare, an conſilium ſibi expediat. Itaque ſi otioſam pecuniam, domi te habentem hortatus fuerit aliquis, vt aliquam rem emeres, vel eam crederes, quamuis non expediat tibi eam emiſſe, vel credidiſſe, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita ſunt, vt quæſitum ſit, an mandati teneatur, qui mandauit tibi, vt pecuniam Titio fœnerares: ſed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium eſſe mandatum in hoc caſu: quia non aliter Titio crediſſes, quam ſi tibi mandatum eſſet.

COMMENTARIVS.

1 *Conſilium an obliget.*
2 *Caſus quo mandatum contrahitur, vbi mea non intereſt, & actio contraria datur, vbi non eſt locus directa, nec eſſe poteſt.*

Hanc ſpeciem ipſe in *prin. huius tit.* remouit à rei quis, imo mandati ſpeciem eſſe negauit, ſicut & ICtus in *l. 2. in princ. h. t.* qui tamen itidem *in §. vltim.* vt hic Iuſtin. refert hoc, quod tantum externa forma, & nomine tenus mandatum dici poteſt, cum nulla inde naſcatur obligatio: quoniam vt Iuſtin. ait, eſt magis conſilium quam mandatum, neque ex conſilio quis † obligatur: quoniam 1 qui conſilium dat, fidem præſtare non euentum debet. Et ceſſant hic rationes quæ mandatum faciunt, vbi aliena gratia mandatum quid eſt, vt ad § *præc.* explicauimus: neque enim intereſſe poteſt mea reuera, vt tu conſilium meum ſequaris. Hoc ita in conſilio ſimplici, & quod in terminis conſilij conſiſtit. Itaque ſecus ſi mandando impuli & feci, vt quisquid faceret, quod alias facturus non fuiſſet, ſed ille fidem meam ſecutus eſt; idque omnimodo vbi mea ſimul intererat id fieri, & ex facto

ꝯtto illo recta aliis oneribus qui fecit implicaretur: veluti ſi ego creditor defuncti, mandauero hæredi vt adiret hæreditatem, quoniam mea intererat eſſe hæredem quem conuenire poſſem *l. ſi hereditatem 32. in f. h. t.* Sed & amplius licet mea ita non interſit, ſi tamen ſuaſu non ſimplici ſed impulſu meo feciſſes, quod alias facturus non fuiſſes, contrahi mandati obligationem reſponſum eſt in *l. ſi remun. 6. §. plane 5. h. t.* qui ita cum hoc §. componi ſolet: quamuis Faber diſtinguat, an quis verbo conſulendi an mandandi vſus fuerit. Et ſane ſi appareat quem citra dolum conſuluiſſe tantum, ſumma ratio ſuadet eum non teneri, vtcunque alter illius conſilium ſecutus fecerit, quod alias facturus non fuiſſet: Sed Iuſtin. hic non tam videtur verborum differentiam ſpectaſſe, quam hoc quod tua tantum gratia aliquid mandatum fuit, nam ipſum hoc mandatum reuera tantum conſilium eſſe conſtituit & affirmat: ſed vbi quis hærentem & dubitantem imo quaſi reluctantem perpellit, vt aliquid faciat, licet conſulendi tantum verbo vſus fuerit, bona fides ſuadet, vt eo nomine teneri debeat. Ex quo obſeruandum eſt ad ea quæ dixi ad text. præced. aliquando obligationem contrahi mandati, etiamſi mea plane non interſit, nec ego vnquam mandati actione directa vti poſſim: quod accidit, vbi ita excedendo terminos conſilij, ſuaſu meo ad aliquid faciendum impuli alium, quod alias facturus non fuiſſet, & ex quo damnum ſenſit: quoniam ſcil. hoc totum æſtimatur ex bona fi-
2 de, & ne quis ita † decipiatur. Quod ſummopere notandum eſt pro exceptione, & quod aliquando mandatum contrahatur, vbi nihil intereſt mandantis: itemque, quod magis ſingulare eſt, vt mandati actio contraria ſola ſit, vbi nulla eſt directa. Et huc facit, quod ICtus ſcribit in *dict. leg. 32. h. t.* fere quibus cauſis fideiuſſioni locus eſt, etiam obligationem mandati contrahi: certum autem eſt, eum cuius nihil intereſt, poſſe fideiubere. Idque omnimodo procedit, ſi conſilium non ſit indefinitum, verbi cauſa, vt pecuniam fœneres, ſed directum ad perſonam certam, veluti vt Titio fœneres pecuniam: quo caſu mandati me teneri ex ſententia Sabini in *fin. huius* §. ſcribit Iuſtinianus. At enim videtur ibi nec ratio dubitandi fuiſſe: Nam cum ipſe Iuſtin. in *fin.* §. huius ponat, mandaſſe me vt Titio pecuniam fœnerares, non iam tua tantum gratia mandatum videtur, ſed aliena & Titij gratia: atque incidit in ſpeciem mandati in §. *aliena ſup. h. t.* vbi hanc ipſam ſpeciem ponit Iuſtin. ſi mandaui, vt Titij negotia gereres, &c. Idem enim eſt, vt Titio pecuniam fœneres: ſicut in §. *tua & aliena* ponitur ea ſpecies, vt Titio ſub vſuris pecuniam credas, id eſt, fœneres: atque ita hæc ſpecies quæ proponitur in *h.* §. *in fin.* incidet in ſpeciem mandati, quod vel aliena tantum, vel tua & aliena gratia interpoſitum eſt: & proinde non recte refertur *h.* §. ſub mandatum tua gratia tantum. Nemo hoc mouet, quod tamen ſcrupulo non caret: ſiquidem enim non dubitatum fuit, quin mandatum contraheretur tua & aliena, vel aliena gratia tantum, cur dubitatum fuit, an contraheretur mandatum, ſi vt Titio pecuniam fœnerares, mandaui? Nihil habeo quod dicam, quam videri Iuſtin. in *h.* §. abuſum verbo mandandi pro conſulendi: vt *h.* §. *in fin.* procedat, vbi adparet me tantum ſuaſiſſe, citra animum me obligandi, vt Titio fœnerares pecuniam, quod illud in rem tuam eſſe & Titium locupletem eſſe putarem, cum alias vt Titio pecunia crederetur nihil penitus mea intereſſet. Hic enim licet ratio iuris videatur denegaſſe actionem mandati, per notata ad §. *præced.* tamen quia ego expreſſi perſonam, quam tu affirmationem meam ſecutus idoneam & ſoluendo eſſe putaſti, non ſit æquum te quodammodo decipi ex mea affirmatione. Extra hos caſus, non obligatur conſulens ex conſilio quod dedit, ſi modo abfuerit dolus, per *l. quod ſi 8. de dolo malo. & l. 2. de proxeneticis. l. conſilij 47. de R. I.* & ita non ex conſilio ſed ex delicto tenetur *ſal. l. cum leg. 23. l. cum quis 31. de dolo malo.* alius nec qui affirmat ſimpliciter quem idoneum eſſe citra mandatum de credendo, tenetur *d. l. 2. & l. 7. §. vlt. de dolo malo.*

Tractant

Tractant hic quoque Interpp. & in §. *omnes infr. de action. vbi Iaſ. num. 3.* an in delictis quis ex conſilio obligetur. Et quidem obiectum conſultationis, quæ eſt adiunctum prudentiæ ſunt τὰ πρακτὰ res honeſtæ & licitæ, vt docet *Ariſtot. 3. & 6. libb. Ethic.* itaque in veram conſultationem non cadunt delicta. Sed propter dolum fit, vt conſulens (ſicut & mandans *de quo §. ſeq.* teneatur illi, cui damnum datum eſt, non autem ei qui improbum conſilium, quod ipſum in ſpeciem delicti cadit, ſecutus eſt, cum id per LL. facere non liceret, de quo agemus pluribus inf. in §. *interdum 11. de oblig. quæ ex del.*

TEXTVS.

3. Illud quoque mandatum non eſt obligatorium, quod contra mores bonos eſt: veluti ſi Titius de furto aut de damno faciendo, aut de iniuria facienda mandet tibi: licet enim pœnam iſtius facti nomine præſtiteris, non tamen vllam habes aduerſus Titium actionem.

COMMENTARIVS.

HOc commune eſt omnibus obligationibus, vt in eas turpia & quæ ſunt contra bonos mores, inutiliter deducantur §. *quod turpi ſup. de inut. ſtipulat.* Ergo nec hæc veniunt in mandatum. Et inepta obiectio eſt ex *l. 3. §. nec non 6. de in rem verſo.* Credidi ſeruo Titij, mutua decem: ea ſeruus conuertit in turpes vſus domini, hoc ita volente: cenſentur in rem domini verſa, vt teneat actio de in rem verſo, quoniam domini voluntate in hos vſus conuerſa pecunia eſt: in cuius præiudicium perinde habetur, ac ſi pecunia vtiliter collocata fuiſſet. Itaque minime ponendum eſt, quod ego pecuniam nominatim in eos vſus turpes crediderim. Ita autem mandatum de faciendo turpia nullum dicitur, vt inde nulla ciuilis hinc inde naſcatur actio, id eſt, vt nec qui mandauit ad implendum, aut eo quod factum non ſit, ad intereſſe directa actione experiri poſſit: (cum nec quiſquam niſi improbe hic intereſſe prætendere poſſit) nec ſi impleuerit, mandatarius, contraria valeat agere contra mandantem, ſi quod inde damni ſenſit, & pœnam præſtitit *h. §.* quippe cum ad implendum aut ad intereſſe conueniri non poſſet, ſibi, quod fecit, imputet, & cum iure nullum eſſet mandatum, ipſe delicti proprij pœnam præſtitiſſe intelligitur, ita vt nihil mandatum alterius eum releuare poſſit *l. non ſolum 11. §. ſi mandatu 3. de iniuriis l. non ideo 5. C. de accuſat.* cum nec ſeruis quidem qui mandatu domini deliquerunt, in atrocioribus & iure naturæ gentiumque prohibitis ignoſcatur: & illi hactenus iuſſis dominorum parere non debeant *l. ad ea 157. de Reg. Iur. l. is qui 11. §. an ignoſcitur 7. quod vi aut clam. l ſeruus 20. de oblig. & act. l. ſi mulier 21. § 1. vbi Accurſ. rer. amot.* Viciſſim, quia exempli peſſimi res eſt, mandare delictum, ipſe qui mandauit quoque perpetrato delicto, perinde vt ipſe delinquens punitur *d. l. 11. § 3. de iniuriis l. nihil 15. §. 1. ad L. Cornel. de ſicar. l. pen. C. ſi reus vel accuſ.* Perpetrato ſcil. delicto: alias quia res mali exempli eſt, extra ordinem poſſit coerceri: de qua re & quatenus delicto non perpetrato quis teneatur, ob voluntatem & conatum, latior tractatus eſt, quam vt hic explicari poſſit aut debeat. Ergo mandans tamquam ex delicto punitur, licet mandatarius nullam habeat aduerſus ipſum actionem iuxta *h. §. in fin.* De inutilitate turpis mandati ſunt textus in *l. ſi rerum. 6. §. 3. l. ſi vero 12. §. ſi adoleſcens 11. h. t. l. ſi contra 20. C. eod. l. ſi mandauero 22. §. qui eodem 6. h. t.* & præterquam quod iſta pro impoſſibilibus habentur, dolus vtrimque non patitur bonæ fidei contractum ſubſiſtere *l. domum 57. §. vlt. de contr. empt.*

TEX.

Digitized by Google

TEXTVS.

4. Is qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: vt ecce ſi quis vſque ad centum aureos mandauerit tibi vt fundum emeres, vel vt pro Titio ſponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem ſummam fideiubere: alioqui cum eo non habebis mandati actionem: adeo quidem vt Sabino & Caſſio placuerit, etiamſi vſque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diuerſæ ſcholæ autores, recte vſque ad aureos centum te exiſtimant acturum: quæ ſententia ſane benignior eſt. Quod ſi minoris emeris, habebis ſc. cum eo actionem mandati: quia qui mandat vt ſibi fundus centum aureorum emeretur, is vtique mandaſſe intelligitur, vt minoris, ſi poſſet, emeretur.

COMMENTARIVS.

1 *An vltra fines mandati, competat ſaltem actio neg. geſt.*

Fines mandati ſunt cuſtodiendi *l. 5. in prin. h. t.* quoniam mandatum ſuſcipitur ſolius mandantis gratia, cui adeo mandatarium hic officium præſtare & quaſi ſeruire oportet, ſiquidem mandantis eſt præſcribere, quid & quomodo fieri velit: quod qui faciendum ſuſcipit hoc ipſo ſe ad id & eodem modo peragendum obſtringit. Hinc tractata eſt quæſtio, ſi fundum quem mandaueram emi 100. aureis, tu emeris 120. aureis, an aliqua eo nomine tibi competat actio. Et refertur Sabini & Caſſij ſententia *h. §. & l. 3. §. vltim. eod.* non poſſe te agere nec in centum quidem: cuius opinionis in *d. §. vltim.* duæ afferuntur rationes, 1. quod qui aliud facit quam quod mandatum eſt, non habeat mandati actionem: hic autem qui pluris emit, aliud feciſſe videatur. Sed nimirum in hoc argumento aſſumptum falſum eſt; & cum in ſumma maiori inſit minor, qui fundum emit 120. aureis, eum quoque emit 100. aureis, & hactenus non aliud, ſed quod mandatum eſt, fecit, & quid ni igitur hactenus poſſit agere mandati? Altera ratio eſt, ſi mihi non competit mandati actio contra te qui exceſſiſti fines mandati: ergo nec tibi debebit competere aduerſus me: ne claudicet contractus mandati: Atqui hoc caſu non competit mihi actio contra te. Ergo &c. Aſſumptum ponitur in *d. l. 3. §. vlt.* his verbis: ***nam iniquum eſt, non eſſe mihi cum illo actionem ſi nolit: illi vero ſi velit, mecum eſſe.*** vbi tamen obiicitur *l poteſt 41. h. t.* vbi in his ipſis terminis vtrimque contrarium reſpondet ICtus, nimirum ei qui egreſſus eſt fines mandati, actionem contra me non eſſe, ſed me poſſe agere contra eum. Reſpondendum eſt, vel quod ita quidem Caſſius & Sabinus diſputauerint, eorum autem diſputatio improbata & falſa habita fuerit: vel potius, quod in *l. 3. §. vlt. hoc tit.* intelligatur, non poſſe me agere, vt fundus tradatur mihi pro 100. aureis, quibus iuſſeram eum emi: & ideo nec debere agere poſſe mandatarium, vt ego fundum recipere pro tot aureis cogerer. In quo ita explicato argumento vitium perſpicuum deprehenditur: quoniam vt pro precio quod definiui, fundum recipiam ego, remittente reſiduum meo procuratore, nihil penitus iniqui ſapit aut habet: cum nihil habeam, quod obiicere agenti poſſim: cum remiſſo eo quod excedit, perinde ſit, ac ſi fundus pro centum aureis emptus fuiſſet: & cum nemo præſumatur iactare ſuam pecuniam, fundus in dubio pluris præſumetur eſſe, & tanti quanti emptus fuit, vt gratulari mihi debeam, ſi fundum emptum 120. aureis conſequar pro aureis centum. Et merito igitur placuit Proculi ſententia, qui dedit actionem in ſummam mandato † expreſſam. 1 Et hoc tam perſpicue oſtendunt hi textus in *l. 3. §. vltim. & l. ſeq. h. t. & h. §.* vt mirer potuiſſe probari olim Martino, & poſt eum

Fabro hic tam abſurdam opinionem, quod etiam vltra ſummam illam & in ſolidum vtili actione negot. geſtorum experiri mandatarius poſſit: ſiquidem ita manifeſto iniuria fieret mandanti, qui vltra expendi non voluit: & daretur occaſio per improbitatem aut malignitatem excedendi fines mandati: Et vero quid mea intereſſe poteſt, an actione mandati an negotiorum geſt. conuentus ſolidum exſoluere cogar quod tu expendiſti: cum & hæc actio ſit bonæ fidei: neque hic & in *d.l.3. & 4.* in verbis luſiſſe, & de his tantum reſpondiſſe Iuſtin. & ICti credendi ſunt. Accedit, quod Acc. citat ex *l.vlt. C. de negot. geſt.* non dari neg. geſt. actionem ei qui vetante me alicui quid fecit: vetare autem intelligor ne quid vltra fiat, dum ſummam mandato exprimo. Prætexit tamen Faber æquitatem, & his vtitur rationibus 1. quod in iſtis textibus ante citatis negetur actio mandati: ergo dari poſſe aliam actionem. 2. quod qui aliena negotia gerit ſine mandato, habet neg. geſt. actionem: & quatenus ex[illegible] mandati procurator, vid[illegible] 3. iniquum eſſe a[illegible] lucrum ferat: & [illegible] fundum quem ego emi pro 120. au[illegible] pro 100. a reis habeat. Sed non difficilis eſt ad iſta reſponſio. Et ad 1. ineptum fore ICtum, ſi negata actione mandati daret aliam quæ eiuſdem ſit poteſtatis: & ob id non tantum negatam intelligi debere mandati actionem, ſed omnem, qua finem eundem procurator conſequatur: neque mentionem alterius quam mandati actionis ICtus facere debuit, aut vero potuit, cum de mandato tractaret; neque extra terminos mandati locum reperiat hæc tractatio. Ad 2. locum eſſe negot. geſt. actioni, vbi nihil actum geſtumue eſt contra vel præter mentem, & vel expreſſam ſiue etiam veriſimilem voluntatem eius, ad quem negotium ſpectat: atquin qui circumſcripſit certos limites mandato, fieri vltra ſane noluit. Ad 3. Reſp. vel quod imputare ſibi debeat, qui ſua culpa damnum ſenſit: vel potius actionem hactenus negari mandatario, ne fundum tanti quanti emptus eſt mandans recipere cogatur: cæterum ſi mandans ad fundum tradendum actione mandati directa agat, procul dubio defendetur exceptione mandatarius, vt fundum niſi integro ſibi pretio ſoluto, quod ipſe expendit, tradere non cogatur. Atque hæc ad iſtum §. nam quod in f. habetur, ſi fundus minoris emptus ſit, haud eget explicatione.

Et ex hoc textu argumentum ſumi poſſit ad politicam quæſtionem, an Legatus, vel qui alias mandatum à Repub. vel magiſtratu habet, præter & extra mandati terminos aliquid facere poſſit. Et recte monet *Gellius 1. noct. 13.* varias circumſtantias hic conſiderandas eſſe, ingenium perſonæ mandantis &c. ſed & forte ſtatum Reipub. ſed & perſonam mandatarij: itemq; vtilitatem & commodum quod ſperatur, an certum ſit necne? Vtilitas plane Reip. ſumma Lex eſſe debet: & vbi occaſio offertur, nec conſuli Reſpub. poteſt, quæ ſi tale quid præuidiſſet; procul dubio id mandatum fuiſſet, boni ciuis eſt vti occaſione. Et mihi probari videtur, quod referente *Xenoph. 5 hiſtor. Græc.* Ageſilaus cenſuit: cum accuſaretur Phœbidas, quod iniuſſu reipub. & præter mandatum (iuſſus autem erat inferre bellum Olinthiis) arcem Cadmeam occupaſſet, dixit Ageſilaus *εἰ μὲν βλαβερὰ τῇ λακεδαίμονι πεπραχὼς εἴη, δίκαιος εἴη ζημιοῦσθαι: εἰ δ᾽ ἀγαθά, ἀρχαῖον εἶναι νόμιμον, ἐξεῖναι τὰ τοιαῦτα αὐτοσχεδιάζειν.* Sed non licet pluribus hic excurrere. Plane autem improbandum cenſeo, quod Craſſum feciſſe refert *Gell. d. cap. 13. in fin.* quod flagris caſtigauerit architectum, qui iuſſus afferre trabem maiorem ad conficiendum arietem quaſſandis muris, attulit minorem, quem aptiorem & commodiorem ex arte ei rei ſciebat.

TEXTVS.

5. Recte quoque mandatum contractum, ſi dum adhuc integra res ſit, reuocatum fuerit, euaneſcit. Item ſi integro adhuc mandato mors alterutrius

Digitized by Google

terutrius interueniat, id eſt, vel e-ius qui mandauerit, vel illius qui mandatum ſuſceperit, ſoluitur mandatum. Sed vtilitatis cauſa receptum eſt, ſi eo mortuo, qui tibi mandauerat, tu ignorans deceſſiſſe eum, executus fueris mandatum, te agere mandati poſſe: alioqui iuſta ignorantia & probabilis tibi adferret damnum. Et huic ſimile eſt quod placuit, ſi debitores manumiſſo diſpenſatore Titij, per ignorantiam, liberto ſoluerint, liberari eos: cum alioqui ſtricta iuris ratione non poſſent liberari, quia alij ſoluiſſent, quam cui ſoluere debuerint. Mandatum non ſuſcipere cuilibet liberum eſt: ſuſceptum autem conſummandum eſt, aut quam primum renuntiandum, vt per ſemetipſum aut per alium eandem rem mandator exſequatur. Nam niſi ita renuntiatur, vt integra cauſa mandatori reſeruetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: niſi iuſta cauſa interceſſerit aut renuntiandi, aut intempeſtiue renuntiandi.

Commentarivs.

1 *Mandatum quomodo finiatur morte mandantis.*

2 *Ad L.12. §.vlt. Mandati.*

1 MOdos finiendi † mandati hoc contextu propoſitos, ſimul tractare placet. Et nimirum mandato finiendo cauſa præbetur, vel ex perſona vtriuſque & mutua voluntate & conſenſu, quæ res dubium non habet, & pertinet ad *§. vlt. inſt. tit. vlt. h. libro*: vel ex perſona alterutrius, qua mandantis qua mandatarij. Ex perſona mandantis finitur 1. morte eius, & hoc omnimodo ſiue res ſit integra adhuc ſiue non amplius integra: cæteroquin alias intereſt inter hæc duo. Et priori nimirum caſu vbi res adhuc eſt integra, cum voluntas morte finiatur, hæres non poteſt agere vt fiat quod defunctus fieri mandauit, quippe cum mandatum morte ſolui dicatur *b text. verſ. Item ſi & l. mandatum 25. C. h. t. l. inter 26 in pr. h. t. l. vlt. de ſolution.* Ex aduerſo nec mandatarius & ex eadem ratione amp'ius mandatum exſequi poteſt, & ſi id fecerit, nullam habet actionem contra hæredem defuncti *d l. 26. & l. ſeq §. 3. h. t.* quod ipſum euidentiſſime probat, mandatarium, vt impleat mandatum, vel vt intereſſe præſtet, per mandantis hæredem conueniri non poſſe. Et cum tamen ius iam ex contractu & mandato quæſitum fuerit defuncto, videatur id tranſmiſſum in hæredem, cuius & intereſſe præſumitur non minus quam defuncti. An hoc ita receptum, quod, vt dixi, pendet mandatum à mandantis voluntate, qui vt mox dicemus id pro lubitu reuocare poteſt. voluntas autem morte finitur *l. 4. Locati cum ſimilib.* An, quia fortaſſis hæres non æque voluiſſ. t illud factum, quod voluit defunctus, vt merito liber debuerit eſſe hæres ab obligatione illa, qui & factum illud per alium forte explicari mallet. Quod ſi enim mandatarius iure obſtrictus fuiſſet hæredi, vtique etiam eo non conſulto factum ſibi mandatum exſequi potuiſſet. An hæc denique ratio eſt, quod vt *Cicero pro Sext. Roſcio* diſputat, amicis fere mandamus, quæ fieri volumus, & qui gratuitum officium ſine vllo lucro in gratiam amici ſuſcipit, id amico ſoli non hæredi, qui in amicitiam non ſuccedit, tribuiſſe intelligitur: quem adeo non æquum ſit obligatum eſſe hæredi. Obiicitur † autem *l. ſi vero 12. §. vlt. cum leg. ſeq. h. t.* 2 quibus probatur mandatum poſſe porrigi vltra mortem, ita vt hæres mandati agere poſſit. An durat mandatum poſt mortem ſi expreſſe poſt tempus mortis collatum ſit? Atquin in *d. l. vlt. de ſolut.* negatur poſſe ſolui ei cui poſt mortem meam ſolui iuſſi, ex hac ratione, quod mandatum morte ſoluatur. An oportet id genus mandati eſſe, quod non niſi poſt mortem impleri poſſit? velut in *d. l. 12. §. vlt. h. t.*

vt monumentum mihi fiat: quæ magis eſt communis explicatio Doctorum: vbi tamen rurſus reſiſtit *l. etſi* 14. §. *ſi cui de religioſ.* vbi in ſimili genere mandati, ſi factum non ſit, ad actionem doli recurritur, quod argumentum eſt, ordinariam actionem deficere, quæ ſcil. vbicunque locum habet, actio doli ceſſat: Vix habeo quod dicam, quam quod aliquibus placet, actionem mandati, quæ & ipſa vbi dolus arguitur, famoſa eſt, cum actione doli concurrere poſſe: de quo alibi tractatur. Illud autem notandum, exceptionem eſſe in *dict. leg.* 12 §. *vlt. D. Mandati*, ad notiſſimam illam propoſitionem & receptam iure veteri regulam, de qua egimus in § *poſt mortem pen. ſupr. de legat. & in* §. *poſt mortem* 11. *de inutil. ſtipulat.* actiones non poſſe incipere ab hæredibus & in hæredes: vtique enim actio incipit in perſona hæredis in *dict. leg.* 12. §. *vlt. D. h. t.* & ſiquidem admittendum fuit eiuſmodi mandatum, etiam admittenda fuit neceſſario hæc exceptio, cum non poſſit fieri, vt iſtæ de quibus ibi tractatur obligationes, vt funus curetur, vt monumentum fiat, incipiant in perſona defuncti, & ab hoc in hæredes transmittantur. Atque hæc de priori membro quo mandans re integra adhuc defunctus eſt: quo nimirum ipſo iure ſoluitur mandatum, & nulla actio competit mandatario, ſi poſt mandatoris mortem exſequutus fuerit mandatum. Sed æquitas & vt Iuſtin. in noſtro textu ait, vtilitas ſuaſit, ſuccurri mandatario, ſi ignorans quod mandator obierit, aut ceperit, aut etiam impleuerit mandatum: itaque exceptio quæ hic competit hæredi ſummo iure, elidetur replicatione iuſtæ ignorantiæ, ne decipiatur, qui bona fide officium impleuit, *h. text. verſ. ſed vtilitatis l. inter* 26. *in pr. l. ſi praeced.* 58. *in prin. h. t.* idque Iuſtin. *d. loco verſ. & huic.* illuſtrat ſimili, ſi creditores mandantis, ſoluerint diſpenſatori eius poſt reuocatum mandatum, quod nimirum eos excuſet iuſta ignorantia finiti mandati. Itaque iuſta ignorantia & æquitas facit, vt quaſi adhuc durare videatur mandatum, aut vtique actio mandati, vt diſputat ICtus in *l. ſi præt.* 58. *in prin. h. t.* quamuis forte non valde ſubtiliter: cum negato penitus mandato, nec actio ex eo quod poſt mortem geſtum eſt locum habere poſſit. Poſſit tentari idem, ſi mandatarius ſciens obiiſſe mandatorem, errore aliquo putarit incumbere ſibi neceſſitatem implendi mandati; vt actio huic accommodetur ex æquitate, arg. eius quod de hæredibus mandatoris reſponſum eſt in *l. mandatum* 57. *Mandati*: nam nec error iuris nocere ſolet, vbi de damno vitando agitur. Sequitur alter caſus, vbi re non amplius integra obiit mandans. Et hic ratione eius quod viuente adhuc mandante geſtum eſt, conſtat vtilinque eſſe actionem: An autem mandatarius ſciens quoque deceſſiſſe mandantem, poterit implere mandatum, ſi quid forte ei abſoluendo adhuc deſit? Et ratio ſuadet vt diſtinguamus an quæ ſuperſunt agenda, cum prioribus ſint connexa necne: vt illa mandatarius implere poſſit, quin & debeat, arg. eorum quæ ſtatim dicemus de caſu mandatoris mortui. Nihil autem huc pertinet, quod affertur ex *l. ſi quis* 17. §. *ſi impubes* 2. *de inſtit. act.* nam & mandatum iſtud generale, & propter vtilitatem promiſcui vſus, quo quis rebus ſuis & tabernæ præpoſuit inſtitorem, placuit, morte præponentis non finiri, ſed opus eſſe reuocatione hæredis. Et fruſtra Dd. obiiciunt *l. cum qui* 41. *in pr. de reb. cred.* ſiquidem ibi propter mutatam conditionem perſonæ ex veriſimili mente præponentis mandatum intelligitur eſſe reuocatum. Hic primus modus eſt, quo ex perſona mandantis mandatum finitur: Mors mandantis.

Alter modus principalis eſt, Reuocatio mandati: quæ diſtingui poteſt vt alia dicatur tacita alia expreſſa. Tacita inducitur ex mutatione perſonæ, *argum. h. text. verſ. & huic iunct. l. cum qui* 41. *in prin. de reb. cred.* veluti ſi manumiſſus ſit, quem dominus præpoſuerat recipiendis pecuniis: quo facto amplius ei ſolui non poteſt; cum videatur nouus homo & alius, vt ait Iuſtin. *in d. verſ.* quo exemplo (nam in perſonam ſerui proprie mandatum non cadit) dixerim idem, ſi cui mandatum dederam de exigendis pecuniis & recipiendis, fuerit in alium

Digitized by Google

alium ſtatum deductus, vt vero ſimile ſit, mandatorem nolle iam amplius ei pecuniam ſolui; arg. eius, quod de adiecto ſolutionis cauſa, qui inſtar procuratoris eſt. §. *ſi quis alij ſupr. de inutil. ſtipul.* reſpondit Africanus *in l. cum quis. 38. in prin. de ſolutionib.* Reuocatio expreſſa vel fit re integra (libet enim huic ſpeciei ſubiicere iſtam ſubdiuiſionem) vel re non amplius integra: id eſt, poſtquam mandatarius negotium exſequi cepit. Priori caſu, vt Iuſtinianus ait, mandatum euaneſcit, *h. textu in pr.* nec enim vllum intereſſe poteſt prętendere mandatarius, cum mandatum ſit gratuitum & mandantis gratia ſuſcipiatur: vt inepte obiiciatur, ex *l. ſicut. 5. C. de oblig. & act.* contractus initio voluntatis poſt neceſſitatis eſſe: ſiquidem id non aliter poteſt obtinere, quam vbi vtriq; vel alterutri ius eſt ex contractu & obligatione quæſitum: atquin mandatario nullum ius eſt quæſitum. Re non integra, ſi reuocatio ſit ſecuta, hactenus quidem ſoluitur mandatum, vt vltra progredi nequeat mandatarius, ſed ex antegeſto competit vtique actio: itaque ſignanter Iuſtinian. *in pr. h. textus,* per reuocationem, quæ ſecuta eſt re integra, mandatum *Euaneſcere* ait: nam vbi res non amplius integra eſt, mandatum euaneſcere dici non poteſt. Quod ſi reuocato mandato procurator aliquid egerit, eo nomine actionem non habebit: nimirum, ſi reuocatio ſit expreſſa: ſicut & ita obtinet, vbi alias mandatum finitum eſt, veluti morte, ſi ſciens hoc, mandatarius quid fecerit *l. hoc iure. 19. §. ſi quis. in fin. de donat.* veluti ſi pecuniam quis dederit Titio vt eam traderet Seio, cui donatum volebat, quamuis & hoc caſu licet ignorans defunctum Titius ſoluerit, non fiat pecunia Seij. *l. 2. §. ſed ſi. 6. de donat.* quoniam mandatum ſolutum eſt. Cæteroquin ſi quis v. c. emere iuſſerit, licet procurator verus mandato reuocato, aut morte finito, contrahat, ſciens mortuum eſſe, actionem quidem mandati non habebit, ſed actus omnino ſubſiſtit, quia in ſuam perſonam contrahit verus procurator: licet iam non id fecerit, vt procurator: ſed tamquam nomine ſuo. Neq; hic obſtat *l. ſi pœnituit. 7. de donat. l. ſi quis. 25. §. pen. de acq. har.* quoniam ibi agitur de facto mere perſonali, & in quo alter non niſi miniſtri partibus fungitur, & de adquirendo ipſi mandanti, itaque etiam impeditur actus, ob nudam pœnitentiam, licet cui mandatum eſt, mutatam voluntatem ignoret *dd. textib.* Hæc de perſona mandantis.

Ex perſona mandatarij finitur mandatum, itidem 1. morte eius; quoniam electa eſt induſtria perſonæ, vt proinde obligatio in hæredem non tranſeat; idque ſiue re integra mortuus ſit mandatarius, ſiue re non integra: [illegible]m & hic intercedit mandatum, *l. mandatum. 57. h. tit.* vt proinde hæredes mandatarij, nec ceptum negotium perficere poſſint, per *d. l. 57.* vbi ignoſcitur tamen hæredibus & eis actio conceditur, ſi iuſto errore negotium à defuncto ſuſceptum perfecerunt: quin imo ſi res connexionem habeat, videantur teneri quoque hæredes, vt eam abſoluant, quemadmodum hæredes tutorum teneri videntur, eo argumento, quod tutor ipſe & poſt pubertatem finita tutela, tamen quæ connexa ſunt, perficere debet. *l. ita. 5. §. ſi tutor. 5. de adminiſtr. tut. l. ſi tutor. 13. de tutel. & rat. diſtr. l. tutor. 11. C. arbitr. tut. l. tutorem. 37. § 1. de adminiſt. tut. l. 3. §. penult. de contr. tut. act.* Illud conſtat, de eo, quod geſſit mandatarius defunctus, vtrimq; eſſe actionem, idq; eſt, quod ait ICtus *in l. ſi praeced. 58. in pr ff. h. t.* mandatum quidem ſolui morte mandatarij, ſed non actionem mandati & *in l. inter. 26. in pr. eod.* licet mandatum morte ſoluatur, durare tamen aliquando obligationem.

Alter modus quo ex perſona procuratoris finitur mandatum, eſt renuntiatio: Quæ fit aut tempeſtiue cum nihil intereſt mandantis, aut hic rem æque per alium explicare poteſt: aut intempeſtiue, cum iam intereſt mandantis & per hunc impleri æque commode non poteſt negotium. Illo caſu omnino ſoluitur mandatum, vt tamen ſi quid geſtum ſit eo nomine vtrimq; actio detur. Hoc caſu, aut fit renunciatio ex iuſta cauſa, aut ex non iuſta. Illic itidem finitur mandatum, (ſalua actione pro ante geſto) vt probat hic textus

verſ. nam niſi, vbi ex iuſta cauſa, etiam intempeſtiuæ renuntiationi locum facit Iuſtinianus, & plenius explicatur *in l. ſi mandauero. 22. §. vltim. cum legib. ſeqq. h.t.* Intempeſtiua nimirum dicitur renuntiatio reſpectu mandantis, nam, qui iuſtam cauſam habet mandatarius, ſui reſpectu renuntiat tempeſtiue. Hic autem ſi cauſa ſit iniuſta, tenetur mandatarius, *h. textu. §. mandatum & d. l. 22. §. vltim. & l. ſi quis. 27. §. 2. h. tit.* nimirum ad intereſſe; nam vt omnino & præciſe faciat, conueniri non poteſt, cum hæc ſit ex numero obligationum faciendi, in quas ſuccedit intereſſe. *l. 13. §. 1. de re iud.*

TEXTVS.

6. Mandatum & in diem differri; & ſub conditione fieri poteſt.

COMMENTARIVS.

IAm ſæpe monuimus, id eſſe commune omnibus obligationibus; vt aut pure fiant, aut die vel conditione differantur, vel ſuſpendantur. Poſſit ſane ſubineptum videri, vt quis ſub conditione caſuali negotia ſua geri mandet, ſed mandati genera varia ſunt, & facit hoc libertas contrahendi omnibus promiſſa, vt hoc faciant quomodo volunt. *h. t. & l. 3. de procurat. l. 1. §. 3. h. t.*

TEXTVS.

7. In ſumma ſciendum eſt, mandatum, niſi gratuitum ſit, in aliam formam negotij cadere. Nam mercede conſtituta incipit locatio & conductio eſſe. Et vt generaliter dicamus, quibus caſibus ſine mercede ſuſcepto officio, mandati ſiue depoſiti negotium contrahitur, iis caſibus mercede interueniente locatio & conductio contrahi intelligitur. Et ideo ſi fulloni polienda curandave quis dederit veſtimenta, aut ſarcinatori ſarcienda, nulla conſtituta mercede, ſiue promiſſa, mandati competit actio.

COMMENTARIVS.

1 *Quæ ſint facta locari ſolita.*
2 *An ſemper ſit mandatum, vbi non interuenit merces.*

DE natura mandati eſt, vt ſit gratuitum *h. text. l. 1. § vlt. l. ita. 36. §. 1. in fin. h. tit.* Et vt ne ſit gratuitum facit merces, non honorarium, vt docet *l. 6. in prin. h. t.* vbi honorarium conſtitutum non impedit, quo minus agatur mandati, & adeo quominus maneat mandatum, pro ipſo enim honorario vix videatur agi poſſe mandati, ſed potius extra ordinem, arg. *l. 1, §. 10. de extraordin. cognit.* niſi quis putet pacto adiecto poſſe hactenus alienari naturam contractus, ſicut & magis alteratur natura depoſiti in ſpecie *l. 24. depoſiti*: nam & *tit. de extraord. cognit. & d. l. 1. §. 10.* videtur ad eos pertinere, qui ſine vllo promiſſo honorario operam aliis nauant, & quidem ita, vt honorarium expectent, cum inde vitam tolerare ſoleant, veluti aduocati, & qui alias operas ordinarias in foro litigantibus præſtant; Longe autem latius patet mandati materia: nec videtur extraordinem prætor quibusque ius dixiſſe, & honorarium decreuiſſe, qui quodcunque tandem negotium ex mandato ſuſcepiſſent. Duæ autem differentiæ notari ſolent inter mercedem & honorarium.

Prima, quod merces conſtituatur pro compenſatione proportionata operæ præſtitæ: non autem honorarium, ſed ſit magis quædam remuneratio. *l. 6. in pr. h. t.*

Altera, quod merces conſtituitur pro factis locari ſolitis, honorarium pro factis, quæ locari non ſolent. Et quod Iuſtinianus hoc loco ait, mercede interueniente eſſe locationem & conductionem, ita limitandum eſt, ſi ſint facta locari ſolita, vt ait Iuriſconſultus

rus in l.5.§.2. de præſcript. verb. Quæ autem facta
2 † talia ſint, duplici indicio & nota deprehenditur, 1. Si ſint talia, quibus proportionaliter merces reſpondet, eaque æſtimat: cuiuſmodi ſunt, quæ fere opera manuum à mechanicis præſtantur: facta autem honeſtiora & digniora, veluti poſtulare, aduocatum agere, bonas artes docere, eiuſmodi ſunt, vt condigne mercede æſtimari non poſſint nec debeant: itaque hæc non faciunt locationem: & quidquid hic vel promiſſum, vel datum eſt, non merces, ſed honorarium dicitur, & deſuper extra ordinem cognoſcit prætor. 2. Si ex iis aliqua vtilitas patrimonialis & pecuniaria ad alterum perueniat, qui eſt locationis finis. Itaque ſi pecuniam dedero, vt ſeruum manumittas, non locatio, ſed contractus innominatus eſt *d.l.5 §. 2. de præſcr. verb.* Maiori cautione opus habet, quod *in fin. huius §. ſcriptum eſt, mandati eſſe* actionem, ſi fulloni polienda data ſint veſtimenta, nulla mercede conſtituta ſiue promiſſa: & nimirum ita accipiendum hoc eſt, ſi expreſſe hoc actũ ſit, vt opera gratis præſtetur; vel (quoniam hoc non videtur eſſe de mente Iuſtin.) quod tamen ita præſupponit Theoph. ſi perſona talis ſit, quæ amicitiæ gratia operam addixiſſe & ſuſcepiſſe videatur: cæteroquin, ſi perſona ſit talis, quæ ex operibus huiuſmodi lucrum quærat, & vitam toleret, & quæ intuitu & ſpe intercedit, operas præſtare ſoleat, non actio mandati erit, ſed præſcriptis verbis, per tex. expreſſum *in l. ſi tibi. 22. de præſcript. verb.* Et enim vero Iuſtin. loquatur de fullone & ſarcinatore, qui ſane non intelliguntur gratuitam præſtare operam, vix eſt, vt ab errore liberari poſſit: & vix quoq; à contradictione; ſiquidem *§.1. in fin. ſup. locati* in his terminis actionem præſcriptis verbis præponit. Extra hunc caſum ſane ſi factum ſit, quod locari non ſoleat, nec perſona talis, cui ſalarium & honorarium debeatur, nulla eſt petitio ſalarij aut honorarij, niſi aliquid nominatim definitum ſit, quo pertinet *l. ſalarium. 17. C. h. t. l. qui mutuam. 56. § fin. ff. eod.* qui locus ad eas perſonas pertinet, quibus extra ordinem ſuper ſalario ius dici non ſolet. Ait Iuſtin. *in pr.*

In aliam formam non cadere.] Nimirum, quæ adiiciuntur negotiis & actibus contra eorum naturam aut ſubſtantiam, aut nulla ſunt, aut ſi ſubſiſtunt, actum in vicinum negotium transformant, vt accidit *in l. inſulam. 6. de præſcript. verb. l. cum manu. 80. §. vlt. de contr. empt.* quod an ſatis tamen ſubtiliter *in Tr. de pactis* explicauimus.

AD TITVL. XXVIII.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

DE OBLIGATIONIBVS, quæ quaſi ex contractu naſcuntur.

TEXTVS.

Poſt genera contractuum enumerata, diſpiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem nõ proprie ex contractu naſci intelliguntur: ſed tamen quia non ex maleficio capiunt ſubſtantiam, quaſi ex contractu naſci videntur.

COMMENTARIVS.

1 *Quaſi contractus, an & qualem conuentionem habeant.*

PErſequitur membra, quæ ſupra *ſub tit. de obligat.* propoſuit, & poſt explicatos veros contractus, iam de quaſi contractibus agit. Ait enim, *poſt genera contractuum*, quo verbo in potentiori ſignificatu intelligit veros contractus: & eſt hic verbum *Quaſi*, nota cuiusdam improprietatis. Sed ſunt tamen & genera πρὸς ἕν, & quæ non ex æquo, ſi communicant ſuis ſpeciebus: quomodo ſi ſumas contractum, eius ſpecies, non abſurde, hi quaſi contractus conſtitui poſſunt: cum non

non minimam partem contractus æſtimentur ab effectu, & quod pariant actionem: quin imo (nam iſtud quoque pactis legitimis commune eſt) habent in ſe negotium & συνάλλαγμα, & conuentionem, licet tacitam, cuius non minor fere hic vis eſt, quam expreſſæ. Et poſſint adeo non abſurde referri iſtæ ſpecies contractus ſub eos, quos ICtus *in l. 7. de pact.* nomen non habere (neq; enim hi quaſi contractus recte nominati dici poſſunt) ſed cauſam tamen habere ait, licet ſane non omnium ſpecierum vna eademq; ſit ratio & conditio, vt ex ſingulis apparebit.

1 Illud admonendum, † ICtos vix ſolere appellare hos quaſi contractus, ſed quod obligationes quaſi ex contractu naſcantur: & quidem, quoniam conuentio iſta non ita apparet, vt in contractibus veris, ita aliquando de his obligationibus loquuntur, at ſi nulla adeſſet conuentio, veluti cum ex re ipſa & quidem contra pupillum quoque & furioſum obligationem naſci, & non ſponte contrahi, aut non contrahi dicunt *l. furioſus. 46. de obl. & act. l. qui cum. 19. de reg. iur. l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. famil. erciſ.* ſed ſane obligatio ſemper præſupponit aliquam conuentionem, quæ proinde non omnis hinc excluſa cenſenda eſt: & quod *in d. l. 19.* hæres ſponte cum legatariis contrahere negatur, eo reſpicit, quod hic eius ſcopus primarius eſt, vt adquirat hæreditatem: cæteroquin per neceſſariam conſequentiam ſe obſtringere tacite intelligitur, ad præſtanda, quæ defunctus iuſſit. Iuſtinianus perro *h. t. in prin. & §. 2. 3. & 5.* perpetuo vtitur hac ratione, cur obligatio ſit ex quaſi contractu, quoniam non ſit neq; ex contractu, neque ex maleficio: quomodo & ICtus *in l. 5. in prin. §. 1. 2. & 3. de oblig. & act.* Sed in illa ratione duplex vitium notari poteſt, 1. quod per eam, quæ eſt à remotione aliarum ſpecierum plane non intelligitur, in quo ſit poſita natura & eſſentia iſtorum quaſi contractuum. 2. quoniam ex pactis legitimis, quæ neque contractus, neque maleficia ſunt, naſcitur ciuilis obligatio (nam pacta nuda, quæ non habent veſtimentum à lege, fruſtra quis hic attulerit, cum Iuſtin. tota hac tractatione de ciuili tantum obligatione agat) & inſuper ex dominio quoque & aliis iuribus in re actio ciuilis naſcitur. Sed enim ratio illa ex mente Iuſtin. reſtringenda eſt ad cauſas actionis perſonalis, & inſuper ad eas conuentiones & obligationes, quæ in ſe negotium & συνάλλαγμα habent, & quaſi propriis viribus ſuis actionem producunt. Et tum concludit hæc ratio à ſufficienti enumeratione partium & ſpecierum, quas propoſuit Iuſtin. *in §. vltim. ſupra de obligationibus.*

TEXTVS.

1. Igitur cum quis abſentis negotia geſſerit, vltro citroque inter eos naſcuntur actiones, quæ appellantur negotiorum geſtorum: ſed domino quidem rei geſtæ, aduerſus eum, qui geſſit, directa competit actio, negotiorum autem geſtori, contraria: quas ex nullo contractu proprie naſci manifeſtum eſt: quippe ita naſcuntur iſtæ actiones, ſi ſine mandato, quiſque alienis negotiis gerendis ſe obtulerit, ex qua cauſa ii, quorum negotia geſta ſunt, etiam ignorantes obligantur: idque vtilitatis cauſa receptum eſt, ne abſentium, qui ſubita feſtinatione coacti, nulli demandata negotiorum ſuorum adminiſtratione, peregre profecti eſſent, deſererentur negotia, quæ ſane nemo curaturus eſſet, ſi de eo, quod quis impendiſſet, nullam actionem eſſet habiturus. * Sicut autem is, qui vtiliter geſſit negotia, dominum habet obligatum negotiorum geſtorum; ita & contra quoque tenetur, vt rationem reddat adminiſtrationis: quo caſu ad exactiſſimam quiſque diligentiam compellitur

litur reddere rationem : nec ſufficit diligentiam talem adhibere qualem ſuis rebus adhibere ſolet; ſi modo alius diligentior eo commodius adminiſtraturus eſſet negotia.

COMMENTARIVS.

1 *Ad quam diligentiam teneatur negot. geſt.*

NOminati contractus , omnium quaſi conuentionum , quæ producunt actiones, norma quædam & regula ſunt, ita vt eas ad illos accedere : & quandã cum iis affinitatem habere oporteat. Id animaduertere licet in contractibus, qui in ſpecie dicuntur innominati, & qui referuntur *in l.5. §.1.c.1.& ſeqq. de preſcr. verb.* ex quibus do vt des , ad venditionem, do vt facias, ad locationem, facio vt facias, ad mandatum accedunt. Idem in quaſi contractibus contingit : quorum primam ſpeciem hic proponit Iuſtinianus negotiorum geſtionem , ex qua ad exemplum mandati vtrimque naſcuntur actiones : nec quidquam fere intereſt , niſi quod mandatarius non primum ex adminiſtratione , ſed ſtatim ex nudo conſenſu de adminiſtrando obligatur : negotiorum autem geſtor, cum abſentis & ignorantis *h.§. & l. 2. de negot. geſt.* negotia ſuſcipiat, ex ipſa geſtione domino ad reddendas rationes obligatur , & ei tenetur directa actione , cum ſe ipſum per eam ſuſceptionem ad hoc obſtrinxiſſe intelligatur : in quo conſiſtit tacita conuentio, & eſſentia huius quaſi contractus, ex quo principaliter obligatur negotiorum geſtorum, ſed per conſequentiam ob impenſas vtiliter factas obligatur viciſſim dominus geſtori , etiam ignorans; vt hic ait Iuſtinianus : quatenus videlicet principium conſideratur , ſiquidem dominus abſens ignorauit , ab alio negotia ſua ſuſcepta : Cæteroquin, qui ab alio adminiſtrationis exigit rationes, & in commodum ſuum, quod geſtum eſt acceptat , reliquum quoque probare , & quod bona fide in vtilitatem ipſius expenſum eſt , reddere tenetur : quin & hoc quiſque tacite velle videtur , potius quam negotia & res ſuæ pereant & corrumpantur : quam rationem innuit Iuſtin. *in verſ. idque vtilitatis*, & quæ facit, vt ſicut mandatario mandati, ita & negotiorum geſtori contraria negot. geſt. actio detur.

Vt autem hac actione vti poſſit † geſtor, 1 oportet eum debitam diligentiam in alienis rebus curandis adhibuiſſe. Et vero exigi ab eo ſummam diligentiam, eumque adeo culpam leuiſſimam præſtare , euidenter docet hic locus *in verſ. quo caſu.* & 1. quia verbo ſuperlatiuo requirit diligentiam exactiſſimam; Deinde, & magis, quod mox ſubiicit, non ſufficere adhiberi talem à geſtore diligentiam , qualem ipſe rebus ſuis adhibet : ſi videlicet geſtor talis ſit, qui ſuis rebus mediam tantum adhibeat diligentiam & vulgarem: ad quam qui tenetur, hic tantum leuem culpam præſtat : Quod ſi autem ipſe ſit diligentiſſimus paterfamilias , & ſumma diligentia res ſuas curet , eo caſu cum maior in alio diligentia non detur, etiam in alienis rebus ſufficit talis diligentia , qua quis curat res ſuas : qui ſenſus eſt huius §. *in fin. verſ. ſi modo*, quod ſi res abſentis curare potuiſſet diligentior alius , tum non ſufficiat talem adhibuiſſe diligentiam , qualem quis propriis rebus adhibet : quoniam vbi alius diligentius curare potuit , ſequitur neceſſario, quod diligentia geſtoris, qua curat res ſuas, non ſit ſumma, ſed tantum media : quod rurſus neceſſario euincit, quod non ſufficiat geſtorem rebus alienis diligentiam mediam adhibuiſſe : quoniam magis curare res alienas quam ſuas , ſub limitatione iam dicta, ſignificat ſummam diligentiam , per notata *ad 5. Item is. 2. ſupra quibus modis re contr. oblig.* quod etiam confirmatur à comparatione commodati, in quo conſtat requiri ſummam diligentiam *d. §. 2.* vbi de commodato iiſdem plane verbis loquitur Iuſtinianus poſt Iuriſconſultum *in d. l. 1. §. 4. de obligat. & actionib.* quibus hic de negotiorum geſtione. Accedit, quod qui ad maiorem diligentiam tenetur,

ne[...]t, quam ſocius hic tenetur de culpa leuiſſima, & ad diligentiam ſummam: quoniam ſocius tenetur ad mediam talem diligentiam, & eam quam præſtat rebus ſuis. *l. ſocius. 72. pro ſocio. l. heredes. 25. §. non tantum. 16. famil. erciſc.* Atquin negotiorum tenetur ad maiorem. *d. §. 16.* Obiiciunt vulgo ita neminem acceſſurum ad aliena negotia gerenda: & quod abſurdum ſit, eum cuius nulla vtilitas verſatur, teneri ad ſummam diligentiam & præſtare leuiſſimam culpam, contra regulam *l. 5. §. 2. commod.* ſed reſpondetur ſicut intereſt, vt ſint, qui abſentium negotia curant, ita etiam intereſſe, ne quis temere ea inter ſe ſuſcipiat, & immiſceat rebus alienis: quod qui facit, in culpa eſſe dicitur: ita enim quis occaſionem graſſandi in bonis alienis arripere poſſit, & negotiorum geſtor, qui negotia aliena in medio poſita, necdum deſerta aggreditur, videtur ſe quodammodo ingerere, & vtique offerre, & hinc exactam diligentiam polliceri, qualis à quocunque alio diligentiſſimo præſtari potuiſſet: cuiusmodi diligentiæ homo forte negotia ſuſcepiſſet, niſi ab alio præuentus & quaſi excluſus fuiſſet, quippe, qui alterius contemplatione creditur deſtitiſſe: vt proinde non immerito ad ſummam diligentiam debeat obſtringi. Et regula *d. l. 5. §. 2. commod.* non vnam habet exceptionem, & quod imprimis huc facit, in mandatario, qui licet ad petitionem alterius gratuiti ſine vllo lucro ſuſcipiat negotium alienum, tamen ex communiſſima ſententia ad diligentiam ſummam tenetur, per *l. in re. 21. C. Mandati.* Apparet ex his, errare eos, qui *d. verſ. ſi modo in fin. huius* §. pro limitatione accipiunt, eumq; ita explicant, (quomodo Hottom. hic) quod tum demum de leuiſſima culpa teneatur negotiorum geſtor, ſi alius diligentior ſe obtulerit: non enim neceſſum eſt, vt alius ſe expreſſe obtulerit, ſed quod præſumitur & creditur alium ſe fuiſſe oblaturum, & negotia ſuſcepturum: & Iuſtin. ſimpliciter affirmat teneri geſtorem ad ſummam diligentiam, quomodo *d. §. 2 quib. mod. re contr. oblig.* aſſeritur aut teneri commodatarium: aut pariter dicendum erit, & hunc non ſimpliciter teneri: quod manifeſto falſum eſt. Et ita *in l. ſi pupilli. 6. §. videamus. 12. de negot. geſt.* In ea quæſtione, an negotiorum geſtor omnia adminiſtrare teneatur, reſponſum eſt, teneri, ſi alius vir diligens id facturus fuiſſet, & qui contemplatione eius ad negotia non acceſſit, quia iam nimirum alium occupaſſe adminiſtrationem videbat, non vero, quaſi etiam expreſſe ſe obtuliſſet.

TEXTVS.

2. Tutores quoque, qui iudicio tutelæ tenentur, non proprie ex contractu obligati eſſe intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur: ſed quia ſane nõ ex maleficio tenentur, quaſi ex contractu teneri videntur. Hoc autem caſu ſunt actiones mutuæ: non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: ſed & contra tutor cum pupillo habet cõtrariã tutelæ, ſi vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem ſuam creditoribus eius obligauerit.

COMMENTARIVS.

TVtor mandatum vniuerſale adminiſtrandi negotia pupilli, quaſi ab ipſa Lege habere videtur: & dum eam adminiſtrationem ſuſcipit, hoc ipſo pupillo cuius bona ſunt, ad reddendas rationes ſe obſtringere cenſetur: in quo huius quaſi contractus eſſentia conſiſtit: ſed quæ omnino deſtituta eſt conuentione expreſſa: quo reſpectu hic Iuſtinianus ait, nullum negotium contrahi inter pupillum & tutorem: ad quod etiam pupillus non eſt perſona idonea. Quod autem quidam afferunt ex *l. 5. in pr. de autor. tut.* pupillum obligari tutori eo autore non poſſe, verum quidem eſt, ſed huc non pertinet: ſed intelligit

Iuſtin.

Iuſtin. ideò non eſſe pupillo obligatum tutorem, quia dum adminiſtrat tutor, nullum cum pupillo negotium gerit: & *in pr. huius* §. de obligando tutore quæritur, non pupillo, de quo *in d. l. 5. de autor. tut.* Pupillus autem iuxta hunc §. tutori obligatur contraria actione tutelæ, *tit. de contr. tut. act.* quam induxit ipſa rei æquitas, & quod tutoris pecunia pupilli res v. c. ſint factæ meliores, vt ita quaſi ex re ipſa actio venire videatur: vt loquitur in ſimili ICtus *in l. furioſus. 46. de oblig. & act.* Notauimus autem *ad §. vlt. ſup. de Attil. tut.* quòd actio tutelæ demum finita tutela competat, ita quidem, vt ea durante, nec omnino nata videatur: quod & gloſſ. hic magis putat, male ab Angel. & ab aliis reprehenſa.

TEXTVS.

3. Item, ſi inter aliquos communis res ſit ſine ſocietate: veluti, quod pariter eis donata legatave eſſet, & alter eorum alteri ideo teneatur communi diuid. iudicio, quod ſolus fructus ex re ea perceperit: aut quod ſocius eius ſolus in eam rem neceſſarias impenſas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus eſſe: quippe nihil inter ſe contraxerunt: ſed quia ex maleficio non tenetur, quaſi ex contractu videtur teneri. Idem iuris eſt de eo, qui cohæredi famil. erciſc. iudicio ex his cauſis obligatus eſt.

COMMENTARIVS.

QVi rem communem habent, vel ex titulo particulari ſiue vniuerſali, veluti hæreditatis, tacite hoc velle videntur, tum vt res ex re communi prouenientes, veluti fructus ſint communes; tum etiam vt res communibus impenſis colatur & conſeruetur: in quo eſt eſſentia huius quaſi contractus. Et proinde ſi quid vnus impendit ſolus, ſi ſolus fructus percepit, ſed & (quod addendum eſt) ex *l. 3. comm. diuid.* ſi quid ſolus damni dedit, eo nomine tenetur, aut ſocium ſi obligatum ſibi habet. Sunt enim & hic mutuæ actiones, vel potius vna vtrimq; & vnicum habens nomen, actio comm. diuid. & inter hæredes familiæ erciſcundæ, & quidem vtrimq; directa: quoniam vtriusq; ſocii, vel qui rem habent communem (ſocii enim magis proprie dicuntur, inter quos ex conuentione expreſſa res communis eſt) vna eſt ratio, & æqualis vtrimq; obligatio: quæ res iuxta ſupra tradita facit, vt vtrimq; cōpetat directa actio. Atq; hactenus ex quaſi cōtractu & perſonales ſunt iſtę actiones, quaſi pro his, quas diximus, præſtationibus perſonalibus competunt: cæteroquin quatenus ſunt pro diuidendis rebus, magis ex dominio & in rem ſunt, de quo agitur *in §. quadam 20. infr. de actionib.* vbi hæ actiones dicuntur eſſe mixtæ, in rem & perſonam. Illud, vt dixi, qua quisve quaſi vindicat rem ſuam, & pro diuiſo petit; hoc, quatenus ſuper impenſis & fructibus competunt, & aliquid dandum intendunt, quæ actionum in perſonam nota eſt, vnde *in l. Item 22. §. pen. famil. erciſc.* iudicium famil. erciſc. ex duobus conſtare dicitur, Rebus & præſtationibus. Ait Iuſtin.

Si res communis ſine ſocietate.] Non quod actioni comm. diuid. non ſit locus, ſi res cōmunis ſit ex ſocietate, & ſcil. expreſſa conuentione (quod refutatur per *l. 2. comm. diui.*) ſed quod tum inter ſocios verus contractus eſt, hic autem de quaſi contractibus agitur.

TEXTVS.

4. Hæres quoque legatorum nomine nam proprie ex contractu obligatus intelligitur (neq; enim cum hærede, neq; cum defuncto vllum negotium legatarius geſſiſſe proprie dici poteſt) & tamen, quia ex maleficio non eſt obligatus, quaſi ex contractu debere intelligitur.

Commentarivs.

QVarta ſpecies quaſi contractuum, eſt aditio hæreditatis. Et indiſtincte dicitur *in l. pupil. 3. §. vlt. qui bus ex cauſ. in poſſ. eatur.* quod hæres adeundo contrahere videatur, ita vt propter hoc etiam creditoribus hæreditatis teneri dicatur *d. §. vlt.* Et id ſuo ſenſu non inepte nec abſurde dicitur, quatenus vna aditione ita in ſe ſuſcipit omnes obligationes, quæ fuerunt in defuncto, quem poſt aditionem repræſentat, & tanquam defunctus iiſdem actionibus, quæ in illum competebant, cõuenitur: & viciſſim, quæ defuncto competebant, exercere ſuo iure poteſt. Atqui alia ratione contrahere dicitur per aditionem hæreditatis cum legatariis, quibus nimirum incipit teneri, non vt repræſentans defunctum ex veteri obligatione, ſed ex noua, quod nimirum dum adit hæreditatem iuxta voluntatem defuncti, ſimul & tacite obligare ſe videtur ad ea, quæ defunctus vltima ſua voluntate voluit & iuſſit præſtari.

Hinc enim inducta eſt hæc tacita conuentio & quaſi contractus, ex quo naſcitur actio ex teſtamento, qua legatarij ſibi relicta perſequuntur, vt vulgo notiſſimum eſt: & hoc ita inducere neceſſum fuit, ne legata perirent, cum alia nulla actione ſuccurri potuiſſet legatariis: quippe, qui vt hic Iuſtinianus ait, nullum negotium (nimirum ſuper re legata) nec cum hærede, nec defuncto contraxerint: quæ poſteriora verba notanda ſunt: quia ex iis intelligimus, ad obligandum hæredem ſufficere, quod negotium cum defuncto eſt geſtum, & iſte obligatus fuit, à quo nimirum obligatio in hæredem tranſit. Ex quo refutantur ij, qui ex hoc quaſi contractu hæreditariis quoque creditoribus hæredem obligari putant: Et his enim, quippe, qui negotium cum defuncto geſſerunt, tenetur eadem obligatione qua defunctus eademque actione: quibus quidem non teneretur, niſi adiiſſet hæreditatem: ſed tamen non tenetur iis, qua aditio facit quaſi contractum, introductum neceſſitatis gratia, ſed quatenus adeundo in ius omne ſuccedit, quod defunctus habuit: quæ repræſentatio non poterat ſufficere ad dandam actionem legatariis, quibus defunctus nullo modo fuit obligatus. Et hinc etiam, vbi tractatur de hoc [illegible] actu, tantum legatariorum fit mentio [illegible] §. 2. *de obl. & act. l. 19. de reg. iur.* & [illegible] contra creditores hæreditarios [illegible] teſtamento, ſed ea datur [illegible] legatariis [illegible] alia eius mater & cauſa dari poteſt [illegible] aditio hæreditatis: & ita diſerte [illegible] nunc §. de actione ex teſtamento explicat, & cum ad ſolos legatarios reſtringit.

T E X T V S.

5. Item is, cui quis per errorem non debitum ſoluit, quaſi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur obligatus proprie ex contractu eſſe, vt ſi certiorem rationem ſequamur, magis (vt ſupra diximus) ex diſtractu quam ex contractu poſſit dici obligatus eſſe. Nam qui ſoluendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, vt diſtrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac ſi mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.

Commentarivs.

1 *Condictio indebiti, vt de proprie nascatur.*
2 *An ſolutio indebiti ſit verus contractus.*

NObiliſſima hæc eſt ſpecies quaſi contractus, de qua extat prolixus *tit. de condict. indeb.* hęc enim eſt actio, & ſcil. condictio indebiti, quã iſte quaſi contractus parit, qui quaſi cõtract⁹, eſt ipſa ſolutio indebiti per errorẽ facta, quoniã qui ſoluit, tacite hoc egiſſe cẽſetur, vt reſtituatur res ſoluta, ſi eam indebitã fuiſſe, poſt apparuerit, *arg. l. 2. de condict. indebit.* in qua conuentione tacita & præſumpta eſt eſſentia huius

huius quaſi contractus, eaque condictionem
1 † indebiti producit. Et quid igitur eſt, quod
ſic ipſum eſt à ICto in *l. ſi quis 5. §. is quoque 3. de O. & Act. Iuſtiniano in h. § & in § 1. ſup. Quib. mod. re contr. obl.* quod hæc condictio ſit magis ex diſtractu quam ex contractu? Equidem in ſolutione indebiti duo ſunt: quod expreſſim agitur, vt diſſoluatur obligatio: & quod præterea tacite conueniri præſumitur, vt quod datum eſt, veritate comperta reſtituatur: quam obligationem tacite naſci præter id quod expreſſe agitur, ait eleganter ICtus in *l. is qui 13 in fin. commodati.* ex ea quæ tacita conuentione eſt condictio indebiti, non autem ex illo quod expreſſe agitur: nam quod ex hypotheſi falſæ obligationis intendit facere ſoluens, vt videlicet diſtrahat obligationem, id nec hilum quidem facit ad conſtituendum hunc quaſi contractum, aut producendam condictionem indebiti: neque ſolutio, qua vt diſtractus, & diſtrahendi negotij cauſa facta, conſideratur, vllam obligationem aut actionem producere poteſt: vt fatendum omnino ſit, paulo pinguius & craſſius diſputaſſe & rem expendiſſe ICtum & Tribonianum ſupra citatis locis, dum condictionem indebiti dicunt eſſe ex diſtractu. Aliam controuerſiam nobis hic mouet Donellus, qui in altero extremo peccans, 13. *comm.* 16. condi-
2 ctionem † indebiti ait naſci ex vero contractu: quem tum citati textus, tum ratio ſolidiſſima confutat, quod omnis contractus verus habet veram & expreſſam conuentionem, vt ex ſpeciebus hactenus enumeratis conſtare poteſt. Et oppido quam ſtramineis argumentis vtitur Donellus. Obiicit 1. quod in §. 1. *ſup. quib. mod. re contr. obl.* ſub veris contractibus hæc materia tractetur. 2. quod ſit eadem vis taciti & expreſſi. 3. quod ſolutione indebiti negotium geri dicatur *l. ſi quis 33. de condict. indeb.* Reſp. & ad 1. id fieri tantum obiter, & ob quædam ſimilia cum mutuo, vt ibidem dictum: hic autem ex profeſſo agitur & plenius. Ad 2. nec ſimpliciter id verum eſſe; nec ratione effectus quidem: & vt quo ad hunc aliquando verum ſit, tamen ſemper eſſe falſum, ratione formæ, quæ vtique alia & alia eſt, pro vt expreſſa aut tacita eſt conuentio: vtcunque & ex hac actio naſcatur: & vt ſæpe diximus, ad verum contractum expreſſa conuentione opus eſt, cæteroquin expreſſa quoque & tacita pacta confunderentur: & frequentiſſima diſtinctio taciti & expreſſi tolleretur. Ad 3. Reſp. falſam eſſe propoſitionem, quod vbicunque negotium eſt, ibi ſit verus contractus. Contractum eſſe concedam: ſed generaliori appellatione contractus & quaſi contractus continentur: qui ſi negotio deſtituerentur penitus contractus non eſſent. Eſt autem hic quaſi contractus *μονόπλευρος*, & tantum ei qui ſoluit, non etiam ei qui accepit, ex eo actio datur. Itaque fruſtra eſt Hottom. qui hunc à quaſi contractibus ſegregare vult, quod qui accipit pecuniam non cogitet de ſe obligando: quia ſatis eſt ex parte ſoluentis ineſſe hanc conuentionem, quæ efficax eſt ad ipſi pariendam actionem, vtcunque ipſe viciſſim non obligetur: quemadmodum qui dat mutuum, vel etiam quamcunque rem, vt ſibi viciſſim quid detur aut fiat, ex hoc ſolo quærit ſibi actionem, quæcunque etiam accipientis ſententia fuerit.

TEXTVS.

6. Ex quibuſdam tamen cauſis repeti non poteſt, quod per errorem nõ debitum ſolutum ſit. Sic namq; definierunt veteres: ex quibus cauſis inficiãdo lis creſcit, ex iis cauſis nõ debitum ſolutum repeti non poſſe: veluti ex L. Aquilia, item ex legato, quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa conſtituta per damnationem cuique legata fuerant. Noſtra autem conſtitutio, cum vnam naturam omnib. legatis & fideicommiſſis indulſit, huiuſmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommiſſis extendi voluit: ſed non omnibus legatariis hoc præbuit, ſed tan-

 tum-

tummodo in iis legatis & fideicommiſſis, quæ ſacroſanctis Eccleſiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ pietatis vel religionis intuitu honorantur relicta ſunt: quæ ſi indebita ſoluantur, non repetuntur.

COMMENTARIVS.

1 *Caſibus quibus ceſſet condictio indebiti.*
2 *Inficiatione cur lis creſcat in duplum.*

PRopoſitio; quod ſoluenti indebitum per errorem, repetitio ſoluti competat, aliquot habet exceptiones. Vna eſt, ſi qui ſoluit naturaliter ſit obligatus. Exceptio eſt, ſi loquamur de debito ciuili: ſed ſi debiti nomen generalius vſurpemus, exceptio reuera non eſt: nam in hac materia vbi de retentione & debiti repetitione loquimur, etiam naturaliter quod debetur, pro debito habetur, & proinde indebitum dici non poteſt. Et igitur qui debet quod etiam pacto nudo promiſerat, repetere ſolutum non poteſt. Hinc etiam eſt, quod verus debitor, licet per ſententiam abſolutus ſit, ſi ſoluerit, repetere non poteſt, quoniam natura debitor manet *l. Iulianus* 60. *de condict. ind.* idq; eſt quod dicitur, naturalem obligationem inhibere ſoluti repetitionem *l naturalis* 10. *de O. & A. l.* 16. §. *vlt. cum l. ſeq. de fideiuſſorib.* Ex quo neceſſario limitanda eſt alia regula, quæ dicit, eum qui exceptione tutus eſt perpetua, ſi ſoluat, repetere *l. qui except.* 40. *in pr. de cond. indeb.* vt nimirum habeat locum, vbi exceptio ſubnixa eſt æquitate & elidit naturalem obligationem, quæ vbi ſubeſt, vi & poteſtate ſua inhibet repetitionem: quod qui non animaduertunt, magnis & multis ſe induunt erroribus: & nos hæc plenius & accuratius in *tract. de action. diſp.* 4. *de condiction.* explicauimus. Procedit illud quod de naturali obligatione diximus, niſi ea per ius ciuile ſit improbata & eneruata. Hinc enim eſt quod pupillus repetit quod ſoluit *l. ...pupillus.* 41. *de condict. indeb.* licet aliquo modo ſit naturaliter obligatus; iuxta notata ad §. *... 9. ſup. de inut. ſtip.* Itemque quod mulier repetit ſolutum ex cauſa fideiuſſionis *d. l.* 40. *de cond. ind.* quia naturalem obligationem SC. tam infirmat *l.* 16. *in f. Ad SC. Vell. l.* 9. *C. eod.* de quo etiam diximus *ſup. de oblig. ...* Hæc de prima exceptione. Altera eſt, ſi ſolutio ſit facta ex cauſa pia & fauorabili, quæ facit, vt citra aliam præcedentem obligationem ſolutio ſuſtineatur & repetitio inhibeatur. Hinc eſt quod ſolutum ex cauſa dotis non repetitur *l. cum is* 32. §. 2. *de condict. indeb.* Huc etiam referri poteſt cauſa tranſactionis, vt lites ne reſuſcitentur, *l. in ſumma* 65. §. 1. *eod. tit.* Cauſa iudicati non recte huc refertur ex *l. Iulianus* 60. *de condict. indeb.* quoniam vt diximus *ſup. de liter. oblig.* cum pro ſententia præſumatur, condemnatus pro mixtim obligato habetur, & cum efficaciter conueniri & exigi poſſit, iure communi ſolutum repetere nequit. Aut an forte hoc ita accipimus, quod ſi quis tamquam ex cauſa iudicati ſoluerit, licet reuera condemnatus ſit, ſolutum repetere non poſſit? Id quidem probabile fit ex eo quod *Paulus* 1. *ſent.* 19. iudicatum refert inter eas cauſas, ex quibus lis contra inficiantem creſcit in duplum, quæ iuxta hunc §. nouam & propriam conſtituunt exceptionem: ita vt ſi aliquis cum non deberet, per errorem aliquid ex his cauſis ſoluerit, non habeat condictionem. Quod abſurdum dictu Hottomanno videtur, vt verbi cauſa, qui non dedit damnum, vel à quo nihil legatum eſt per damnationem, non poſſint condicere, quod ſoluerunt, & ita alter lucrum faciat cum alterius iniuria. Et intelligendum itaque putat, tum iſtud locum habere, vbi non de facto ſed iure quæſtio fuit: veluti cum conſtabat quidem, fuiſſe damnum datum, ſed an iure an iniuria, querebatur. Verum ego Hottom. iſtam ſententiam falſam eſſe non dubito, hoc euidenti argumento, quod qui confitetur ſe feciſſe, & tantum de qualitate diſputat, non poteſt dici inficiari, multo minus poteſt dici quod teneatur in duplum: quo quidem abſurdius dici nihil poſſit, vt qui exceptione ſe defendit, pœnam dupli incurrat: veluti ſi quis ſeruum alienum à ſe occiſum, ſed iure, vtpote ſibi inſidiantem dicat, aut damnum datum eſſe & accidiſſe

citra

citra culpam caſu fortuito, abſurdiſſimum ſit ob exceptiones has quem teneri in duplum; Atquin ita definierunt veteres, vt hic ſcribit Iuſtinianus, vt ex his cauſis repetitio non eſſet, ex quibus propter inficiationem actio creſcebat in duplum: nimirum contra eum qui inficiatus eſſet actionem, vt loquitur Paulus *d.tit.19. lib.1. ſentent. & in l.inde 23. §.pen. Ad L.Aquil.* hæc actio, ait ICtus, contra negantem competit in duplum: quod non niſi de inficiatione facti & ipſius actionis accipi poteſt, quæ dicitur creſcere inficiatione *l.item* 20 §. *cum præd.* 4. *de petit. hered.* Crediderim rationem huius rei petendam ex interrogationibus in iure, quæ inſtitutæ erant, vt probandi difficultate liberaretur actor, hactenus ſaltem vt contra perſonam certam poſſet actionem mouere: *arg.l.qui ſeruum* 20. *in prin. de interrogat. in iur.* itaque LL. certis quibuſdam caſibus, improbitatem negantium coercere voluerunt, intentato metu pœnæ dupli. Ex quo poſtea receptum, vt qui ex his cauſis ſoluiſſet, non repeteret, ſed appellatus & conuentus, ſimplum potius ſoluere maluiſſe præſumeretur, quam negando periculo dupli ſe obſtringere, & ita quaſi de hoc periculo tranſigere. vt recte *Ioh.Fab. & Angel. hic.* præſupponendum autem vtique cenſeo verbi cauſa damnum datum fuiſſe, licet forte non à reo conuento, ſed ab alio datum fuerit: quod & notant Interpp. hic. Quæ autem ratio ſpecialitatis fuerit in legatis per damnationem, non ita perſpicuum eſt. An forte, quod apparet quaſi enixa voluntas teſtantis, qui damnat hæredem, non ſecus ac iudex reum conuictum: ita vt totum in ipſius perſonam conferat: vt magis odioſus ſit, qui hoc genus legati inficiatur: quod Iuſtinianus, qui omnes legatorum formulas, & ipſa fideicommiſſa legatis exæquauit, cum putaret abſurdum eſſe, vt ex cauſa inficiationis omnes actiones legatorum & fideicommiſſorum in duplum creſcerent, legatis ad pias cauſas proprium fecit *h §. & § ſi d furti 26. infr. de action.* ex qua & ob ſolam moram in duplum tenetur legatarius: ex quo per regulam in *prin. h. §.* propoſitam conſequitur, vt indebitum etiam per errorem ſolutum repeti non poſſit. *h. §. in fin.* cum & propria illa ſit ratio & cauſa, pietatis, quæ vt paulo ante diximus, per ſe ſola facit, vt repetitio ceſſet.

AD TITVL. XXIX.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

PER QVAS PERSONAS nobis obligatio adquiritur.

TEXTVS.

Expoſitis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quaſi ex contractu naſcuntur: admonendi ſumus, adquiri nobis non ſolum per noſmetipſos, ſed per eas quoque perſonas, quæ in noſtra poteſtate ſunt: veluti per ſeruos & filios noſtros: vt tamen quod per ſeruos noſtros nobis adquiritur, totum fiat noſtrum: quod autem per liberos quos habemus in poteſtate ex obligatione fuerit acquiſitum, hoc ſecundum imaginem rerum proprietatis & vſusfructus diuidatur, quam noſtra decreuit conſtitutio: vt quod ab actione commodum perueniat, huius vſumfructum quidem habeat pater, proprietas autem ſeruetur filio: ſcil. patre actionem mouente, ſecundum Nou. noſtræ conſtitutionis diuiſionem. Item per liberos homines, & alienos ſeruos, quos bona fide poſſidemus, adquiritur nobis, ſed tantum ex duabus cauſis, id eſt, ſi ex operis ſuis vel ex re noſtra quid adquirant.

Per

Per eum quoque ſeruum, in quo vſumfructum vel vſum habemus, ſimiliter ex duabus iſtis cauſis nobis adquiritur.

COMMENTARIVS.

AD explicationem huius loci ſunt repetenda, quæ diximus *ſup. ad lib. 2. per quas perſ. nob. adq.* Eſt enim fere eadem hic ratio dominij & obligationis. Et nimirum per alios nobis obligatio non adquiritur § *ſi quis alij ſup. de inutil. ſtip.* exceptis his, qui ſunt in noſtra poteſtate, vt ibidem traditum & *in* §. 1. *&* 2. *ſup. per quas perſ. adq.* ex quo huc quoque quoad filium fam. repetenda eſt diſtinctio peculij caſtrenſis aut quaſi, aduentitij & profectitij: Licet autem ex cauſa aduentitij filiofam. quæratur proprietas, actiones tamen habet pater, aut potius, (filius eſt enim habere proprietatem) tantum earum exercitium, vtpote non nudus fructuarius, ſed ſimul legitimus adminiſtrator bonorum: vt tamen ſi filius habilis ſit, conſenſus quoque eius accedat, vt Iuſtin. definiit in *l. vlt. §. vbi autem in 3. C. de bon. quæ lib.* quam hic intelligit per conſtitutionem Nouellam, quoniam poſt Codicem primum lata fuit, vt hic quidem Pacius annotauit, ſed falſo, vt exiſtimo: ſiquidem Codex qui prælectionis repetitæ vocatur, & quo vtimur, compoſitus eſt poſt Inſtitutiones.

Item per liberos.] In *prin. tit.* dixit de his qui in ſolidum noſtri ſunt, qui & omnia nobis adquirunt. Eorum qui non in ſolidum, aut non reuera noſtri ſunt, tres ſpecies hic referuntur 1. liberi homines, quos bona fide pro ſeruis poſſidemus 2. ſerui alieni, quos bona fide pro noſtris poſſidemus 3. ſerui, quorum vſumfructum tantum habemus: quibus ex oppoſito reſpondet ſpecies eorum, in quibus habemus nudam proprietatem. Per priores tres ſpecies adquirimus ea quæ dicuntur eſſe in fructu hominis, quæ ſcil. ex operis eorum & ex re noſtra proueniunt § 3. *&* 4. *ſup. lib. 2. tit. 9. &* §. 1. *&* 2. *h. t.* in quo poſteriori, verba *vel vſum* aut expungenda ſunt, quæ & à quibuſdam abeſſe notat Accurſ. quoniam vſuarius minime idem ius habet quod fructuarius §. 1. *ſup. de vſu & hab.* §. 3 *ſup. lib. 2. tit. 9.* vel alia quærenda interpretatio: nam & Theoph. habet ea verba: & Ruſſard. Contiuſque teſtantur, ea in 12. manuſcriptis exſtare. *Ideo Faber Angel. & alij* reſtringunt hæc ad operas ſerui quas præſtat in re ipſius vſuarij: ſed ſane ita non adquireret diſtinctim Ex re vſuarij & ex operis ſuis. Puto hic inter ſummum ius & æquitatem diſtinguendum, prorſus vt ſupra *ad* §. 1. *de vſu & habit.* notauimus: nimirum vſuarium nec ex frumento nec ex lacte pecorum quidquam ſibi vſurpare poſſe ſummo iure, vt tamen poſſit v. c. modico lacte vti ad neceſſitatem familiæ: itaque ad eundem modum paulo laxius ſeruo vſuario ad neceſſitatem familiæ poterit vti: & proinde comparatio cum fructuario non abſolute, ſed ſecundum quid accipienda erit. Cætera explicata ſunt *ad d. tit. 9. lib. 2.*

TEXTVS.

Communem ſeruum pro dominica parte dominis adquirere, certum eſt: excepto eo, quod nominatim vni ſtipulando, aut per traditionem accipiendo, illi ſoli adquirit: veluti ſi ita ſtipuletur: Titio domino meo dare ſpondes? Sed ſi domini vnius iuſſu ſeruus ſtipulatus fuerit, licet ante dubitabatur, tamen poſt noſtram deciſionem res expedita eſt, vt illi tantum adquiratur, qui hoc ei facere iuſſit, vt ſupra dictum eſt.

COMMENTARIVS.

DE hac re & de ſententia *l. vlt. C. per quas perſ. adq.* ſatis diximus *ſup. ad §. vltim. de ſtipul. ſeru.*

A D

AD TITVLVM XXX. & vltimum.

LIBRI TERTII INſtitutionum,

QVIBVS MODIS TOLLITVR obligatio.

TEXTVS.

Tollitur autem omnis obligatio ſolutione eius, quod debetur, vel ſi conſentiente creditore aliud pro alio ſoluerit. Nec intereſt quis ſoluat: vtrũ ipſe qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio ſoluente, ſiue ſciente ſiue ignorante debitore, vel inuito eo ſolutio fiat. Item ſi reus ſoluerit, etiam ii qui pro eo interuenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, ſi fideiuſſor ſoluerit, non enim ipſe ſolus liberatur, ſed etiam Reus.

COMMENTARIVS.

1 *Duo modi tollendæ obligationis ipſo iure & per except. an recte.*
2 *Solutionis duplex ſignificatio.*
3 *An beneficium detur inuito.*
4 *Ad* l.6. de doli except.
5 *An ſoluente acceſſione, principalis ipſo iuro liberetur, & ad* l.28. Mand.

VVlgo traditur, obligationẽ tolli vel ipſo iure vel per exceptionem: Verum cum de exceptione non quęratur, niſi vbi ad magiſtratum vel iudicem itum eſt, & tum non demum ius nouum naſcatur, ſed illud in quo exceptio fundatur, vel ex quo ſumitur, antea accidiſſe & fuiſſe neceſſum ſit: forte accuratius dicemus, obligationẽ quibuſdam modis tolli & perimi totam, quibuſdam non totam, nec penitus perimi aut tolli. Tota tollitur, cũ vna cum vinculo æquitatis ciuilis quoque nexus perimitur, quod fit omnibus modis qui hoc tit. referuntur. Non autem tota, vbi vinculo æquitatis ſublato obligatio tantum ciuilis manet, nam vt poſt ſublato ciuili vinculo, nuda maneat naturalis obligatio, exemplum & modum nullum ſcio: at illud contingit, ſi pactum de non petendo factum, ſi iuratum ſit, & aliis pluribus modis, quibus caſibus qui in iudicium vocatur, defenditur per exceptionem, vt tractatur *infra de exceptionibus*. Atquin cum ſolutione, acceptilatione &c. etiã tollatur obligatio ex maleficio, poſt abſolutum & maleficiorum tractatum hic titulus collocandus videbatur. An ideo aliud fecit Iuſtin. quod ſatis iam proxlixus videbatur hic liber? vt Baro: (ſed poterat cum lib. ſeq. ponere) An potius quod in obligationibus ex contractu res euidentior eſt, & omnes hi modi in illis habent locum: qua de cauſa etiam in Digeſtis hæc tractatio præcedit materiam delictorum.

Tollitur, inquit Iuſtin. omnis † obligatio, 2
ſolutione eius quod debetur. Solutionis verbum ambiguum eſt: & aliquando ſignificat ipſam diſſolutionem obligationis, quo ſignificatu effectus eſt omnium modorum, qui hic & alibi proponuntur, & ita vſurpatur *in l. ſolutionis 54. de ſolution. iunct. l. ſolutionis 176. de V. S.* Sed *hoc pr.* per ſolutionem intelligit Iuſtin. proprium & ſpecialem modum tollendi obligationem, qui nimirum eſt realis eius quod debetur præſtatio, vt *in l. pen. & paſſim tit. de ſolutionib.* Et iſta præſtatio eius quod debetur eſt vel vera, vel repræſentatiua, quæ dicitur datio in ſolutum, cum volenti creditori, (inuito enim non poteſt,) aliud pro re debita ſoluitur, iuxta textus *in l. 2. §. 1. de reb. cred. h. textu verſ. vel ſi quis l. pecoribus 9. C. de reſcind. vend. l. manifeſt. 17. C. h. t. l. ſi ei 25. de iure dot.* Et ſunt plane ſingulares caſus quibus etiam inuito creditori aliud pro alio ſolui poteſt *in l. ſi domus 71. §. 3. de legat. 1. l. inter 83. §. pen. de v. obl. l. non an pi us 26. §. 2. de legat. 1.* Atque ita ſoluta re de-

Digitized by Google

bita, neceſſario oportet perimi obligationem. 1. Siue ipſe debitor ſoluat, ſiue alius pro eo, etiam ignorante, etiam inuito *hoc textu verſ. liberatur*. & vt apparet, non ope exceptionis demum, ſed ipſo iure ſtatim: quipe cum perinde hic eſſe dicatur ac ſi ipſe debitor ſoluiſſet *h. text. & d. l. 17. C. eod. l. ſoluendo 39. de negot. geſt. l. ſolutione 23. l. ſi pro 40. l. ſoluere 53. h. t.* Hæc enim facit ratio iuris, vt vbi creditor accipit quod eſt in obligatione, neceſſario eam conſumi neceſſe ſit & perimi: vt inepte obiicia-
3 tur † ex *l. inuito 69. de R. I.* quod inuito non detur beneficium: eo ſenſu quo ille apud *Plautum in Trinumm. actu 3. ſcena 2.* nullum beneficium eſſe duco, quod cui facias non placet *Senec. 2. de benef. 19.* Non eſt beneficium, accipere cogi: non eſt beneficium, debere cui nolis. Etenim, vt dixi, conſideratur ratio iuris, non, an beneficium conferatur debitori quamuis ſane ſi conſideremus affectum & animum benefacere volentis, & ipſum commodum, quod effectu alius ſentit, poſſit & dici beneficium, quamuis alter id accipere noluerit: quo ſenſu *Seneca 3. de benefic. 11.* Sæpe beneficium ab eo accipio à quo nolo, & aliquando ignorans obligor. *& 5. de benefic. 20.* non eſt, inquit, dubium, quin beneficium ſit, etiam inuito prodeſſe: quod pluribus tractat *6 de benef. 7. & 8.* Et hactenus ſcil. quo ad effectum diſſoluendi obligationem nihil intereſt, an quis pro volente, iubente, ignorante, aut inuito ſoluat, ſed quo ad ius repetendi plurimum intereſt: quod enim ſolui etiam pro ignorante debitore repeto actione negot. geſt. vbi in debitoris vtilitatem ceſſit ſolutio, quod autem pro inuito & vetante ſoluo, non repeto *l. 6 §. 2. l. ex mandato 20. §. 1. l. ſi pro 40. Mandati l. vlt. C. de negot. geſt.* Itaque vbi ſoluitur pro aliquo, ſemper quidem à creditore liberatur debitor, ſed non ſemper noua obligatione obſtringitur. Ei vero quod diximus, ipſo iure hic contingere liberationem, non obſtat *l. qui opera 6. in fin.*
4 *de doli except.* Species hæc eſt †. Debui Titio decem. Titius idem debebat decem Sempronio, ſoluo Sempronio decem, & reſpondetur quod liberor per exceptionem. Itaque caſus iſte diuerſus eſt à noſtro: neque quæritur ibi an Titius liberetur à Sempronio ipſo iure, quod omnino affirmandum eſt ſi ea mente pecunia data & accepta fuit. Sed an ego ipſo iure liberer à Tito, quod recte negatur, quia alii quam cui debui ſolui. Et hoc ita ſtatui ipſa ratio ſua ſit: quoniam cognita cauſa opus eſt an mihi exceptio danda ſit contra Titium, & an propter hanc exceptionem abſolui debeam. Quid enim ſi Titius contra Sempronium exceptione tutus fuerit? aut quacunque cauſa mea interfuerit non ſolui Sempronio, hic ſane mihi aut exceptio denegabitur, aut replicatione elidetur. Attamen ſi mea interſit ſolutam eſſe pecuniam creditori creditoris mei, v. c. ſi res meæ ſint obligatæ, ſolutione huiuſmodi videtur obligatio ipſo iure tolli, vt notant *Dd. arg. l. ſolutum 11. §. ſolutam 5. de pignor. act.* vbi ſcil. quod addit *Porc. hic* vtrumq; debitum ex eadem cauſa deſcendit. Diximus hoc 1. conſequi per ſolutionem realem, vt etiam alio pro me ſoluente contingat liberatio. Alterum quod inde conſequitur, eſt, vt ſi plures debeant eandem rem vel quantitatem, ſolutione facta omnes liberentur: ſiue plures illi debeant omnes vt rei principales velut duo correi *l. 2. de duob. reis. §. 1. ſup. eod.* ſiue vt principales & acceſſiones, & hoc ſiue ſoluat principalis, ſiue acceſſorie reus: ex quo fit, vt reo & debitore principali ſoluente etiam fideiuſſor, & hoc ſoluente & reus principalis liberetur *h. text. in fin.* vbi tamen ſcrupulum mouet reſponſum Papiniani in *l. Papinianus 28. Mandati.* vbi ICtus ait, ſi qui mandauit pecuniam Titio mutuam dari, ſoluerit pecuniam, non liberari ipſo iure Titium: quoniam mandator ſoluerit ex ſuo mandato, & ſuo nomine. Ad eundem modum dixerit quis, fideiuſſorem ſoluere ſuo nomine, eoque ita reum principalem ipſo iure non liberari. Crediderit fortaſſe quis hoc admittendum, & ſatis eſſe ſi per exceptionem ſaltem liberetur reus principalis: nec neceſſum eſſe, vt omnia de liberatione ipſo iure facta accipiantur: Et ita ſane cum *gloſſ. & aliis* diſtinguit

Digitized by Google

ſtinguit *Angel. hic in fin.* quod ſi ex duobus æque principaliter obligatis vnus ſoluat, tota ipſo iure perimatur obligatio, ſed ſi acceſſorie obligatus ſoluat, intelligatur ſoluere pro ſua obligatione, ideoque reus principalis maneat ipſo iure obligatus, defendatur autem per exceptionem, ne creditor bis idem conſequatur: quod etiam poſt *Dynum Faber hic* probat, vt in dubio cenſeatur acceſſorie obligatus ſuo nomine ſoluiſſe, & proinde maneat ipſo iure principalis obligatus, quod ſi enim expreſſe ſoluerit acceſſio pro principali, cum tunc vtique ipſo iure liberari, ſed aut ego valde fallor, aut ſpecialis in mandatore ratio eſt iuxta *d.l.28. Mandati, & l. Stichum 95. §. ſi mandatum 10. de ſolution.* Nimirum fideiuſſores eandem obligationem ſubeunt quam reus principalis, & quod alius debet, idem ipſi fide ſua eſſe iubent: eoque ſi fideiuſſor ſoluerit, omnino dixerim ipſo iure liberari ipſum Reum iuxta hunc text. qui ſine vitio non poteſt hactenus reſtringi, vt liberatio contingat tantum per exceptionem: ſiquidem quod iuris Reo ſoluente ſtatuitur, vt liberetur fideiuſſor, idē ſtatuitur in caſu contrario: & igitur liberatio eodem modo contingere dicenda eſt, & toto *h. t.* agitur de modis finiendi obligationem ipſo iure. Atquin mandati alia ratio eſt, quod nihil plane habet commune cum contractu principali altero, quo v. c. quis iuxta mandatum meum pecuniam Titio mutuam dedit: itaque niſi expreſſum dixero me ſoluere pro Titio, obligatio ea manebit in ſuo ſtatu. Et hoc confirmatur ex *d.l.95. §.10.h.t.* vbi hic caſus comparatur cum eo, quo pupillus autore tutore pecuniam Titio mutuam dedit: habet enim pupillus duos obligatos ex diuerſis plane cauſis, tutorem pro indemnitate ex cauſa tutelæ, & Titium ex cauſa mutui; eoque ſi tutor iudicio tutelæ condemnatus ſatisfecit, manet actio pupillo ipſo iure integra contra Titium, quam ob id etiam licet ſolutione facta tutori ſuo cedere poteſt.

TEXTVS.

1. Item per acceptilationem obligatio tollitur. Eſt autem acceptilatio imaginaria ſolutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id ſi velit Titius remittere poterit ſic fieri, vt patiatur debitorem dicere hæc verba. Quod ego tibi promiſi habeſne acceptum? & Titius reſpondeat, habeo, ſed & Græce poteſt acceptilatio fieri, dummodo ſic fiat, vt verbis Latinis ſolet exigi, ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere, vt diximus, tantum eæ ſoluuntur obligationes, quæ ex verbis conſiſtunt, non etiam cæteræ. Conſentaneum enim viſum eſt, obligationem verbis factam, aliis verbis poſſe diſſolui. Sed & id quod ex alia cauſa debetur, poteſt in ſtipulationem deduci, & per acceptilationem diſſolui. Sicut autem quod debetur, recte pro parte ſoluitur, ita in parte debiti acceptilatio fieri poteſt. Eſt autem prodita ſtipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, vt omnium rerum obligatio in ſtipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renouat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita compoſita eſt. Quidquid te mihi ex quacunque cauſa facere dare oportet oportebitve, pręſens in diemve, aut ſub conditione, quarumcunque rerum tecum mihi actio eſt, quæq; aduerſus te petitio, vel aduerſus te perſecutio eſt, eritve, quodve

Digitized by Google

meum tu habes tenes, poſſides, doloue male feciſti, quo minus poſſideas: quanti quæque earum rerum erit, tantam pecuniam dari ſtipulatus eſt Aulus Augerius, ſpopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Aug. ſpopondit, id haberetne à ſe acceptum Numerius Nigidius Aulum Augerium rogauit. Aulus Augerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

Commentarivs.

1 *Quomodo acceptilatio dicatur eſſe iuris gentium ad* l. 8. §. vlt. de acceptilat.

2 *Diſtinctio acceptilationis in ſimplicem & Aquilianam, confutata.*

3 *Cur contractus ex conſenſu, non poſſint recta ita tolli.*

4 *De ſolutione & acceptilatione partis.*

SOlutio eſt vel vera, de qua *in princ. tit.* vel ficta ſiue imaginaria: cum nihil ſoluit & reuera præſtat debitor, perinde tamen liberatur, ac ſi pecuniam numeraſſet, quod contingit per acceptilationem, quæ nihil alud eſt: quam debiti ſtipulati facta remiſſio, vt ex formula *in princ. huius text.* Latine & Græce ſubiecta patet. Poteſt enim & Græce fieri acceptilatio, ſicut & ſtipulatio §. 2. *ſup. de verb. obl.* adeoque non placet quod hic Hottom. ideo acceptilationem iuris gentium diciait, *in l. an inutilis 8. §. vlt. de accept.* quod etiam peregrina lingua fieri poſſit: Ita enim & ſtipulatio dicenda eſſet iuris gentium. Nec etiam conuenire videtur cum ſententia ICti, quod alii ita id accipiunt, eſſe & dici acceptilationem iuris gentium, quoniam per formulam & rationem inuentam à Gallo Aquilio inuenta ſit ratio, vt omnes obligationes poſſint tolli per acceptilationem. Nam hac ratione idem eſſet dicendum de ſtipulatione: quæ & ipſa omnibus obligationibus accedit: quæ autem eſt in ſtipulatione qua obligamur, ratio obligandi, eadem in acceptilatione eſt ratio ſoluendi: tum vero formula Galli eſt ſtipulatio, qua primo contrahitur obligatio, quam demum ſecuta acceptilatio in qua nihil mutatum eſt, tollit obligationes, quæ per ſtipulationem nouatæ fuerunt. Magis videtur conuenire ſententiæ ICti, vt ideo dicatur acceptilatio iuris gentium, quod ii quoque qui iure naturali vel gentium, non etiam ciuili obligantur, poſſunt per eam liberari, veluti ſeruus, de quo nominatim agitur *in d. l. 8. §. vlt.* Et tamen nulla explicatio efficiet, vt non fatendum ſit, improprie dictum eſſe à ICto, hoc nos iure vti, vt iuris gentium ſit acceptilatio: quoniam an aliquis actus & contractus ſit iuris gentium, nec ne, pendet ex ipſius natura & originaria forma, non ex vſu iuris: & nouum non eſt, vt paulo inaccuratius loquantur & diſputent ICti.

Quo genere tantum ea.] Obligatio per acceptilationem tollitur aut immediate, aut mediate. Illo modo tantum tolluntur obligationes verbis contractæ *h. text. d. l. 8. §. penult. de acceptilat. iuncta l. pen. de ſolut. & l. prout 80. eod.* Cæteræ tolluntur mediate: vt nimirum prius transfundantur in obligationem verborum per ſtipulationis formulam, quam Aquilius concepit: *l. 4. de tranſact.* idque hic docet Iuſtin. in *verſ. ſed & id.* qui & mox ipſam ſtipulationis Aquilianæ formulam ita vt ab Aquilio concepta fuerat, proponit *in §. Eſt autem.* quæ fere extat *in l. & ab vno 18. de acceptilat.* eo modo quo qui ex plurimis etiam obligationibus tenebatur altero, vna quaſi ſtipulatione & conceptione, omnes poſſet nouare, ne ſingulis & ſæpius repetitis ſtipulationibus eſſet opus: cæteroquin nec dubitari poteſt, quin in ſtipulationem Aquilianam, quod ex vna cauſa tantum debebatur, recte deductum, & per ſequẽtem acceptilationem ſublatum fuerit. Ex quibus apparet q̃ parum ſint ſubtiles, qui duplicem faciunt acceptilationem,

ſtionē, alteram ſimplicem, alteram Aquilianam; nulla enim eſt Aquiliana acceptilatio, ſed eſt Aquiliana ſtipulatio, per quam nō diſſoluitur ſed contrahitur verborum obligatio quæ demum diſſoluitur per acceptilationem quæ tantum vnica eſt. Illud, aut dubium, aut
3 mirum videri alicui poſſit, † cur non obligationes nudo conſenſu contractæ poſſint tolli ipſo iure, citra nouationem, per acceptilationem: cum vtiq; acceptilatio conſtet conſenſu & iſtæ obligationes nudo contrario conſenſu ſiue diſſenſu tollantur; maxime cum etiam inutilis acceptilatio effectū pacti habeat *l. an inutilis 8 in princip. de acceptil.* & obligationes ſolo conſenſu conſtantes etiam nudo pacto diſſoluantur, vt ad *§. vltim. h. t.* dicemus: & quod poteſt fieri per id quod minus eſt, poterit & fieri per id quod plus eſt. Equidem quod dicitur de iſtis contractibus pacto nudo diſſoluendis, pertinet ad caſum, quo etiamnum vtrimq; res integra eſt. Quod ſi enim res tradita fuerit, emptor, qui precium debet, per nudum pactum ab obligatione ſua ipſo iure liberari non poterit. Atquin acceptilatio non eſt modus, quo vtrimq; ſimul perimatur obligatio, ſed ab vna parte tantum. Et itaque ſi iſtud accommodemus ad quæſtionem noſtrā, oporteret, vtrimq; factam acceptilationē eſſe; vt & venditor à precij obligatione emptorem, & emptor ab obligatione ad rem, liberet venditorem. Hoc autem cum fieri non poſſit vt diximus eo modo, quo per pactum abitur ab emptione, ita vt ſimul vterque, ſi placuit vt res ſit inēpta, liberetur ab obligatione, fit inde, vt acceptilatio cum pacto hac in re male conferatur, & imo pacti maior ſit vis. Quod ſi vtrimq; factāacceptilationem proponas, ne ipſo iure citra nouationem poſſit contingere liberatio, hæc meo iudicio ſubtilis ratio facit: quod dum v.c. per acceptilationem liberatur emptor, adhuc eſt obligatus venditor: quomodo vt diximus, per pactum ipſo iure obligatio diſſolui non poteſt, nec μονοπλεύρως, ſed tantum vt exceptio naſcatur, quæ etiam hoc caſu cōpetit, vbi acceptilatio facta eſt, quippe ideo inutilis, quod nō ſuper obligatione verborum concepta fuit. Sed iſtud obiter. Iam verba Aquilianæ ſtipulationis excutiamus. Ait Iuſtinianus

Quidquid ex quacunque cauſa.] Modo ciuili, ſiue ex contractu, vel quaſi, ſiue maleficio, vel quaſi; quin & naturalem obligationem nouari poſſe oſtendimus ſup. ad *tit. de Obligat.*

Dare facere.] Innuit diuiſionem obligationum, in dandi & faciendi, ex quibus cauſis fere condictiones competunt; de *quo inf. de actionib.*

Oportet oportebitue.] Potuerat ſufficere *oportebit*, quo etiam præſens tempus ſignificari ait ICtus in *l. verbum 8. de V. Sign.* Sed placuit Gallo hæc diſtinctim & vtrumq; verbum præſentis & futuri temporis ponere, vt tanto accuratior eſſet formula, nec occaſio cauillandi. Itaque explicatur hoc ex mox ſeqq. *præſens in diem, aut ſub conditione, & oportet.* refertur ad præſens debitum, *oportebit* ad illud quod ex die, aut ſub conditione debetur. Male enim verbo, *aut ſub conditione* omiſit Holoander, quę in omnibus manuſcriptis exſtare teſtantur *Ruſſardus & Contius.* Neque propterea ſpuria habenda ſunt, quod ea à Theophilo & Iuriſconſulto in *l. & ab vno 18. §. de acceptil.* ſunt omiſſa. Nec quidquam mouet, quod negatur acceptilatio fieri poſſe ſub conditione *l. actus 77. de R. I. l. 4. de accept.* vel quoniā nihilominus, ſub cōditione debitum acceptio ferri poteſt, *l. quod in diem 12. de acceptilat. l. ſub conditione 16. de ſolution.* vel potius quoniam ſtipulatio Aquiliana non eſt acceptilatio, ſed nouatio eſt, neque vero eſt dubium, quin debitum conditionale nouari, quin & nouatio ſub conditione fieri poſſit *l. ſi ſub 21. de accept. l. quoties 14. in pr. & §. 1. de nouationib.*

Quarum rerum mihi tecum actio.] Latius hoc patet, quam illa ex *qua cauſa dare facere* quæ vt diximus, formula eſt condictionum; non aliarum actionum in perſonam, veluti, ex depoſito, commodato, pignoratitiæ, &c. itaq; hoc ſubnectendum fuit, vt ſtipulatio omni obligationi & actioni eſſet apta.

Quæque aduerſus te petitio.] Adhuc latius patet

ita formula; vel potius ita quoq; quod reali actione perſequi poſſum, cõprehendit, actionis enim verbo, in ſpecie quæ in perſonam eſt, petitionis, actio in rem ſignificari ſolet *l. actio 28. de Obl. & act.*

Vel perſecutio.] Hoc verbo quæ extra ordinem prætoria cognitione expediebantur, deſignari ſolent *dict. l. 28. l. pecuniæ 178. de V. S.* Nihil ergo omiſſum voluit Aquilius.

Eſt eritue.] Sicut paulo ante, *oportet, oportebitue.* Curioſi & pene ſuperſtitioſi in formulis veteres fuerunt.

Quod meum, habes, tenes, poſſides.] Id quoq; ad ſcrupuloſitatem formularum refero: quoniã inter iſta ſatis accurata diſtinctio vix afferri, & minime omnium perpetua poteſt. Pluribus vti voluit verbis Gallus, ne quæ cauſa eius formulam effugere poſſet. Alioquin verbum *tenere* generalius eſt, ſpecialius autem poſſidere, in quo plus eſt, hactenus, qua eſt ſpecies detentionis; cum tenere magis factum, poſſidere etiam ius ſignificet *l. poſſeſſio 49. §. 1. de adquir. poſſeſſ.* prorſus veriſſime hic, ait Hottomann. iſta non neceſſitatis, ſed cautionis & diligentiæ eſſe; nam iam ante dixerat, *quaque petitio.* quo verbo diximus, ſignificari actionem in rem, qua perſequor quod meum eſt; aut an Gallus non tantum remedia petitoria, ſed etiam poſſeſſoria his verbis innuere voluit?

Dolo malo feciſti quo minus.] Regula quidem iuris eſt, quod dolus ſit pro poſſeſſione, & qui dolo deſijt poſſidere, vtili actione perinde teneatur ac ſi adhuc poſſideret *l. parem 150. l. ad ea 157. de R. I.* Sed tamen reuera cũ non poſſideat, hoc quoq; addere viſum fuit Aquilio.

Quod Numerius.] Hacten⁹ fuit ſtipulatio per quam fit obligationum nouatio; ſequitur his verbis acceptilatio. Et ita vt poſt verba, *ſpoſpondit Numerius Nigidius*, ſtatim ſequatur, *Quod Numerius*, ediderunt fere Neoterici omnes, ex *l. 18. de acceptilation.* Veteres tamen libri & excuſi & manuſcripti diſerte addunt & præmittunt verba: *Item ex diuerſo*, quæ ſane magis perſpicuam faciunt diuerſitatem ſtipulationis ab acceptilatione; nec video cur improbare debeamus, nec neceſſum fuit, vt Tribonianus omnino ſubſequeretur verba Iuriſconſulti in *dict. leg. 18.* quinimo nec inde deſcripta videatur: cũ hoc loco longe plenior ſit formula Galli quam in *d. l. 18.* Addunt ijdem libri veteres, *per hanc Aquilianam ſtipulationem.* Sed Hottomann. putat non ita ineptum fuiſſe Aquilium, vt nomen ſuum ſtipulationi inſertum voluerit. Quod quare ineptum ſit, ego non animaduerto. Sed & in extremo aliter habent illi libri: *quidquid tibi ſpoſpondi, habes ne acceptum. Reſpondit Agerius habeo, acceptumq; tuli*, & eius lectionis manuſcriptos ſuos autores laudat Contius: & imo omnes ita habere teſtis eſt Ruſſard. eundemq; veterum librorum autoritate confirmat Cuiac. eundemq; repræſentat Theoph. Et quid igitur nugamur, & ab ea diſcedimus? Nullam aliam cauſam video, niſi pruritum nouandi.

Supereſt in contextu quem propoſuimus (hæc enim coniunctim explicanda fuerunt) quod in *fin.* §. 1. ſcribit Iuſtinianus, ſicut quod debetur, pro parte ſoluitur recte; ita in parte debiti acceptilationem fieri poſſe: vtrumque eget aliqua explicatione. Nimirum quod iuris eſt totius quo ad totum, idem eſt in parte quo ad partem. Cum itaq; ſolutione omnis eius & totius, quod debetur, tollatur tota obligatio, vt *in pr.* dictum eſt, tolletur ea pro parte, vbi pars debiti ſoluta eſt; & conſequenter cum acceptilatio ſit quædam ſpecies ſolutionis, in dubio etiam partem debiti accepto ferri poſſe admittemus. Hic nimirũ eſt effectus particularis ſolutionis, ſed quæ rite facta ſit, & admiſſa à creditore. Recte enim communiter ſtatuitur, particularem ſolutionem inuito creditori obtrudi non poſſe; quod præter textum expreſſum in *leg. tutor 41. §. 1. de vſuris*, probat ſolida ratio, quod obligationis in ſolidũ conſtitutæ conditio inuito creditore mutari non poteſt; nec per particularem ſolutionem quæ non pauca incommoda habet, conditio iniqua creditori inferri debet; & facit, quod plures hæredes vnius debitoris, poſſunt ſinguli ſoluere partes, quoniam poteſtate L. 12. tabb. obligatio ipſo iure inter eos diuiſa eſt *l.*

2. §.

Digitized by Google

2. §. *vltim. l. 4. in pr. hæredes 25. §. 1 fam. erc.* quæ diuiſio nulla eſt in perſona ipſius debitoris. Et fatendum eſt hactenus poteſtate iuris mutari, vel alterari obligationem in perſona hæredum, quæ in ceteris manet integra *l. 2. §. 5. de Verb. Oblig.* Nec obſtat *l. quidam 25, de reb. cred.* hoc enim pertinet ad officium magiſtratus, cui aliquando cognita cauſa licet decernere, (maxime ſi debitor pauper & debitum nõ totum liquidum ſit) vt creditor partem debiti accipere cogatur. Ineptius obiicitur *l. vlt. quib. mod. pign. ſolu.* vbi agitur de pluribus debitis, & ex diuerſis cauſis, quæ ſingula cum per ſe & ſeorſim contracta ſint, ſingula etiam creditori, & ſingula ſcil. integra recte ſoluuntur. Et igitur recte pars ſoluitur creditori conſentiẽti. Omnis autem partis mentio & præſtatio præſupponit diuiſionem; itaq; in ijs quæ ſunt indiuidua, veluti facta, aut res incorporales, non habet quæſtio hæc locum, quoniam iſta recipere partis præſtationem & ſolutionem admittere non poſſunt *l. 2. §. 1. de V. Obl.* Diuiduorum autem duo genera ſunt: Alterum eorum, quę corpore quoq; recipiunt diuiſionem actualem, ita vt parte ſoluta protinus etiam perimatur pro parte obligatio, cuiuſmodi ſunt, quæ in quantitate conſiſtunt. Alterũ eorum, quæ ſi in partes diuiſas & corpore diſtinctas ſeparantur, pereunt; ſed diuiſionem recipiunt intellectualem, veluti, homo, equ⁹, quę plurium communia eſſe poſſunt, ita vt in illis plures, ſed pro indiuiſo & intellectu partes habeant *d. l. 2. §. 1. de V. Obl.* in quibus ita res ſeſe habet, vt ſi debitor creditori ſoluerit hominis v. c. partem, quem ſc. cum alio habebat cõmunem, pro parte obligatio ſtatim nõ ſoluatur, ſed fit liberatio in ſuſpenſo, ita vt ſi poſt eiuſdem hominis in indiuiduo pars altera ſoluatur, iam retro pro parte intelligatur contigiſſe liberatio, *l. 9. §. 1. in f. de ſolution.* ſin ali⁹ homo ſoluatur, partis ſolutæ in alio homine, tãquam ſi ea ſolutione nihil fuiſſet actum, ſit cõdictio *d. l. 2. §. 1. de V. O. l. ſi non 26. §. pen. de cond. indeb.* Et hoc ideo ſtatutum fuit, ne alias creditor, qui vnum indiuiduum in ſolidum habere voluit, partes in plurib. ſeruis, & ita cum alijs communes, cogatur accipere, vt docet *l. in executione 85. §. 4. de V. Obl.* Quæ ratio vbi ceſſat, ceſſat etiam diſpoſitio: ceſſat autem in ſolutione ficta, quæ fit per acceptilationem, & adeo per remiſſionem; ideoque pars hominis recte accepto fertur, vt ſtatim pro parte contingat debitori liberatio, & in altera parte obligatio conſiſtat ſola; remiſſio enim facit vt perinde ſit, ac ſi ab initio pars tantum hominis debita fuiſſet: quæ ſententia eſt & ratio *l. qui hominem 17. de acceptilation.* Atque hæc rurſum ita ſe habent, vbi homo fuit promiſſus in genere; nam ſi homo fuerit debitus in ſpecie & indiuiduo, obligatio parte hominis ſoluta, pro parte extinguitur ſtatim, quoniam ſcil. in eodem homine, vel eiuſdem hominis partem in ſpecie eadem debitor ſoluere obligatus eſt, nec partem ſoluendo in alio homine liberari poteſt, quod docet *l. ſtipulatus 9. §. 1. de ſolution.* vbi nominatim iſta differentia inter hominem in genere & in ſpecie debitum proponitur.

TEXTVS.

2. Præterea nouatione tollitur obligatio: veluti ſi id quod tibi Seius debebat, à Titio dari ſtipulatus ſis. Nam interuẽtu nouæ perſonæ noua naſcitur obligatio, & prima tollitur, translata in poſteriorem: adeo vt interdum, licet poſterior ſtipulatio inutilis ſit, tamẽ prima tollatur iure nouationis: veluti ſi id quod tu Titio debes, à pupillo ſine tutoris autoritate ſtipulatus fuerit; quo caſu res amittitur; nam & prior debitor liberatur, & obligatio poſterior nulla eſt. Non idem iuris eſt, ſi à ſeruo quis fuerit ſtipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac ſi poſtea nullus ſtipulatus fuiſſet. Sed ſi eadem perſona ſit, à qua poſtea ſtipuleris, ita demum nouatio fit, ſi in poſteriori ſtipulatione quid noui ſit, forte ſi conditio, aut dies, aut fideiuſſor adiiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, ſi conditio

Digitized by Google

adiiciatur, nouationem fieri, ſic oportet intelligi, vt ita dicamus factam nouationem, ſi conditio extiterit, alioqui ſi defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidẽ inter veteres conſtabat, tunc nouationem fieri, cũ nouãdi animo in ſecũdam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando nouandi animo videretur hoc fieri; & quaſdam de hoc præſumptiones alij in alijs caſib. introducebant; ideo noſtra proceſſit cõſtitutio, quæ apertiſſime definiuit, tunc ſolum nouationem fieri prioris obligationis, quoties hoc ipſum inter contrahẽtes expreſſum fuerit, quod propter nouationem prioris obligationis conuenerunt; alioquin & priſtinam obligationem monere, & ſecundam ei accedere, vt maneat ex vtraque cauſa obligatio, ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionẽ, quam licet ex ipſius lectione apertius cognoſcere.

COMMENTARIVS.

1 *Cur per nouationem tollantur obligationes etiam non verbis contracta.*
2 *Delegatio quid.*
3 *Nouatio per litis conteſtationem, n. 6.*
4 *Cur defenſor etiam cum mandato cogatur ſatisdare.*
5 *Iudicij acceptione qualis contingat liberatio.*
7 *De nouatione facta per pupillum.*
8 *De nouatione facta per ſeruum.*
9 *An hodie ex coniecturis inducatur nouatio.*

OBligatio aliquando ita tollitur, vt nihil plane ex ea ſuperſit; aliquando ita, vt alia in eius locum ſubrogetur, quod fit per nouationem *l. 1. h. t.* ita vt veſtigium nullum prioris ſuperſit, & nimirum ſi quæ priori obligationi ſit adiuncta hypotheca, aut adiecta pœna, iſta quoq; perimãtur, & mora ante ex cauſa prioris obligationis cõtracta nulla amplius ſit, & ea cum omnibus ſuis effectibus tollatur *l. ſi creditor* 15. *l. nouatione* 18. *l. emptor.* 27. *de nouat.* Nec dubitari poteſt, quin ita ipſo iure prior obligatio tollatur. Cui non obſtat *l. pen. de prætor. ſtipul.* quoniam prætoriæ ſtipulationes nõ ex voluntate partium, ſed autoritate magiſtratus interponuntur, itaq; exceptione opus eſt, quomodo & reſponderi poteſt, ad *l. 4. §. Labeo 7. de except. doli*, vbi iudicis iuſſu ſatisdatur, ſed & amplius homo non ex obligatione aliqua, ſed iure dominij petitus fuit. Et per hũc modum quaſuis obligationes etiam re & cõſenſu conſtantes, etiam naturales tantum, tolli & transfundi, ſcribit ICtus *in l. 1. §. 1 h. t.* Contra quam ſententiam ita diſputari poſſit, ſi per
acceptilationem tantũ† tolluntur obligatio- 1
nes verbis contractæ: ergo etiam per nouationem. At verum prius, vt dictum ad §. 1. *h. t.* Ergo, &c. Connexi ratio eſt, quia eadem videtur ratio eſſe in totum perimendæ obligationis, quæ eſt obligationis transmutãdæ, quod ipſum non fit ſine peremptione prioris obligationis, & vtraq; tum acceptilatio tum nouatio fiunt per ſtipulationem; & quidem ſolã ſtipulationem; & errat procul dubio Bart. quem refert & ſequitur *Angel. hic*, quod etiam per mandatum fiat nouatio. Nec iuuat ipſum *l. ſi mandatu* 45. *vlt. h. t.* ibi enim, quod gloſſ. notat, intelligitur ex mandatu fideiuſſoris quis egiſſe cum reo, vt in *pr.* §. proponitur, & ita dũ ſuſcepit iudicium quis, liberatur alter vt mox dicemus, & confertur ille caſus cum eo quo quis mandatu ipſius debitoris & periculo ſtipulatus eſt ab alio; vbi itidem non ex mandatu, ſed per ſtipulationem ſecutam ſit nouatio. Nec quidquam poſſit dici abſurdius, quam mandatu fideiuſſoris ſimplici, vt agat creditor cum Reo, hunc liberari. Accidit tamen in contractibus, qui nudo conſenſu perficiũtur, vt pactum nudum diſſoluat contractum & nouam ſpeciem eiuſdem generis contractus conſtituat *l. pacta 72. de contr. empt. l. 7. §. adeo C. de pactis.* Sed vt redeamus ad rem noſtram, exiſtimo plane potuiſſe hunc effectum tribui acceptionem-

cepti-

Digitized by Google

ceptilationi, vt per eam quæcunque etiam re contracta obligatio tolleretur. Sed ICti pleraque ſubtilius & ſcrupuloſius exigentes putarunt, acceptilationem non eſſe ſatis habilem per quam liberari poſſet, qui obligatus eſt re ipſa: ſiquidem acceptilatio eſt ſimplex remiſſio debiti, ſed nouatio effectu non liberat debitorem. Sed alio eum vinculo inuoluit, ex quo non minus efficax quam ex præcedēte reſt actio. Et poſtquam recepta quin ei fini inuenta fere eſt ſtipulatio, vt alijs obligationibus quibuſcunq; firmandis adhiberetur, placuit etiam vtilem eam eſſe obligationibus quibuſuis, transferendis. Et fit nouatio vel manentibus iiſdem perſonis, & debitoris, & creditoris: vel mutata perſona debitoris. Priori caſu oportet noui aliquid adiici, *h. §. verſ. ſed ſi eadem* quod ego omnino intelligendum puto, ſi prior quoque obligatio ſtipulatione conſtituta ſit: Ceteroquin nihil impedire puto, quo minus v.c. quod ex mutuo, aut aliunde debetur, per ſtipulationē nouetur, & in verborum obligationem deducatur *arg. l. 6. & 7. de nouat. l. 3. §. 1. de act. empt. l. ſi ſtipulat. in pr. verſ. verum de vſuris*, & hoc diſerte hic monuit Theophilus: poſteriori caſu fit nouatio, dum alius in locū prioris debitoris liberati ſuccedit, veluti ſi Titius creditori per nouationem ꝓmittat, quod ſecus ei debebat, in *pr. h. §.* ſiue hoc faciat Titius vltro, ſiue ex mādatu Seij debitoris, ſicut n. fideiubere poteſt quis pro aliquo, aut ſoluere, aut mandante debitore, aut etiam vltro, ſiue animo negotia gerendi, ſiue animo donādi, ꝙ tum præſumitur vbi pro inuito id fit: ita quoq; promittere poteſt animo nouandi, (ita vt prior obligatio perimatur,) vel vltro, etiam pro nolente *l. ſi Stichum 8. in f. de nouat.* vel mandante debitore, qui modus nouandi in ſpeciē
2 dicitur † delegatio, per metonymiā cauſæ & effect⁹, quoniā delegare nil aliud hic eſt, quā mādare, dū alium delego volenti creditori, & ipſi mando, vt ipſe promittat, ꝙ ego debeo, & in ſumma delegare hic ſignificat, vice ſua aliū reum dare creditori, qui, vt *ſup. ad tit. de fideiuſſ.* diximus, ſolet appellari expromiſſor. Ex quib. apparet, non ſatis accurate & præcipue diſtingui nouationem, ꝙ alia ſit in ſpecie dicta nouatio, alia delegatio, quoniā quando quis ſine delegatione & mandatu debitoris, ſuſcepit ipſius obligationem, eadem natura & eſſentia eſt, ac ſi id feciſſet mandatu debitoris: ſicut eadem eſt eſſentia fideiuſſionis, ſiue quis mandante debitore ſiue ſine mandato intercedat. Et igitur ita opponēdæ ſunt ſpecies, quod nouatio fit, aut manente eadem ſpecie debitoris & eodē debitore, aut mutato debitore, quod fit, ſiue quis vltro ſiue debitore mandāte eius obligationem expromittendo ſuſcipiat. Atq; hæc poteſt dici κατ' ἐξοχὴν nouatio vbi interuenit ſtipulatio. Generalius autem loquendo hæc eſt nouationis ſpecies: & nouatio in genere accepta † diſtinguēda eſt, ꝙ alia fiat per ſti- 3
pulationem, alia per litis conteſtationem, q̄ Dd. vulgo vocant acceſſoriam; & nimis ſcrupuloſi ſunt in verbis, qui non poſſunt ferre, vt ita appelletur; Et imo enim iure noſtro, etiam per litis cōteſtationem fit nouatio, & hoc rurſus, ſiue manente eadem perſona, ſiue mutata perſona. Illud, ſi ipſe reus litem conteſtetur & ſuſcipiat nomine proprio; hoc ſi alius eius nomine: & hic iterum ſiue faciat ex mandatu Rei quo reſpectu dicitur per litis conteſtationem fieri delegatio *l. delegare 11. §. 1. de nouat.* ſiue ſine mandato, imo etiamſi nolente Reo *l. ſolutione 23. de ſolution.* vbi dicitur, liberari reum & ignorantem & inuitum ſi alius pro eo iudicium accipiat; & in *l. ſi pro eo §. 1. de in rem verſo.* liberari patrem, ſi filius pro eo, vt defenſor iudicium ſuſceperit; ita vt defenſor talis (niſi pro inuito id fecerit) habeat regreſſum contra debitorē *l. qui ſeruum 20. de interrogat. in iur.* Neque ita infertur iniqua conditio creditori actori, quia nemo poteſt ſuſcipere iudicium nomine alieno, niſi idoneæ & ſatiſdato de iudicando ſoluendo caueat *§. ſi vero 5. inf. de ſatiſdat. l. minor. 51. §. 1. cum ll. ſeqq. de procuratorib.* Et hinc, quod † nimirum dum alius ſuſcipit iudicium, reus libe- 4
ratur, eſt, ꝙ etiam, qui ex mandato aliū defendit, tamen de iudicato ſoluendo ſatiſdare tenetur *l. vn. in f. C. de ſatiſdando.* Non tantum autem hic comparationem ſolutionis & iudicij acceptionis, quæ fit in *d. l. 23. de ſolution.* eſſe nō

Digitized by Google

abſolutam, ſed ſecundum quid; nam per ſo-
5 lutionem quidem tollitur † obligatio debitoris ipſo iure, ſed per iudicij acceptionem licet condemnatio ſecuta ſit, tollitur tantũ per exceptionem, vt probat expreſſius textus in *l. qui ſeruum 20 de interrogat.* & confirmat hæc ratio, quod non poteſt plus operari acceptio iudicij, quam alius facit nomine debitoris, quam acceptio iudicij, quam ipſe nomine ſuo facit debitor, atqui nec hoc caſu obligationem & actionem priorem tolli ipſo iure, ſed etiamnum ſupereſſe, communiter ſtatuunt Dd. qui hanc nouationem vocant cumulatiuam, eoque adducunt quod in *l. aliam 29. §. 1. de nouationib.* vbi prioris obligationis qualitates ſuperſtites, quæ per nouationem quæ fit ſtipulatione tolluntur, arguunt & ipſam adhuc obligationem & actionem ſupereſſe. Itemq; quod cum iuramentum comparetur cum re iudicata *arg. l. 2. C. de re iud. l. 8. Cod. de reb. credit. l. poſt rem 56. de re iudic.* & cum per iuſiurandum dicatur fieri nouatio *l. qui iurauit 26 §. vltim. de iureiuran.* quin & ſolutionis *l. 27. & 28. §. 1 eod. titul.* & ex eo nouatio naſcatur *d. l. 8. Cod de reb. cred. d. l. 28. §. vltim.* tamen poſt iuſiurandum prior actio manet *l. eum qui 30. §. 1 de iureiur.* & cum ſententia abſolutoria non perimat actionem ipſo iure, de quo *inf. de except.* nec condemnatoria eam perimere videtur. Et leuia ſunt, quæ contra referẽte Porcio diſputauit Petrus ꝙ dicatur nouari actio *l. 3. C. de vſur. rei iud.* quod etiam dicatur nouatio
6 quædam fieri per litis † conteſtationẽ. Nõ enim genus omne ex æquo omnimodo prædicatur de omnib. ſpeciebus, & dicitur etiã non inepte nouatio propter & qualitates aliquas, & quia lõge vtilior eſt actio iudicati, & Tribonianus parum accuratus eſt iuris autor. Quærat autem forte quis, quænam ſit cauſa huius nouationis per litis conteſtationem & iudicium, ſiue ſuo ſiue alieno nomine ſuſceptum. Crediderim hinc eſſe, quod per litis cõteſtationem res in iudicium deduci, & tota iudici committi intelligitur; qui exinde ex formula rem iudicat, ita vt tum noua iudicati actio naſcatur, qua de cauſa *Iuſtin. in l. vlt. Cod. de vſur. rei iud.* ait quod per actionem iudicati prior obligatio nouetur: & in *l. ſi fundus 16. §. ſi pignus 6. de pignor.* dicitur cauſa tranſire in cõdemnationem; & hoc quoq; ſenſu dicitur iudicio cõtrahi *l. 3. §. Idem 11. de pec.* quia partes litẽ conteſtãdo accepta formula in iudicem conſentiunt, eiq; cauſam cognoſcendã committunt. Sed & ſtatim lite cõteſtata actio induit nouas qualitates, vt quæ ante tẽporalis vt morte rei peritura erat, incipiat fieri perpetua & tranſitoria in hæredes *§. 1. inf. de perp. action.* Quæ tamen apparet talia non eſſe, vt nouationem veram inducant, cum vtique ſuper ipſa obligatione principali formula detur, & cognoſcatur & pronuntietur; & authoritate iuris ne neceſſum ſit priorem rurſum inſtituere actionem, noua accedit actio, quæ dicitur iudicati, quæ ex illo quaſi contractu, quem videtur inducere litis conteſtatio, originem trahere videtur. Hæc ad explicationem iſtius rei ſcribere viſum fuit. Iam cetera textus videamus. Ait Iuſtinian.

Interuentu noua perſona.] Nimirum ita ſi iuxta id quod præcedit, quis ꝓmittat, quod alius debet tamquam expromiſſor; nam alias & fideiuſſor promittit idem quod Titius debet, hoc tamen obligato manente.

Adeo vt interdum.] Ait, quod fiat nouatio, ſi quis ſtipuletur quod alius ſibi debet, licet ſtipuletur inutiliter. Nimirũ vt inutilis ſit ſtipulatio ratione effect⁹, nõ ratione formę. Quod accidit in exẽplo mox ſubiecto, ſi quis ꝙ ſibi Titius iure debet, ſtipuletur à pupillo ꝓmittente, id ſine tutoris autoritate, contra q̃ vt ſup. tractauimus ad *§. pupill. 9. de inutil. ſtip.* nulla (niſi locupletior factus ſit) eſt actio, & qui nõ niſi naturaliter, vt ibidẽ explicauimus, obligari poteſt: quę obligatio naturalis hic dicitur nulla duplici reſpectu 1. quoniã nulla ex ea poteſt naſci actio, & toto hoc tractatu tantũ de ciuili efficaci actione agitur, 2. quoniã nec effect⁹ obligationis naturalis habent locum aduerſus pupillũ, qui ſi quid ex huiuſmodi obligatione ſoluat, ius repetẽdi habet, iuxta tradita ad *d. §. 9.* vbi dixim⁹ hoc intuitu pupillũ alicubi negari obligatum eſſe naturaliter: ſed & hoc,

Digitized by Google

hoc, ꝙ iura ſuccurrãt tantum pupillo, vt ſit indemnis, non ẽt alijs, & eorum intuitu obligationẽ pupilli habere ꝓ naturali, ita vt fideiuſſor & pignus ei accedere poſſint; itemq; quod ad rem noſtram pertinet, vt pupillus ſine tutoris autoritate nouare alteri⁹ obligationem poſſit, qui ſibi imputet, quod à pupillo eſt ſtipulatus, idq; eſt, ꝙ ait Iuſtin. priorem debitorem liberari, & rẽ amitti, quoniã obligatio à pupillo cõtracta ſit nulla, quatenus ſc. in ipſi⁹ damnum vergere poſſit. Quod ſi n. omnino & penitus nulla eſſet, nõ poſſet fieri nouatio, ſed prior obligatio maneret in ſuo ſtatu, cum nouatio ſit prioris obligationis in aliã transfuſio. Ergo hacten⁹ pupillus ꝓ naturaliter obligato habetur, vt in præiudiciũ creditoris ſtipulantis ſuſtineatur, & valere poſſit nouatio: quomodo cum hoc loco cõponitur *l. 1. §. 1. in f. de nou.* vbi dicitur, nouationem fieri, ſi modo ſequens obligatio naturaliter teneat, ſi nimirũ hoc ꝙ alius debet, pupillus ſine tutoris autoritate promiſerit. Ex aduerſo, quod pupill⁹ debet naturaliter tantũ, poteſt nouari, ſi alius id ſe daturum promittat: quomodo obligatio naturalis quæ erat, conuertitur & transfunditur in efficacem & ciuilem; quod & ipſum oſtendit *d. l. 1 §. 1. in princ. de nouat.* ſufficere quod præceſſerit naturalis obligatio; vt nempe & hic obligatio pupilli habeatur pro naturali in præiudicium eius, qui eam animo nouandi in ſe ſuſcepit. Obligationem autem ſuam, qua alius iure obſtrictus eſt pupillo, ſine autoritate tutoris pupillus nouare, & ita conditionem ſuam deteriorem non poteſt facere, ad quem caſum pertinet haud dubie *l. pupillus 20. §. 1. de nouat.* qui fruſtra adeo opponitur contra *d. l. 1. §. 1. eod. tit.*

8 *Non idem iuris ſi à ſeruo.*] Ait ſi quis † à ſeruo ſtipuletur, quod alius debet, non fieri nouationem, ſed priorẽ debitorem vt ante manere obligatum. Atquin ſeruus obligatur naturaliter, vt dictum *ſupr. de obligat.* & vbi ſequens obligatio naturaliter tenet, fieri nouationem ait ICtus in *d. l. 1. §. 1. de nouation.* Hottom. reſpondet, & hanc rationem differẽtiæ eſſe ſcribit inter ſeruum & pupillum, quod ille ſit incapax ciuilis obligationis, cuius gratia ſit introducta nouatio. Atquin nec pupillus capax eſt huiuſmodi obligationis: & hac ratione admiſſa, nec omnino poſſit ſtipulari ſeru⁹, quod falſiſſimum eſt. Et alia igitur hic ratio quærenda eſt; & hæc nimirum; quod obligationes conſiderentur vel in ſe, vel quatenus à iure ſunt accommodatæ & formatæ: ꝙ exemplo obligationis pupillaris, & mulieris quę interceſſit, confirmauimus *ſup. ad §. pupillus de inutil. ſtipul.* Aliud hic eius rei exemplum occurrit in ſeruo, qui ex quibuſdam cauſis, licet ratione conſenſus recte dici poſſit naturaliter obligatus, tamẽ autoritate iuris non habetur ꝓ naturaliter obligato; nam effectus eius rei, quod ſeruus naturaliter obligatur, inter alios & hic eſt, quod dominus ex eiuſmodi contractu ex quo ſeruus naturaliter obligatur, tenetur de peculio actione. Sunt autem caſus, ex quibus, vt ſeruus poſſit obligare actione de peculio dominum æquum viſum nõ fuit: quoniam dominus concedendo peculium iſtam facultatem minime intelligitur conceſſiſſe; cuiuſmodi ſunt, fideiubere, compromittere, iudicium ſuſcipere, & alienam obligationem per nouationem in ſe ſuſcipere; itaq; perinde hic habuerunt LL. ac ſi omnino ſeruus obligatus naturaliter non eſſet, idq; eſt quod dicitur in *l. 3. §. ſi filiusf. 5. de pecul.* ſi ſeruus interceſſerit, non teneri dominum de peculio; & idem de nouatione in *l. in perſona 30. §. 1. de pact.* & præciſe in *l. ſed & 20. de fideiuſſor.* ꝙ ſeruus ex cauſa fideiuſſionis obligari non poſſit; niſi tamẽ iſta fecerit ex cauſa peculiari, negotiũ quaſi gerẽs peculij, & illud augens *d. l. 3. §. 5. de pecul. d. l. 30. §. 1. de pactis, l. vlt. in pr. de nouat. l. ſeruus 20. cum l. ſeq. de iureiur.* quamuis quidã inſuper requirant, vt ſeruus liberam habuerit peculij adminiſtrationẽ per *d. l. vlt. de nou.* Ceteroquin nec peculiarem obligationem nouare poſſe, per *l. ſeruus 16. de nou.* cui⁹ rei non obſcura hæc ratio eſt, ꝙ actionem quæſitam, domino, ſeruus adimere nõ poteſt, vnde reſponſum eſt in *l. fugitiuus 19. in f. de ſolution.* ſi ſeruus meus peculiari nomine pecuniã crediderit, (quo facto ſtatim domino quæritur actio) cum nouando de-

do debitorem liberare non poſſe. Et ſunt tamen caſus quibus hæc ratio ceſſat, vt in ſpecie *d.l.30.§.1.de pact.* Sed plane per delegationem non poſſe liberari debitorem à ſeruo, & ipſum probari videtur ex *d.l.vlt.de nou.* vbi tum demum fieri nouationem addit ICtus, ſi ipſi, ſeruus, aut filiusf. ſtipulentur, quę eſt nouatio in ſpecie dicta oppoſita delegationi, in *d.l.19. de ſolut.* vbi cum & ius nouandi negetur, oportet vt dictum eſt, diſtinguere: aut cum Acc. in *l.vltim. de nouat.* an donandi animo, nec ne facta ſit nouatio: aut confugiẽdum ad varias ſectas Iuriſconſultorum quarum meminit *Cuiac.8.obſ.11.*

Si conditio, aut dies.] Acceptilatio non fit ſub conditione *l.4 de acceptilat.* Sed vtiq; nouandi animo recte ſub conditione fit ſtipulatio, nec enim vllo alio differt hæc ab alia ſtipulatione q̃ quod effectum habet nouandi, qui tamẽ ex natura conditionis interim ſuſpenditur; ſicut conditio ſuſpendit etiam quamuis obligationem. Et de huiuſmodi nouatione & iſto effectu præter hunc locũ *verſ. quod autem* ſunt textus in *l ſi Stichum 8.§.1. & l quoties 14.in princ. l. nouatio 24. & l.ſi rem 31. de nouation.* in quo iuxta hunc text. eadem res, nec mutata perſona adiecta conditione in ſtipulationem nouandi animo deducta fuit.

Sed cum hæc quidem.] Poteſt vnus eandem rẽ ex pluribus cauſis, & obligationibus debere: poſſunt & plures pro vna re, vel ſumma vni eſſe obligati. Itaq; non ſemper neceſſe eſt fieri nouationem, ſed non raro accedit obligatio obligationi. Idq; eſt, quod non vno loco legimus, requiri, vt animus nouandi adſit, *l.2. l.ſi ita 6. in pr. l.ſi Stichum 8.§.1.& 2. l.fundum 28. & l.ſi hominem 32. h.t.l. duo 71. pro Socio.* Id aliquando ex ſolis coniecturis inductum & intellectum, aliquando magis diſerte agi oportuiſſe, vbi alias in poſteriori v.c. minus fuiſſet, quidam exiſtimant; aliquando niſi cõtrarium actum eſſet, nouationem præſumptam, per *l. dotem 30. de iur. dot. l. qui vſumfructum 58. de V. Obl.* vbi tamen Cuiacius arbitratur, verbum *ſpecialiter* à Triboniano adiectum eſſe. Hinc † cum ſæpe controuerteretur, an ſtipulatio nouandi animo facta eſſet, conſtituit Iuſtin. non eſſe amplius nouandum Lege, hoc eſt, ex coniecturis à Lege admiſſis, vel quas ex LL. quis mutuaretur, ſed *voluntate*, id eſt, non fieri nouationem, niſi partes hoc expreſſerint, velle ſe nouare: Ceteroquin eſſe in integro obligationem priorem, & ei accedere aliam. Ex quibus perſpicuum eſt, abſurde annotatum eſſe à Gothofr. ad *l.2. de nouat.* olim id agi verbis neceſſum fuiſſe vt nouatio fieret; hodie id ſatis eſſe exprimi voluntate ſola. Ita autem licet conſtitutum ſit *à Iuſtin. in l.vlt. C. de nouation.* vt nulla niſi nominatim hoc inter partes actum ſit, nouatio fiat: attamen Interpp. communiter admiſerunt, ſi de facienda nouatione & animo partium adſint non vſque adeo obſcuræ coniecturæ, factam nouationem intelligi, non quidem ipſo iure, ſed ope exceptionis. Cui quidem ſententiæ hoc obſtat, tum quod ita Lex Iuſtiniani non erit poſita reb. ſed verbis, quandoquidem parum imo pene nihil intereſt effectu, an hoc vel illo modo obligatio tollatur; tum quod ita ſcopum ſuum aſſecutus non fuerit Iuſtinianus, & adhuc erunt controuerſiæ, an & quando nouatio facta ſit, vel non: cum tamen Iuſtin. ea gratia ita conſtituerit, ne amplius in ambiguo verſandum eſſet. Valde tamen rationi conſentanea eſt limitatio Doctorum, & abſurdum videtur, nullas admittere hic coniecturas: & ſi quis ꝓ frumento ſtipulatus ſit ſibi dari pecuniam, haud dubie præſumetur id animo nouandi feciſſe: niſi quis pro Iuſtin. dixerit, imputare ſibi debere alterutrũ contrahentium, quod non adiecerit, ſe velle nouare obligationem: qua etiam in re quædam concurrit ignorantia iuris, & quiſq; ſe conformare Legib. debet. Et mihi tamen arridet magis communis opinio, ita explicata à Ioh. Fab. hic, quod quando primus contractus (ita loquitur) non eſt bene compatibilis cum ſecundo, & ex effectu verborũ apparet de animo nouandi, tunc vtique per exceptionem ſaltem nouationem debere induci.

TEX-

TEXTVS.

Hoc amplius eæ obligationes, quæ conſenſu contrahuntur, contraria voluntate diſſoluuntur. Nam ſi Titius & Seius inter ſe conſenſerint, vt fundum Tuſculanum emptum Seius haberet centum aureis: deinde re nondum ſecuta, (id eſt neque pretio ſoluto neque fundo tradito) placuerit inter eos, vt ab ea emptione & venditione diſcederetur, inuicem liberantur. Idem eſt in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex conſenſu deſcendunt, ſicut iam dictum eſt.

COMMENTARIVS.

PEruulgatum eſt, vnumquodque eo modo diſſolui quo colligatum eſt. Itaq; contractus qui ſolo conſenſu conſtant, nudo cõſenſu diſſolui, conueniens eſt: & adeo vt apparet, re adhuc integra, vbi nec tum pretium ſolutum nec res tradita eſt: vbi enim vtrumque vel alterutrum horum factum eſt, iam res non amplius eſt in terminis nudi conſenſus: & proinde ſi abiri debet à contractu & diſſolui obligatio, neceſſum eſt, vt quod interuenit, & fecit ne res amplius ſit integra, rurſus in contrarium agatur, vt docet *l. ab emptione 58. de pact. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. diſc.* qua de re alibi latiſſime contra Fabrum, & nimirum in exercitationibus meis ad *decad. 95 cap. 6. cum plurimis ſeqq.* Rebus autem adeo integris ait Iuſtin. h. §. diſſolui contractum, contraria & ſcil. mutua (alterutro enim inuito non poteſt) voluntate: & vt mox ſequitur, ſi placuerit, vt diſcedatur ab emptione contrario conſenſu *l prout 80. in fin. de ſolutionib.* quæ voluntas & quod placitum declaratur ſimplici quoque pactione citra ſtipulationem: & cum hi contractus nulla deſiderent verba, ad eos diſſoluendos nihil magis ſtipulatio quam nudum pactum facere poteſt. Et communiſſima iuxta & veriſſima ſententia eſt, quod per pactum nudum contingat liberatio & diſſoluatur obligatio ipſo quoque iure, quæ probatur *ex l. 7. §. adeo 6. l. ſi vnus 27. §. 2. d. l. ab empt. 58. de pact l. pacta 72. in fin. pr. de contrah. empt.* Poteſt hic obiici; quod pacta tantum producant exceptionem, & cum iſti contractus producant obligationem quoque ciuilem, non videatur ea nudo pacto poſſe diſſolui. Sed repetendum huc eſt, quod ſupra ſcripſimus *ad tit. de obligat.* ciuilem obligationem non vno modo dici, & hanc quoque dici talem, quæ præter approbationem nihil habet à iure ciuili. Hæc eſt quæ oritur ex contractibus iuris gentium, qui aut re aut conſenſu ſolo perficiuntur & illi quidem quo minus pacto nudo diſſoluantur, impedit interuentus rei: in his autem nihil impedit, ſed cum tota eorum eſſentia ſit à iure gentium, quo etiam pacta valida ſunt, & tota eſſentia ſit in conſenſu ſolo, vbi per pactum & diſſenſum contrarium, ſublatus eſt conſenſus, non poteſt nuda approbatio ciuilis facere, vt remaneat obligatio, non magis, quam vt poſt præteritam & redditam rem fieri poteſt, vt vlla ſuperſit obligatio ex contractibus qui re perficiuntur. Quibus conſequens eſt, vt & pactum hypothecæ, quo iure prætorio introducitur obligatio efficax pignoris per nudam conuentionem *l. 1. de pignor. act.* per cõtrariam voluntatem & nudum pactum diſſoluatur: nec vlla hic ratio differentiæ reddi poteſt: & inepte obiicitur *l. ſi tibi 17. §. 2. de pact.* quoniam ibi non de pacto remiſſorio pignoris, ſed debiti principalis tractatur: quod cum per exceptionem tollat obligationem principalem, nec aliter acceſſoriam obligationem, ſuper qua nec expreſſe conceptum eſt, tollere poteſt: de quo in *Tr. de pact. & Tr. de pignorib.* plura diximus.

COMMENT. AD LIBRVM III. INSTITVT. Imp. Finis.

Digitized by Google

AD LIBRVM QVARTVM INSTITVTIONVM IVRIS,

Ad Titulum Primum,

DE OBLIGATIONIBVS, quæ ex delicto naſcuntur.

TEXTVS.

Cum ſit expoſitum ſuperiori libro de obligationibus ex contractu & quaſi ex contractu: ſequitur vt de obligationibus ex maleficio, & quaſi ex maleficio diſpiciamus, ſed illæ quidem, (vt ſuo loco tradidimus) in quatuor genera diuiduntur: hæ vero vnius generis ſunt: nam omnes ex re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio: veluti ex furto, rapina, damno, iniuria.

COMMENTARIVS.

1 *An recte negetur hic in fin. diſtinctio delictorum.*

Hottomannus à *tit. de obligat.* demum librum III. auſpicatur & porro cõtinuat vſq; ad *tit. de actionib.* à quo demum initium facit libri quarti, contra omnium librorum autoritatem, & omnes Interpp. iudicium cerebri ſui nimis arroganter ſecutus, & quem *hoc pr.* ibi *ſuperiori libro* manifeſto confutat: Et commentum eſt, quod ait hæc verba & hunc locum deſumptum eſſe ex vetere ICto, qui aliter tractauerat materias: & recte *VVeſemb. hic*, non tam ſupinæ negligentiæ fuiſſe compoſitores, vt iſto loco ita integre vterentur, nec expungerent hæc verba, niſi & ipſi hic initium noui libri feciſſent. Porro ipſe Iuſtinianus reddit ordinis rationem, quod nimirum iuxta diuiſionem *ſup. de oblig at.* propoſitam, explicata materia contractuum, agendum ſit de obligationibus quę deſcendunt ex delicto, ſiue ex maleficio *& quaſi ex maleficio*, quæ verba Cuiac. & Contius delenda eſſe putant, (eademque omnilit Pacius) quia deſint in quibuſdam: quæ ridicula ratio eſt; maxime cum Contius & Pacius retineant verba priora, *quaſi ex contractu*, & concinnius eſſet hæc quoque expungi, quod facit Ruſſard. *arg. §. 1. infra de actionib.* Sed inepte ita argumentamur. In *d. §.* tantummodo habetur mentio contractus & maleficii, ergo & hoc loco tantum eorum habenda eſt mentio. Et ego fortius concludam ex § 2. *ſupra de obligat.* vbi Iuſtin. non facit tantum duo membra contractus & delicti, & poſtea in verum & quaſi contractum & maleficiũ diſtinguit: ſed diſtinctim quatuor mẽbra proponit, ex cõtractu vel quaſi, itemq; ex maleficio & quaſi: & rariſſimum eſt, vt ſub cõtractus appellatione quaſi contractus contineatur.

tineatur. Hæc contra prurientes iſtos Neotericos dicta volui.

Sed illis quidem.] Proponit differentiam inter obligationes ex contractu, & ex delicto, quod illæ ex quatuor cauſis naſcantur, re, verbis, literis, conſenſu. Sed hæ omnes ex RE. Quæ oppoſitio & diſtinctio laborare dupliciter videtur 1. Quod iniuria etiam fit verbis & literis *l. 1. §. 1. l. 5. §. ſi quis 9. & l. 10. de iniur. l. vn. C. de famoſis libell.* 2. Quod rationis loco in fin. male addit. omnes naſci ex re, id eſt, ex ipſo maleficio: neq; enim ſi in generali cauſa conueniunt, & omnes ex maleficio ſunt, propterea negandæ ſunt ſpecies: cæteroquin eadem ratione quis negaret ſpecies contractuū, quia obligationes omnes quæ verbis, re &c. contrahūtur, vtiq; ſunt ex contractu. Nec tamen hic vitiū aut error aliquis Triboniano imputari poteſt, qui hoc videtur deſcripſiſſe ex Caio *in l. 4. de oblig. & act.* Hottoman. ait intelligi, non ita committi verbis aut literis delicta, ſicut contrahi dicitur verbis aut literis: & acerbe irridet quoſdam, qui hoc nō intellexerint: ipſe fortaſſis riſu dignus. Hoc enim quiuis ſanæ mentis intelligit per ſtipulationem & ſolennia verba, & per chirographum vt explicatur id ſupra *de lit. oblgat.* non committi delicta. Verum cum vtique vere iniuria & delictum quoddam verbis committatur, & hæc ſpecies ab ea quæ committitur Re, omnino ſit diuerſa, nemo vnquam effecerit, vt verum ſimpliciter ſit, quod omnia delicta pariter re contrahantur & committantur. Itaque ea reſponſio Hottomanni ad excuſandum aliqua Gaium & Tribonianum valet, at omni culpa eos non liberat. Et addi hoc quoq; poteſt, quod ex cauſa contractuum re obligamur dum rem accipimus, obligatio autem verborum contrahi dicitur, dum quis ſe facturum daturum promittit, quo modo nullum delictum contrahitur, & ex voluntate animoque delinquendi non eſt obligatio & actio ad pœnam, nec enim huc pertinet, quod aliquādo in exemplum & in atrociſſimis delictis etiam conatui & voluntati, quæ in actum aliquem erupit, pœna irrogatur. Prorſus quod negatur diſtinctio eiuſmodi delictorum, accipiendum eſt non abſolute, ſed relatiue ad diſtinctionem contractuum, ſiue obligationum ex contractu, quo pertinet quod *Vlp. in l. ſi quis 52. §. neque 19. de furtis.* verbo & ſcriptura furtum fieri negat, quibus tamen verbis furtum ab iniuria diſtinguere videtur.

TEXTVS.

1. Furtum eſt contrectatio fraudulenta, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei, vel etiam vſus eius, poſſeſſionisve, quod lege naturali prohibitum eſt admittere.

COMMENTARIVS.

1 *Furtum non fit ſolo animo.*
2 *Furtum poſſeſſionis.*
3 *Lucri faciendi gratia.*
4 *An furtum lege naturali prohibitum.*
5 *Furtum an ſit actionum hæreditariarum.*

ANte omnia præmittendum eſt, agi hic de delictis priuatis, & quidem quatenus ex illis alteri acquiritur actio pœnalis, qua quod ſua intereſt, aut alias pecuniariam pœnam in commodum ſuum perſequitur, & ita agit vt reus ſibi condemnetur. Iudicia enim criminalia, quæ dicuntur tendere ad vindictam, & quæ tendunt ad infligendam pœnam corpori, vel etiam pecuniariam extraordinariam, quæ Reipublicæ applicetur, huc non pertinent. Primum ex priuatis delictis eſt furtum, cuius definitio hic proponitur ex *l. 1 §. 3. t. h. t.* ſed quæ videatur etiam conuenire rapinæ bonorum, niſi addatur differentia alia, à clandeſtinitate, aut hoc ſub verbo contrectationis intelligatur, & tamen paulo ſubtilius accipiatur, & ille quoque clam facere dicatur, qui re apud ſe exiſtente non recte vtitur. Genus igitur furti eſt:

Contrectatio.] Excluduntur hoc verbo res incorporales, quæ non tanguntur, nec auferuntur, & oportet eſſe corpus quod contrectetur *l. ſi is 75. h. t.* Excluditur etiam nuda & ſimplex

Digitized by Google

ſimplex conſultatio, de quo & an cōſilio furtum quis facere dicatur, dicemus *in* §. *Interdum* 11. *infr. h. t.* vt hoc ſaltem hic moneamus, poſſe eum qui reuera & proprie fur non eſt, pœna tamen furti teneri, & actione furti conueniri: Et huc pertinet quod Vlp. ait *in l. ſi quis* 52. §. *neque* 19. *h. t.* verbis aut ſcripto furtum non fieri, ſed contrectatione opus eſſe, & *in l. vulgaris* 21. §. *qui furti* 7. *h. t.* qui animo furti faciendi intrauit conclaue, nondum furem eſſe *& in l.* 3. §. *ſi rem* 18. *de adq. poſſ.* furtum animo non admitti. Et ſignificatur contrectatio rei cum quadam motione: vt excludantur ab obiecto furti res immobiles, §. *quod autem ſup. de vſucap.* quæ tanguntur quidem, & quas clam quis ingredi & ita cōtingere poteſt, ſed citra vllum damnum & detrimentum & motionem earum. Sed & in rebus mobilibus amotio & motio paulo ſubtilius accipienda eſt, vt non intelligatur amotio tantum ex poteſtate domini, ſed etiā rei quæ quamuis ex iuſta cauſa penes quē exiſtit, illicitus vſus. Eo enim pertinet quod mox ſubiicitur, *vel vſus eius* idque fit dupliciter, ſi nimirum vtatur re, cuius vel nullum vſum habet, vel vtatur vltra limitatum & conceſſum vſum. Nullum vſum habet depoſitarius & creditor in pignore. Itaque ille re depoſita, hic pignore vtentes, furtum committunt. Limitatum habet commodatarius, quem ſi excedat, furtum committit §. *furtum* 6. *h. t. l. qui iuramenta* 40. *l. ſi pignore* 54. *D. eod.* ſequitur in definitione:

Poſſeſſioniſve.] Omne furtum eſt poſſeſſionis, vt nec fiat furtum, ſi rei penes alium non ſit poſſeſſio, ex quo hæreditati iacenti negatur fieri furtum. *l.* 1. §. *Scæuola* 15. *ſi is qui teſtam. lib.* Sed quia hic poſſeſſio opponitur rei & vſui, oportet intelligi tale furtum, quod vbi
2 ſolius poſſeſſionis † intuitu committitur: cuius rei duo ſunt exempla 1. ſi debitor rem propriam, quam pignori dedit, eoq; eius poſſeſſionem tranſtulit, ſubripiat creditori, de quo *in* §. *aliquando* 10. *infra h. t.* Deinde quo exemplo vtitur Theoph. hic, ſi depoſitarius dolo malo vtatur re depoſita animo interuertendi, & inficiandi depoſitum *l. inficiando* 5?. *infr. de furt.* ita enim deponens amittit poſſeſſionem *l.* 3. §. *ſi rem* 18. *de adq. poſſ.* itaque hic concurrit furtum vſus & poſſeſſionis. Habent autem & iſtæ ſpecies contrectationem Rei: & proinde in ſpecie verbum Rei in definitione accipiendum eſt: aut *ex* §. *vlt. l.* 1. *h. t.* vt vulgo legitur, & in Florent. teſtante etiam Ant. Auguſt. 4. em. 4. vbi notat Haloandrum verbum *rei* bis ponendum eſt, *Furtum eſt contrectatio rei, lucri faciendi gratia, vel ipſius rei &c.* vt ſit ſenſus, furem contrectare, vel vt ipſam rem ſibi habeat, vel ſaltem vt vſum aut poſſeſſionem, quo ſenſu depoſitarius, qui omnino vult interuertere rem, non ſolum re vti, non ſolius poſſeſſionis, ſed etiam rei furtum facit, & ita exemplum Theophili minus commodum eſt, ſed aliud peti poteſt *ex l. furtiuam* 74. *h. t.* Singularem ſpeciem furti *v. ad* §. *aliquando* 10. *inf. h. t.* Additur in definitione:

Fraudulenta.] Eſt communis differentia delictorum, quæ, excepto vnico, de quo *tit.* 3. non committuntur ſine dolo: idque de furto, & quod ſine dolo & affectu furandi non fiat, nominatim traditur *in* §. *vnde in rebus in fin. ſup. de vſucap. & in* §. *placuit* 7. *infra h. t.* vbi plura dicemus. Supereſt in definitione:

Lucri faciendi gratia.] Hæc maxime differentia diſtinguit furtum à cæteris delictis. Eſt enim finis qui diſtinguit actiones: & à propoſito † maleficia diſtingui docet ICtus *in l.* 3
qui iniuria 53. *in pr. h. t.* vt non tam factum, quam finis & faciendi cauſa ſpectetur *l. verum* 39. *in princ. eod.* Itaque iſte finis ſi abſit, furtum non erit. Cui non obſtat *l. qui ſaccum* 77. *h. t.* quoniam licet non principaliter, tamen per conſequentiam, vt eo commodius auferri poſſet pecunia, ſacci quoque ſubripiendi animus fuit. Magis obſtat *l. fullo.* 82. §. 1. *h. t.* vbi ait ICtus eum furti teneri, qui ancillam non meretricem libidinis cauſa ſubripuit. Et vix eſt quod commode reſpondeatur: niſi quis putet id ideo receptum, quia ancilla corrupta fit minoris pretii, & virgines ancillas maioris veniiſſe docet *l. ex empto* 11. §. *ſi quis* 5. *de action.*

action. empti: vel quia cum ſubripiens ſciret non eſſe meretricem ancillam, per conſequentiam lucri ſimul cauſa eam ſubripuiſſe videri poſſit. Aut an leui traiectione legimus ibi, *ancillam meretricem non libidinis cauſa*: quomodo oppoſitio erit ad *d. l. 39. h. t.* & non inelegans ratio dubitãdi, quod cum ancillę meretrices libidinis & inde quæſtus cauſa habeantur à dominis, non videatur in eas cadere furtum, & poſſit videri huiuſmodi ancilla abducta in dubio libidinis cauſa, quo tamen non obſtante committatur furtum, ſi lucri cauſa id factum probetur. Tandem additur in definitione:

Quod iure naturali prohibitum.] Cauſa hæc externa potuiſſet omitti. Et ſolet alias illi
4 obiici, quod † cum iure naturali omnia fuerint communia, eo iure non fuerit locus furto. Sed commentum illud eſt de communione omnium rerum, quæ in nulla vmquam republica fuit. Et ius naturale hic non intelligimus, quod beſtiis cõmune eſt, ſed quo vtuntur homines, & quod in latitudine ſua opponitur iuri gentium, & cui etiam recte referuntur accepta dominia eorundemq; diſtinctiones, qua poſita ſane contra rationem iuris naturæ peccat, quiſquis alteri ſuum aufert: & facit quod *Ariſt. 1. Polit. 1.* ipſas ciuitates ait eſſe à natura: & quod homines inſtinctu quodam ipſius rationis conuenerint in vnum & inſtituerint ciuitates. Et peſſime Alciatus *in l. probrum 42. de V. S.* iſtam prohibitionem refert ad ius poſitiuum: quem nec iuuat, quod referente *Gellio 11. noct. Att. ca. 18.* apud Spartanos & Ægyptios furta impunita fuerunt. Nã 1. ex eo quod pleriſque & pene omnibus gentibus placuit, ius gentium æſtimamus, cui nõ derogant vnius aut alterius gentis barbara inſtituta, de quo ſupra latius actum eſt *lib. 1. tit. 2.* Deinde nec aut Ægyptii aut Spartani ſimpliciter probarunt & admiſerunt, furta, ſed ſpeciali quadam ratione. Et de Spartanis d. loco teſtatur Gellius, ad militarem exercendam & acuendam induſtriam, id fuiſſe permiſſum: neque vero omnibus, ſed iunioribus tantum, *teſte Xenoph. in deſcript. Reipub. Spartana.* & porro de Ægyptiis ſcribit *Diodor. Siculus lib. 1. p. 2.* Legem iis fuiſſe, vt qui furari vellet, nomen ſuum profiteretur apud Archifurem, & quaſi præfectum furum, ad quem res furto ablatæ afferendæ erant, & quæ dominis detracta quarta parte reddebantur. Et reddit rationem, quod cum furta inhibere omnino, impoſſibile ſit, repererit rationem Legislator, vt domini paſſi exiguum damnum, quaſi in pœnam negligentiæ, res ſuas recuperarent, vt ita appareat furta iis probata non fuiſſe: & hanc ipſam tamen Legem poſt non fuiſſe probatam, ſed abrogatam, indicio eſt, quod ſcribit *Herodot. lib. 2. in fin.* Amaſin regem Ægypti Lege ſanxiſſe, vt ſubditi ſingulis annis magiſtratui vitæ ſuæ, & vnde eam tolerarent, reddere rationem cogerentur. Fruſtra autem huc affertur de Samiis ex *Plutarcho probl. Græc. 55.* apud quos in memoriam olim actæ vitæ vno die quotannis furari permiſſum erat. Licet autem furtum iure gentium recte prohibitum dicatur, non tamen, omnium quæ eodem iure prohibita dicuntur, eadem eſt ratio, nec niſi ſecundum quid in *l. 42. de ver. ſign.* adulterium & furtum coniunguntur: quod recte ibidem obſeruat Alciat. male autem *A. Auguſtin. 4. emend. 4.* æqualiter damnat iam dd. mores Spartanorum & mores Perſarum, quibus inceſti cum matribus concubitus tolerabantur, neque vero omnia delicta iure gentium prohibita ęqualiter turpia ſunt. Et hæc ad definitionem furti: cui adhuc obeſſe videtur, quod hæreditariarum rerum ante aditam hęreditatem negatur fieri † furtum 5
l. 1. §. 15. ſi is, qui teſtam. lib. l. hæreditariæ 68. h. t. l. ſi ſeruus 40. de noxalib. act. l. 2. & vlt. infr. expil. hæred. l. cum qui 14. §. ſi res 14. h. t. & tamen eſt contrectatio rei fraudulenta lucri faciendi cauſa. An addimus definitioni, *inuito domino*? qui harum rerum nullus reuera eſt, & vtique inuitus dici non poteſt: an ſubintelligimus, poſſeſſionem rei eſſe penes aliquem? quæ hic nullius eſt: an caſus ſingularis non venit in conſiderationem? Plane ſubtilis ratio facit, vt hic non dicatur admiſſum furtum, reuera enim fur eſt, qui ſciens rem non ſuam fraudulenter

lucri ſui cauſa aufert, ſed quia reuera res nullius eſt, fit, vt ne fur dicatur. Et ineptus eſt Hottom. qui per verbum, *fraudulo'a* putat effici, vt ne iſtud furtum ſit, quoniam nemo hic fraudetur: æſtimamus enim fraudem ex animo, & reali amotione: quin & effectu fraudatur hæres, qui & retro poſt ſemper fingitur fuiſſe dominus. An igitur feret impune? Vtique non feret, ſed tenetur crimine expilatæ hæreditatis *l. 2. infra expil. hær.* rei autem vendicatione & ad exhibendum teneri non ambigitur *d. l. 2.*

TEXTVS.

2. Furtum autem vel à furuo, id eſt, nigro, dictum eſt, quod clam & obſcure fiat, & plerunque nocte: vel à fraude, vel à ferendo, id eſt auferendo, vel à ſermone Græco, qui φῶρας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt.

COMMENTARIVS.

Debebat præmitti Etymologia, vt & *in l. 1. h. t.* Et Seruius ad *Virgil. lib. 9. verſ. 351.*

------ hic furto ſeruidus inſtat,

notat fures dictos, quod nigro & nimirũ furuo tempore furtum committant. Idem *Nonius lib. 1.* fures ſignificantiam habere à furuo, autoritate Varronis *libr. 14. diu. rer.* Sed Gellius *1. n. Att. 18.* Varronem memoria & obliuione lapſum fere putat, & furẽ dictum à Græco verbo φῶρ recte confirmat: & eſt illa magis alluſio: & ineptior adhuc quæ à fraude deducit. Illa autem à *ferendo* conuenit cum vera.

TEXTVS.

3. Furtorum autem duo ſunt genera, manifeſtum, & nec manifeſtum, nam conceptum & oblatum, ſpecies potius actionis ſunt furto cohærentes, quam genera furtorum, ſicut inferius apparebit. Manifeſtus fur eſt, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec ſolum is qui deprehenditur in ipſo furto, ſed etiam is qui loco eo deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, & egreſſus nondum ianuam deprehenſus fuerit: & qui in oliueto oliuarum, aut in vineto vuarũ furtum fecit, quamdiu in eo oliueto aut vineto deprehenſus fuerit. Imo vlterius manifeſtum furtum eſt extendendũ, quamdiu eam rem fur tenens, viſus vel deprehenſus fuerit, ſiue in publico, ſiue in priuato, vel à domino vel ab alio, antequam eo peruenerit, quo deferre vel deponere deſtinaſſet. Sed ſi pertulit quo deſtinauit, tametſi deprehendatur cum re furtiua, non eſt manifeſtus fur. Nec manifeſtum furtum quod ſit, ex iis quæ diximus intelligitur: nam quod manifeſtum non eſt, id ſcilicet nec manifeſtum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *An ad furtum manifeſtum requiratur realis apprehenſio.*

Diuiditur hic & *in l. 2. h. t.* furtum in manifeſtum & nec manifeſtum: inter quæ duo medium & tertium non datur; licet quis eiuſdem rei, ſed diuerſis actibus & manifeſtus & nec manifeſtus fur eſſe poſſit *l. vulgaris 21. in pr. verſ. nam etſi.* quam diuiſionem proponit Iuſtinianus, quoniã ex eo variatur pœna furti, vt paulo poſt oſtendetur. Quid furtum ſit nec manifeſtum, in fin. §. monet Iuſtin. intelligendum eſſe à contrario, & ex altera ſpecie oppoſita, furti manifeſti: quod enim, ait, manifeſtum non eſt, id nec manifeſtum eſt, id eſt: illud furtum quod ita appellatur, & nec

nec manifeſtum vocatur. Furtum manifeſtum & fur manifeſtus deſcribitur hoc §. per gradus, ſenſim procedendo & quaſi deſcendendo, vt 1. manifeſtus fur ſit, qui deprehenditur in ipſo actu dum furtum facit, *h. §. verſ. non ſolum.* 2. Qui poſtquam iam furtum fecit in iiſdem ædibus, aut generalius, in eodem loco cum furto deprehenditur *d. §. verſ. ſed etiam.* 3. Qui locum cum egreſſus eſſet, antequam eo quo deſtinauit, rem pertulit, deprehenditur. *h. §. verſ. imo.* Ampliatur 1. vt fur manifeſtus ſit, etiamſi non ipſe dominus, aut cui furtum factum eſt, furem deprehenderit. *d. verſ. imo.* neque ita quod Accurſ. monet, alteri adquiritur per alium, ſed huius apprehenſio qualificat delictum: ideoque nec intereſt quis furem apprehenderit, *h. §.* ibi *vel à domino vel ab alio & l. 3. §. 1. h. t. l. 7. §. vlt. h. t.* ibi *an vicinus an quilibet tranſiens.* itaque non reſtringit, ſed exempli cauſa proponitur *in l. ſi quis 24. §. 2. de vſuris.* de procuratore qui furem adprehendit. Et elegans exemplum eſt, quod ſi prohibuit procurator, acquiratur interdictum *quod vi aut clam*, domino *l. 3. in princip. Quod vi aut clam.* vbi remouet eandem obiectionem Iuriſconſultus, dicens, quod ea prohibitio demonſtret te vi opus feciſſe. Ampliatur 2. vt ſit fur manifeſtus, non tantum qui realiter & iniecta manu apprehenditur, ſed etiam qui oculis *h. §. verſ. imo*, ibi *viſus vel deprehenſus*; vbi verbum, *deprehenſus* in ſpecie realem apprehenſionem ſignificat. Sed an ſatis eſt viſum eſſe? Minime, ſed acclamatum oportuit, *l. ſi quis 7. §. 1. & 2. h. t.* fortaſſis & ſatis erat dominum vicinos aliquot teſtatum eſſe, iſtum cum furto abire, cum forte ab eius violentia ſibi metueret. Contra quam tamen ſententiam diſputari, & quod ſola realis deprehenſio per iniectionem manus faciat furem manifeſtum, hoc argumento effici videtur. Si contra furem manifeſtum non datur condictio rei ſubreptæ, niſi eam occiderit, fregerit aut effuderit, non poterit fur manifeſtus eſſe, niſi qui manu iniecta eſt deprehenſus. Atquin verum eſt prius, per *text. in l. ſiue 10. in fin. pr. de cond. furt.* Ratio connexi eſt, quia furi deprehenſo niſi ipſe eam corrumpat, res aufertur: quod ſi poſſit fur manifeſtus is etiam dici, cui tantum viſo acclamatum eſt, vtique cum re aufugere, & ita quoque extra caſus *d. l. 10. in pr.* condictioni locus eſſe poſſit. Apertius concludetur hoc modo. Si fur manifeſtus & is eſt, cui tantum viſo acclamatum eſt, ſequitur quod ipſi condici poſſit res (de condictione hac dicemus in *§. vlt. h. t.*) licet non acciderit eam vel læſerit, aut corruperit, ſed ſecum integram tulerit. Atquin conſequens videtur falſum per *d. l. 10. de condict. indebiti.* Connexi ratio eſt, quoniam non poteſt acclamatio ſola & nuda impedire quo minus quis rem eo quo vult perferre poſſit. Explicatio Azonis & Accurſii neceſſaria eſt, vt dicamus *in d. l. 10.* exempla minus dubitabilia proponi, non autem omnino caſus alios excludi.

Et vero ſi manifeſtus fur & ille eſt, qui cum acclamatum eſſet re abiecta aufugit, *l. ſi quis 7. §. 2. h. tit.* quid ni etiam poſſit fur manifeſtus eſſe, qui poſt acclamationem cum re fugit: quo poſito extra caſus *d. l. 10.* erit condictioni locus: ſiquidem acclamatio non facit, vt neceſſario fur rem abiiciat; nec facit quidquam abiectio rei, vt quis tanto magis debeat eſſe fur manifeſtus. Et *in d. l. 10.* agitur de eo quod fere contingere ſolet, vt fur cui acclamatum eſt, & quem inſequuntur alii, rem abiiciat, vt tanto facilius elabatur: quod qui rem recepit aliquid de perſecutione remittere ſolet, & *in d. l. 10.* condictio quodammodo opponitur actioni pœnali quæ ſemper locum habet. Atque ad hunc modum coniungenda hæc ſunt, vt dicatur fur manifeſtus, vel qui realiter deprehenſus eſt, vel qui effugit, cum in eo eſſet, vt deprehenderetur, cum videlicet, eum, vel is cui furtum factum erat, vel alii inſequerentur: in quibus terminis, vt dixi res ſubreptas fures abiicere ſolent: neque *in d. l. 7. §. 2. h. t.* is cui furtum factum erat, tantum inclamaſſe, ſed & ad comprehendendum accurriſſe proponitur. Hæc de fure mani-

ſeſto: ex quibus iam colligitur quis ſit fur nec manifeſtus, vt ad *pr.* §. notaui *ex h.* §. extremo: Iuſtinianus tamen eum etiam aperte definit eſſe eum qui rem pertulit quo deſtinauit: tum enim ſera eſt deprehenſio, ad hoc vt fur manifeſtus efficiatur *h.* §. *ver. ſed ſi pertulit, l.* 5. §. 1. *h. t.* idq; diſertius explicatur *in l.* 4. *h. t.* ſi eo pertulerit, quo deſtinauit eo die manere cum furto: adeoque licet eius propoſitum ſit abducere rem porro ſequenti die, & tum deprehendatur, fur manifeſtus non habebitur. Eleganter in hanc rem Maſſurius apud *Gellium lib.* 11. *cap.* 18. Manifeſtum furtum eſt, quod deprehenditur, cum ſiue dum fit. Faciendi finis eſt, cum perlatum eſt, quo ferri ceperat.

TEXTVS.

4. Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem teſtibus præſentibus quæſita res furtiua & inuenta ſit: nam in eum propria eſt actio conſtituta, quamuis fur non ſit, quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiua ab aliquo ſit tibi oblata, eaque apud te concepta ſit, vtique ſi ea mente tibi data fuerit, vt apud te potius, quam apud eum qui dedit, conciperetur: nam tibi apud quem concepta ſit, propria aduerſus eum, qui obtulit, quamuis fur non ſit conſtituta eſt actio, quæ appellatur oblati. Eſt etiam actio furti prohibiti, aduerſus eum, qui furtum quærere teſtibus præſentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna conſtituitur prætoris edicto per actionem furti non exhibiti, aduerſus eum, qui furtiuam rem apud ſe quæſitam & inuentam non exhibuit. Sed hæ actiones, ſcilicet concepti & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in deſuetudinē abierunt. Cum enim requiſitio rei, furtiuæ hodie ſecundum veterem obſeruationem non fiat, merito ex conſequentia etiam præfatæ actiones ab vſu communi receſſerunt: cum manifeſtum ſit, quod omnes, qui ſcientes rem furtiuam ſuſceperint & celauerint, furti nec manifeſti obnoxii ſint.

COMMENTARIVS.

1 *Furtum conceptum per lancem & licium.*

DE concepto & oblato furto attigit aliquid *Iuſtin. in pr.* §. *præced.* hic planius explicat. Negauit ſcil. ibi iſtas eſſe ſpecies furtorum, ſpecies potius actionum furto cohærentium dixit eſſe. Et id quidem in cæteris perſpicuum ſatis eſt: ſed conceptum ſane non abſurde inter ſpecies furti poſſit referri, vt ex iis patebit, quæ iam dicemus, quomodo & refertur à *Paulo* 2. *ſent.* 31. *& à Caio* 2. *Inſtit.* 11, qui etiam addunt, oblatum, & ita quatuor ſpecies cōſtituunt. Concepti † furti per 1
lancem & licium mentio fit apud *Gell.* 11. *noct.* 18. *& lib.* 16. *cap.* 10. Sed quale id genus furti fuerit, non explicat: & viri non indocti in varias & fere erroneas ſententias iuerunt. Ita ego ſtatuo, vt pluribus ad Treutl. explicaui; conceptum furtum fuiſſe, quod arguente eo cui furtum factum erat, in ædibus alterius, qui rem furtiuam ad ſe delatam negabat, inueniebatur. Ita autem appellatum fuit, quod olim qui quærebat rem, quoniam in quæuis conclauia intrandi erat conceſſa poteſtas, tenebat lancem ob oculos propter matremfamil. & virginum pudorem, vt ſcribit *Feſtus in verbo lancem.* Huius ratio rurſus erat, quoniam intrabat cinctus ſimplici licio & lino, vt parum à nudo differret: cuius rurſus ratio eſt, vt ne aliquid latenter ſub veſte inferre, & dominio ædium calumniam ſtruere poſſet. In locum huiuſmodi quæſtionis, quam Gellius iam ſuo tempore aboleuiſſe ſcribit, veroſimile eſt, ſucceſ-

ſiſſe,

ſiſſe, quod hic ſcribit Iuſtin. vt teſtibus adhibitis furtum in alienis ædib. quæreretur, vt inuentum, iuxta hũc §. cõceptum furtum diceretur. Et ait Iuſtin. in pr. §. hunc furem nõ eſſe; & nimirum non eſt verus fur, quia rem non ſubtraxit ipſe, ſed quia rem penes ſe celauit, inſtar furis eſt, quandoquidem ipſe Iuſtin. in f. §. idem ius ſtatuit, quod de eo, qui ſciens rẽ furtiuam ſuſcepit, qui vtiq; furti nec manifeſti tenetur. Sed an actio furti concepti in duplum fuit, an in quadruplum? Equidem ſi recte habet comparatio in *d. fin. h.* § fuerit dicendum, in duplum eam fuiſſe, & deſcriptio furis manifeſti in §. *prae.* hic non conuenit. Sed contradicit *Gellius* 11. *noct. Att.* 18. vbi ſcribit, decemuiros in furtum cõceptum, perindeac in manifeſtum animaduerti iuſſiſſe. Cuius rei ratio fortaſſis hæc fuit, ꝙ conceptum furtum, quod pœna augenda fuit in eum, qui rem apud ſe eſſe inficiatus eſt; & quamuis loquatur Gell. de furto concepto per lancem & licium eadẽ tamẽ ratio militat, in ea ſpecie furti, quæ in locum illius poſtea ſubrogata videtur, cum nimirum altero negante, res teſtib. præſentibus quæſita fuit & reperta. Et ad hanc ſpeciem furti cum teſtibus quæſiti & reperti, referuntur reliquæ tres h. §. nõ tam ſpecies, quam potius vt Iuſtinian. in §. *praeceden.* ait, actiones, quæ certis quibuſdam caſib. competant, qui contingunt circa furtum conceptum; veluti ſi quis dolo malo rem furto ſublatã mihi neſcienti obtulerit, eaq; apud me concepta fuerit; tenetur mihi actione oblati furti. Si quis rem furtiuam quærere non fuerit paſſus, tenetur actione prohibiti furti, (ſatis impropria appellatione.) Et denique cõuenitur actione non exhibiti furti, qui non exhibet rem quæſitam & inuẽtam. Et quoniam hæ actiones ex furto cõcepto pendẽt, & vt hoc §. refertur vetus illa inquiſitio ſit abrogata, vel abolita, cõſequitur inde has actiones ſimul ſublatas eſſe & ipſas, vt recte argumentatur Iuſtinian. hoc loco. Sed quæ ſequitur ibi porro argumentatio in extremo huius textus, minus recte ſe habere videtur; quod actiones iſtæ cum veteri inquiſitione rei, propterea fuerunt ſublatæ, quod omnes, qui ſcienter res furtiuas ſuſcipiunt ſint rei furti non manifeſti: ſiquidem requiſitionis ſiue inquiſitionis huius hic ſcopus & finis eſt; vt, qui rem furtiuam ſuſcepit & occultat, deprehendatur, qui negata inquiſitione facile latere poteſt; niſi hæc ratio ita explicetur, quod non ſit opus ſolenni inquiſitione, cum etiam citra eam, quiſquis conuictus eſt rem furtiuam ſciens ſuſcepiſſe, furti teneatur *l. eos* 14. *Cod. de furtis*, quæ tamen probationes ſi deficiant, & adſint indicia aliqua non leuia ſuſceptæ & occultatæ rei, autoritate magiſtratus hodieq; inquiſitionem rei furtiuæ in ædibus alienis fieri poſſe, notant Interpp. hic.

TEXTVS.

5. Pœna manifeſti furti quadrupli eſt, tã ex ſerui quam liberi perſona, nec manifeſti, dupli.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio, cur manifeſtum furtum longe grauius fuerit punitum.*
2 *Pœna dupli eſt ex L. 12. tabb.*
3 *De pœna capitali.*

INgens apud varias gentes diuerſitas fuit in puniendis furtis, de quo late diſſerui ad *Treutler. de priu. del.* vnicum tantum in eam rem addo locum, ex *Euſebio lib. 6. de praeparation. Euang.* ἐν Ἄτροις, inquit, ὁ κλέπτων τι ὀβολῦ ἄξιον λιθάζεται: παρὰ βάκτροις ὀλίγα κλέπτων ἐμπτύεται, παρὰ ῥωμαίοις πληγαῖς αἰκίζεται. Quin apud eaſdem gentes diuerſis temporibus diuerſæ. Duo Legiſlatores Athanienſium Draco & Solon, ille morte, hic, (at quanta hæc diuerſitas) pœna pecuniaria dupli fures multauit, teſte *Gellio* 11. *noct. Atticar.* 18. Eadem varietas apud Romanos fuit; ſiquidem eodem teſte, Decemuiri furtum manifeſtum in ſeruis capitaliter, in liberis corporaliter, non manifeſtum tantum pœna dupli vindicauerunt. Cuius differentiæ tam latæ quæ ſit differentia non immerito quæritur. Hottom. hãc reddit, quod ſemper certius

ſit eum eſſe furem, qui deprehenſus eſt, quã qui non eſt deprehẽſus. Sed inepta eſt hęc ratio pro tãta diuerſitate; tum ẽt quod dicit Leges in dubio ſententiam mitiorẽ eligere, magis ineptum eſt; quia dubium, vt plurimum non eſt, quin non deprehenſus cum furto, reuera etiam furtum cõmiſerit: de quo conſtare poteſt, tum teſtibus, tum ex confeſſione ipſius furis; & fur hic quoq; eſſe dicitur nõ manifeſtus, qui in loco quo rem perferre deſtinauit, cum furto deprehenſus fuit §. *furtorum* 3. *inf. h. t.* Cuiac. 19. *obſ.* 12. hac ratione vtitur, ꝙ plus habere debeat, qui in deprehẽdendo fure & perſequendo diligentior fuit. Verũ 1. nihil pertinet hæc ratio ad pœnam quæ ex L. 12. tabb. manifeſto furi in corpus irrogatur. Deinde, licet quæram⁹ de quadrupli pœna, multus tamen & ipſa de cauſis nihil cõcludit, 1. quoniam ſæpe ne quis perſequatur, non ex negligentia fit, ſed ex iuſta ignorantia. Deinde quia ſi noctu furtum fiat, aut domino abſente, nulla argui poteſt eius negligentia, 3. quia vt docet §. 3. *h. t.* vt manifeſt⁹ fur dicatur, nõ neceſſe eſt ab ipſo domino deprehenſum eſſe furem, ſed ſufficit deprehenſum eſſe ab alio, vt nulli domini diligentiæ hoc imputari poſſit. Nulla mihi alia ratio diuerſitatis dari poſſe videtur, quam quod vel decemuiri & aſperitatẽ Draconis, & lenitatem Solonis (conſtat enim LL. 12. tabb. à Græcis fere acceptas) in duplici furti genere ſequi & imitari voluerint; vel Spartanorum & aliorum Græcorum exemplum ſecuti fuerint, apud quos occulta furta pene impunita, ſed in deprehenſos fures acerbe animaduerſum fuit, vt apparet ex *Gell.* 11. *noct.* 18. *& Suida in verbo* κλέπτις, poſtea prætor in locũ pœnæ veteris capitalis & corporalis, quam furib. manifeſtis irrogarunt Decemuiri & quæ ipſi nimis atrox viſa fuit, ſubrogauit pecuniariam pœnam, & eam grauiſſimam ex iure noſtro *argument.* §. *omnes* 21. *infr. de actionib.* Atque hæc adeo etiam ratio eſt, ob quam ex prætoris edicto irrogatur pœna pecuniaria quadrupli, furi manifeſto; pœna eadem dupli in furem non manifeſtum relicta, quæ erat ex LL. 12. tabularum. Et errant manifeſto *Baro hic & Duaren. ad tit. de furt. cap.* 6. qui etiam pœnam dupli ex edicto prætoris deſcendere putant, quod bene *Contius* refutat 1. *lect.* 2. tum ex *Gell. d. loco*, tum ex *fin. princip. infr. de perpet. & tempor. action.* vbi ſola actio furti manifeſti in quadruplum ad edictum prætoris refertur, tum pręcipue ex §. *ſunt autem* 4. *inf. de nox. action.* ex quo tale argumentum formatur. Ex quo iure eſt actio furti noxalis, ex eo neceſſe etiam eſt deſcendere actionem furti pecuniariam, quoniam nulla actio noxalis eſt criminalis. Atquin ex iure ciuili quod opponitur edicto prætoris, & ex Lege ſcilicet 12. tabb. deſcẽdit actio furti noxalis. Ergo, &c. Et cum igitur actio quadrupli ſit haud dubie ex edicto prętoris, oportet alteram dupli actionem eſſe ex LL. 12. tabb.

Licet autẽ hęc ita ſint, tamen nihilominus etiam omiſſa actione ciuili pecuniaria, potuiſſe criminaliter agi contra fures, docent *l. vltim. de priuat. delictis & l. vltim. de furtis*, extra ordinem nimirum, vt fur arbitrarie coerceretur. Hodie fere capitaliter & ſuſpendij pœna in fures animaduerti ſolet. Atquin videtur hæc pœna iniqua eſſe, quoniam cum oporteat iuſtam eſſe proportionem inter culpam & pœnam, nulla comparatio eſt pecuniæ, & ſcilic. quinq; ſolidorum cum vita hominis neq; vlla hic occurrit circumſtantia, quæ faciat hanc pœnam & proportionem iuſtam; nec video qua ratione verum eſſe poſſit, quod in Parat. hic Weſembec. ſcribit, non minus peccare in ſocietatem humanam fures, quam adulteros & homicidas; quin hæc ſententia eſt iniurioſa in Legem Dei, qui hæc delicta maxima diuerſitate pœnæ diſiunxit; & ex ipſa Lege Dei, quæ furibus tantum pecuniariam pœnam indicit, ſolidiſſimum huiuſmodi argumentum deducitur. Quæ pœna ſancita eſt à ſapientiſſimo Legislatore, qui ſolus veram proportionem inter delictum & pœnam nouit, ea iuſta & æqua eſt, & quæ conſequenter ab hac toto genere diſtat, eam iniquam & iniuſtam eſſe oportet. Atquin Deus Lege ſua pecuniariam tantum pœnam furibus irrogauit. Ergo, &c. Illuſtratur hoc ab ingen-

genti diuerſitate pœnarum, quam diuerſi diuerſarum gentium Legislatores, in furtum, adulterium, & alia delicta, poſitis etiam iiſdem circumſtantijs conſtituerunt: vt cum iiſdem poſitis circumſtantiis tantum ſit vna natura delicti, pleroſque eorum in æſtimanda delicti eſſentia, eiuſque cum pœna proportione longe erraſſe neceſſe ſit; vt nec ſecurus poſſit eſſe magiſtratus, qui hanc vel illam Legem ſecutus, leniorem, aut grauiorem irrogat pœnam. At tuto acquieſcet conſcientia, quæ ſequitur Legem Dei, qui errare & falli non poteſt. Neq; mouet, quod vulgo afferri ſolet, à Moſe tantum Iudaico populo hanc legem latam fuiſſe. Etenim ille tantum tum Dei populus fuit, quem ſolum & eius curam ad ſe pertinere Deus voluit; cuius populus cum hodie ſint Chriſtiani, recte fecerint, ſi in politicis & forenſibus Legib. politiam Moſaicã, quorũ fieri poteſt ęmulentur. Neq; ratio vlla dari poteſt, cur in populo Iudaico tantum & non alibi quoque hæc pœna quã dixit Deus, iuſta ſit cenſenda; quippe cum eadem vbique ſit furti natura. Sed pluribus iſta exſequuti ſumus ad Treutl. ſupr. citato loco.

Ad §. noſtrum hoc notandum eſt, quod Iuſtinian. ait, furti manifeſti pœnam eſſe quadrupli, tam ex ſerui quam ex liberi perſona: eum reſpexiſſe ad diuerſitatem pœnæ, quæ in fures manifeſtos olim erat, ex 12. tabb. à diuerſitate ſtatus; quoniam vt teſtatur *Gellius 11. noct.* 18. ſerui de Saxo Tarpeio deiiciebantur; liberi flagris cæſi ei cui furtum feciſſent addicebantur. At ex edicto prætoris differentia non eſt, quo ad pœnam quadrupli, ſiue liber homo, ſiue ſeruus furtum fecerit; vt nimirum dominus nomine ſerui conueniatur actione furti pœnali in quadruplum: ſed non vt homo liber, pure, ſimpliciter, & directo, ſed noxaliter, vt tractabimus pluribus *inf. tit.* 8. Quod ſi enim de pœna criminali agatur, ipſe ſeruus conuenitur. Illud denique notandum, quod Gell. ſcribit *11. noct.* 18. furti concepti & oblati pœnam, tripli fuiſſe.

TEXTVS.

6\. Furtum autem fit, non ſolum, cum quis intercipiendi cauſa rem alienam amouet; ſed generaliter, cum quis alienam rem inuito domino contrectat. Itaq; ſiue creditor pignore, ſiue is apud quem depoſita eſt, ea re vtatur: ſiue is, qui rem vtendam accepit, in vſum alium eam transferat, quam cuius gratia ei data eſt, furtum committit: veluti ſi quis argentum vtendũ acceperit, quaſi amicos ad cœnam inuitaturus, & id peregre ſecum tulerit; aut ſi quis equum geſtandi cauſa commodatum ſibi longius aliquo duxerit; quod veteres ſcripſerunt de eo, qui in aciem perduxiſſet equum. Placuit tamen eos, qui commodatis rebus aliter vterẽtur quam acceperint vtendas, ita furtum committere, ſi ſe id inuito domino intelligant facere, eumque ſi intellexiſſet, non permiſſurum: at ſi permiſſurum credant, extra crimen videri, ſane optima diſtinctione, quia furtum ſine adfectu furandi nõ committatur. Sed & ſi credat aliquis, inuito domino ſe commodatam ſibi rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Vnde illud quæſitum eſt, cum Titius ſeruum Mæuij ſolicitauerit, vt quaſdam res domino ſurriperet, & ad eum perferret, & ſeruus id ad Mæuium pertulerit: Mæuius autem dum vult Titiũ in ipſo delicto deprehendere, permiſerit ſeruo, quaſdã res ad eum perferre: vtrum furti an ſerui corrupti iudicio Titius teneatur, an neutro. Et cum

cum̃ nobis ſuper hac dubitatione ſuggeſtum eſt, & ſuper hoc antiquorum prudentum altercationes perſpeximus, quibuſdam neque furti neq, ſerui corrupti actionem præſtantibus, quibuſdam furti tantummodo: non huiuſmodi calliditati obuiam euntes, per noſtram deciſionem ſanximus, non ſolum furti actionem, ſed & ſerui corrupti contra eum dari. Licet enim is ſeruus deterior à ſolicitatore minime factus eſt: & ideo nõ concurrant regulæ, quæ ſerui corrupti actionem introducunt: tamen conſilium corruptoris ad perniciem probitatis introductum eſt, vt ſit impoſita ei pœnalis actio, tamquam ſi ipſa re ſeruus fuiſſet corruptus: ne ex huiuſmodi impunitate, & in ſeruum alium, qui facile poſſet corrumpi, tale facinus à quibuſdam perpetretur.

Commentarivs.

1 *Ad* l. 46. §. pen. de furt.

HÆc coniunctam habent tractationem & partim ſupra ad §. 1. fuerunt explicata, & nimirum quod eſt in *pr.* §. de furto, quod creditor, depoſitarius & commodatarius, committunt, ſi rebus illis vtantur, vel vltra conceſſum modum vtantur; quæ habentur in *textibus ſupr.* ad §. 1. citatis. Libet huc adſcribere breuiculum caput 15. *Gell. lib. 7. noct. Attic.* Labeo, inquit, in lib. de XII. tabb. ſecundo, àcria & ſeuera iudicia habita fuiſſe de furtis ſcribit. Idq; Brutum ſolitum dicere, damnatum furti qui iumentum duxerat alio rſum, quam quẽ in locum petierat. Itaq; Q. Scæuola in librorũ quos de iure ciuili cõpoſuit ſextodecimo, verba hæc poſuit. Quod cui ſeruãdum datũ eſt, ſi id vſus eſt, ſiue quod vtendum acceperit, ad aliam rem atq; accepit, vſus eſt, furti ſe obligatit. Hæc Gellius. Et Valer. *Maximus lib. 8. c. 2.* quendam furti refert damnatum, quod equo cuius vſus illi vſq; ad Ariciam cõmodatus fuerat, vlteriore eius municipij cliuo vect⁹ eſſet. Hæc fuere, fidei ſanciendæ, paulo alias duriora, vt quis ex his cauſis, graui iudicio pœnali & famoſa damnaretur. Criminali autem iudicio vix erit hic locus; nec quiſquam dubitat ex his furtorum generibus capitalem pœnam irrogari non poſſe.

Placuit tamen eos.] Quoniam hoc ipſum durum erat, vt ex cauſis quas diximus iudicio famoſo pœnali quis condemnaretur; ideo iſta ſententia limitata fuit, vt non procederet, ſi quis citra animum fraudulentum, credens dominum facile permiſſurum liberiorem vſum re commodata vltra limites initio dictos fuerit vſus. Id ita proponitur de commodato: Difficilius obtinebũt in pignore & depoſito, quorum natura hæc eſt, vt ne quis ijs vtatur; & ex circumſtantijs tamen & facilius creditor poterunt liberari à ſuſpicione furti; idq; probat *l. is, qui 76 in pr. h. t.* vbi tamen verba, *vſus aliter atque accepit,* minus conueniunt depoſito; de quo tamen nominatim ibi agitur. Et ſane, qui poculo argenteo apud ſe depoſito, vel ſibi pignorato, aliquando vtatur in conuiuio, eum protinus furti teneri perquam fuerit durum. Recte autem ſententiam huius §. limitat Accurſius, vt procedat in terminis ibi ꝓpoſitis, vbi quis re abutitur, quæ iam apud ipſum voluntate domini exiſtit; vix enim eſt, vt audiri poſſit, qui rem amouit & ſubtraxit domino, ſub hoc colore, quod putarit eum permiſſurum. Poſſit tamen aliquando & hic putationi erroneæ eſſe locus, argument. textus generalis in *leg. inter 46. §. recte h. tit.* veluti ſi qui amouit rem, ſit familiaris, bonæ exiſtimationis, & cui alias dominus rem concedere ſolitus erat, vt notant *Angelus & Faber hic,* (modo ne rem v. c. nocte & doloſe amoueat) Ceteroquin præſumptio iuris eſt, contra amouentem, per *l. qui vas 48. §. 3. in f. h. t.* propter quam deficientibus illis circumſtantijs, à pœna non liberabit furem, nec atteſtatio domini, quippe quæ precio, aut precibus

tibus creditur emendicata, vt tractat *Bart. in d. l. inter 46. §. recte h. t.* vbi nimirum de pœna criminali irroganda quæritur: nam iuris ſui perſecutionem priuatam quiuis remittere poteſt.

Sequitur in hoc textu:

Sed & ſi credat aliquis.] Ait Iuſtinian. nec tum furtum fieri, ſi quis putet ſe inuito domino re vti, modo in rei veritate dominus id velit. Quod non ſatis videtur conuenire rationi. Sicut enim, qui putat volente domino ſe vti, vtcunque dominus reuera nolit, non incidit in crimen furti, quia animus furandi, & propoſitum doloſum deficit; ita ex aduerſo eadem ratio facit, vt, qui putat ſe inuito domino contrectare, vtcunq; dominus fuiſſet permiſſurus, furtum committere ſit dicendus, quia animus furandi & eſſentia furti adeſt, & nimirum fraudulenta contrectatio lucri faciendi gratia, idque probatur ex *d. leg. 46. §. recte penultim. h. t.* vbi dicitur hoc caſu committi furtum. Nam quod ſtatim ſubiicitur: *verum tamen eſt, vt cum ego velim eum, vti licet ignoret, ne furti ſit obligatus*, non continent emendationem prioris, vt male Accurſ. & Bart. opinati ſunt, ſed potius declarationem; quod licet reuera furtũ commiſſum ſit tamẽ dominus, quippe, qui eum vti voluerit, non poſſit actione furti experiri; eo enim pertinet quod in d. §. dicitur, eum non eſſe obligatum furti vid. in effectu: & ita omnino hunc quoque locum accipiendum exiſtimo, quod furtum non fiat, eo effectu ſcilic. vt non poſſit conueniri actione furti; vt perinde ſit, ac ſi furtum non feciſſet; cuiuſmodi & alij caſus occurrunt, quibus ob furtum commiſſum reuera actio furti non datur *l. 1. in fin. rer. amot. l. ſi libertus 89. h. t. §. hi qui 12. inf. h. t.* Effectus enim hic quominus in actum deducatur, licet poſita cauſa, ex iuſtis rationibus poteſt impediri: vel potius, actio ipſa quantumuis ipſo iure nata, ex iuſtis cauſis à magiſtratu denegari:

Sequitur in textu.

Vnde illud quæſitum eſt.] Diximus non eſſe furtum, vel potius non competere actionem furti, ſi dominus permiſſurus fuiſſet rem contrectare, licet alter putet, ſe inuito domino facere. Hæc ita, vbi dominus ſerio id fuit permiſſurus: ſecus ſi per ſimulationem, vt alium deprehendat in crimine, quæ eſt huius *verſ.* ſpecies, & *leg. ſi quis ſeruo 20. Codic. h. t.* quamquam ibi reuera, nec furtum commiſſum, nec ſeruus corruptus ſit, ſed in exemplum, propter malitioſum propoſitum corruptoris, & quod quantum ad ipſum, & ipſius opinione res effectum habuit, pro furto & corruptione habeatur: vt vtroque loco prolixe explicat, & perſpicue Iuſtinianus. Nec eſt huius loci tractare, quando delictum quod non habuit exitum, puniatur. Et tamen vt diximus, opinione corruptoris, aut praui conſulentis res exitum habuit; & ablatæ res, & ad prauum conſultorem delatæ fuerunt.

TEXTVS.

7. Interdum etiam liberorum hominũ furtum fit: veluti ſi quis liberorũ noſtrorum, qui in poteſtate noſtra ſunt, ſubreptus fuerit.

COMMENTARIVS.

HVius §. deciſio pendet à iure poteſtatis, quod inſtar dominij ex veteri L. Romuli, in liberos Romani habuerunt, ita vt etiam adiecta cauſa, *Ex iure Quiritium*; eos vindicare potuerint *leg. 1. §. 1. de rei vindicat.* Itaque propter filium ſubreptum, non tantum poteſt agi criminaliter, aut extra ordinem iuxta *leg. vltim. h. t.* aut publico iudicio L. Fabiæ de plagiarijs, *l. vltim. Cod. ad L. Fab. de plag.* vt male iſtud limitat & explicat Accurſ. ſed etiam actione pœnali ciuili, vt & ceteri Interpp. notant, & probatur *l. eum qui 14. §. ſi filius 13. l. matri 38. §. 1. h. t.* Vbi tamen negatur condictio quoniam hæc competit vero dominij iure, quale patres in liberis non habent. Atquin cum corpus liberum nullam recipiat æſtima-

tionem, quidnam duplabitur, aut quadruplabitur? Hottomannus ait, quod pater priuato iudicio furti æſtimet iniuriam, per ſubreptionem filij ſibi illatam. Atquin iſta non furti, ſed iniuriarum actio fuerit. Interpp. putant agi ad duplum operarum ceſſantium, & eius quidquid per filium pater lucrari potuiſſet, cuius & alibi habetur ratio *l. ſi quis 52. §. ſi ſeruus 28. h. t.* aut fortaſſis ſimpliciter pater petet æſtimari incertum, & officio iudicis committit; aut etiam iurabit in litem tanti ſua intereſſe. Theoph. tantum eius quod intereſt meminit, & exemplum plane ſingulare ponit, ſi propter furtum, factum ſit, ne per filium inſtitutum quis conſequeretur hæreditatem.

TEXTVS.

8. Aliquando autem etiam ſuæ rei quis furtum committit, veluti ſi debitor rem quam creditori pignoris cauſſa dedit, ſubtraxerit.

COMMENTARIVS.

1 *Res pignorata & ab ipſo debitore ſubrepta, an poſſit vſucapi.*

DE hac quoque re aliquid diximus ad §. 1. *h. t.* cõmitti ita furtum poſſeſſionis, quæ
1 eſt penes † creditorem; atque ipſum rei dominum hic furti teneri *l. ſi pignore 22. in princ. de pignorat. act. l. ſi itaque 12. §. vltim. l. in actione 19 §. pen. l. ſi debitor 70. l. creditori 87 h. t.*

Poteſt autem ita occurri. Quæ res poteſt vſucapi, ea non eſt furtiua § *furtum ſupr. de vſucap.* Atqui pignori res data, & per debitorem ſubrepta poteſt vſucapi *l. 4 §. ſi rem 21. l. vlt. de vſucap.* Poſſit dici, inhiberi vſucapionem, vbi tota res furtiua facta eſt; hic autem non tam rei quam poſſeſſionis committi furtum. Sed occurritur porro ex *l. cum ſit 6. Cod. de vſucap. pro empt.* vbi ex hac cauſa pignori res data ita dicitur furtiua facta, vt nec vſucapi poſſit. Soleo dicere hanc rem conſiſtere in nuda iuris ſubtilitate. Rem traditam creditori ſi ſubripiat debitor in eodem momento & furtiua fit, & purgatur vitium, quoniam peruenit in poteſtatem domini; quæ eſt ſententia *d. l. vlt. de vſucap.* quæ alias implicaret cõtradictionem. Atque ita in pignore in ſpecie dicto. Atquin *d. l. 6. C. pro empt.* loquitur de hypotheca, cui[9] poſſeſſio eſt apud debitorem, quam ſi inſcio creditore diſtrahat, committere dicitur furtum, *l. ſi is, qui 66. in princip. h. t.* & res tum ita furtiua fit, vt vſucapi non poſſit, quia non, vt priori modo vitium purgatum dici poteſt. Et notanda eſt, ex *d. l. 66. h. t. & d. l. 6. C. pro empt.* ſingularis ſpecies furti, quod nec eſt rei, nec vſus, nec poſſeſſionis, quippe cum debitor dominus ſit, & vſum poſſeſſionemq; habeat; & tenetur furti ob hoc ſolum, quod vendendo quaſi interuertere ius pignoris creditori velle videtur, quamuis res vendita tranſeat, cum ſua cauſa & onere pignoris; plura dicemus *inf. in §. vnde conſtat 14.*

TEXTVS.

9. Interdum quoque furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit, qualis eſt is, cuius ope & conſilio furtum factum eſt. In quo numero eſt, qui tibi nummos excuſſit, vt alius eos raperet, aut tibi obſtiterit, vt alius rem tuam exciperet: aut oues tuas, vel boues fugauerit, vt alius eas acciperet. Et hoc veteres ſcripſerunt de eo, qui fugauit armentum panno rubro. Sed ſi quid eorum per laſciuiam, & non data opera, vt furtum admitteretur, eſt factum, in factum actio dari debet. At vbi ope Mæuij Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur, ope & conſilio eius quoque videtur furtum admitti, qui ſcalas forte ſupponit feneſtris, aut ipſas feneſtras, vel oſtium effringit, vt alius furtum faceret; quiue ferramenta

ta ad effringendum, aut ſcalas, vt ſupponerentur feneſtris, commodauerit, ſciens, cuius gratia commodauerit. Certe, qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed tantum conſilium dedit atque hortatus eſt ad furtum faciendum, non tenetur furti.

COMMENTARIVS.

1 *An ex conſilio quis obligetur.*

PErtinet ad explicationem definitionis furti, & limitationem quandam proponit ad genus, quod aliquando furtum citra contrectationem committatur, vel vtique furti ſaltem teneatur; ait enim Iuſtin. hoc caſu teneri furti eum, qui furtum non fecit, id eſt qui ipſe rem manu ſua non contrectauit, qui tamen alibi furtum facere dicitur, *l. in furti* 50. §. 1. *h. t.* §. *ſeq. in fin.* Itaque ad explicationem huius §. non vna verborum ambiguitas notanda eſt, 1. quod furtum facere aliquando in ſpecie ſignificet rem contrectare, & contingere, & amouere, velut in *pr. huius* §. vbi, qui ope conſilio adeſt, negatur facere furtum; cum tamē alibi ope conſilio furtum dicatur committi *l. in furti* 50. §. 1. *h. t. & alibi.* Deinde notandum quod conſilium latius deſignat malignum propoſitum, eoque ſenſu ſemper in ope, ſiue in opera fraudulenta ſimul eſt furandi conſilium; quomodo vſurpatur in *l. ſæpe* 53. §. *vlt. de V. S.* vbi dicitur, opem tuliſſe non nocere, niſi & conſilium malignum adfuerit; verum in ſpecie, & quatenus opponitur operæ ſiue opi, conſilium ſignificat perſuaſionem impulſionem, aut inſtructionem, vt in *d. leg. in furti* 50. §. *conſilium h. t.* Denique notandum & iſtud, quod itidem opem ferre, vſurpatur latius & ſtrictius. In ſpecie ſignificat, ſi quis præſens iuuet, aut abſens inſtrumenta ad furandum prudens ſciens commodet; *h. §. verſ. ope*, vbi de commodatis inſtrumentis, & in *leg. ſi pignore* 54. § *penultim. h. t.* Et rurſus opem quis ita fert, aut directo, aut per obliquum Directo, veluti ſi quis feneſtris ſcalas ſupponat *d. verſ ope h.* § per obliquum, veluti ſi nummos ex manibus excuſſerit, vt alius eos auferret, oues fugauit, vt alius eos abduceret, *verſ. in quo h.* §. *l. ſi quis.* §. 52. *ſi quis* 13. *h. t.* & magis oblique, ſi tibi obſtiterit, vt alius rem tuam abduceret, aut auferret, *d. verſ. in quo*, & quod inſigne exemplum eſt, ſi quis verbi cauſa mulionem in ius vocauerit, vt interim eo occupato alius mulas auferret *l. ſi is* 66. §. *cum 2. h. tit.* & magis adhuc, quod Gellius ex Sabino refert *lib.* 11. *capit.* 18. furem eſſe hominis iudicatum, qui cum fugitiuus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ tamquam ſe amiciens, ne videretur à domino obſtitiſſet. Latius, opem ferre ſignificat præbere adiumentum, quod ineſt quibuſdam conſilij ſpeciebus, cuiuſmodi eſt quod proponitur in *dict. leg.* 50. *h. t.* quod inſtruit & rationem furandi oſtendit, veluti ſi quis aliquem doceat rationem, quomodo debeat penetrare in ædes, aut pecunia, vbi repoſita ſit; in his enim ſimul ineſt opera: quo etiam referri poteſt caſus, *leg. qui ſeruo* 36. *in princip. h. tit.* ſi quis ſeruo perſuaſerit, vt fugeret, ei fini, vt ab alio ſubripiatur. Ita quo ad actionem ciuilem furti. Ceteroquin opem aut conſilium dantes, vbi de pœna capitali, aut corporali tractatur, mitius coerceri hic docent Interpp. oportet autem etiam furtum ſecutum & damnum reuera datum eſſe; alias non eſt furti actio *l. ſi quis* 52. §. *ſi quis* 13. *&* §. *neque* 19. *de furt. l. ſæpe* 53. §. *vltim. de V. S.* quod ſi eo animo vt furtum fieret factum quid ſit, ſed res alias perierit, ex Leg. Aquilia, vel in factum actio eſt *l. ſi ſeruus* 27. §. *ſi quis* 21. *de L. Aquil.* Et oportet conſilium & opem eo directa fuiſſe, vt furtum fieret, qui animus & quod propoſitum ſi abſit, & tamen datum ſit damnum per laſciuiam, nō furti, ſed in factum actio eſt *h.* §. *verſ. ſed ſi quid d. l. in furti* 50. §. *vlt. h. t.* Huiuſmodi igitur opera & huiuſmodi conſiliū obligant aliquem furti, & faciunt, vt teneatur actione furti; non etiam ſimplex conſiliū; veluti ſi quis de paupertate cōquerentē indefinite moneat & hortetur, vt furtum faciat: de

cuiuſmodi conſilio accipiendum eſt, quod *in fin. h. §.* ſcribitur: rectius quam quod alij furtum non ſecutum reſpondent; quod à ſententia huius loci eſt alienum; eoque pertinet, quod notant *Ioh. Faber. & Angel.* ſpeciale quid eſſe in furto, quod requirit natura ſua contrectationem aliquam; Ceteroquin ex cauſa aliorum delictorum facilius videtur, vt ex conſilio quis obligetur ad pœnam; de qua re aliquid diximus ad *§. tua tantum 6. ſup. Mandati*, & videndi ſunt autores, quos citat *Iaſon in §. omnes 21. n. 3. inf. de action. facit l. is, cuius 14. l. nihil 52. in f. de adulter.*

TEXTVS.

10. Hi qui in parentum, vel dominorum poteſtate ſunt, ſi rem eis ſurripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtiuam cauſam cadit, nec ob id ab vllo vſucapi poteſt, antequam in domini poteſtatem reuertatur: ſed furti actio non naſcitur: quia nec ex alia vlla cauſa poteſt inter eos actio naſci. Si vero ope & conſilio alterius furtum factum fuerit, quia vtiq; furtum committitur, conuenienter ille furti tenetur; quia verum eſt, ope & conſilio eius furtum factum eſſe.

COMMENTARIVS.

1 *An patri contra filium detur actio furti.*
2 *An detur filio in patrem.*

HIc vnus eſt ex caſibus illis, quos ſupr. notauimus, quibus licet reuera furtum committatur, actio furti non competit. Eſſentia furti adeſt, ſi quid filius patri, aut ſeruus domino ſubripiat, *h. §.* ſed non datur actio furti: cuius rei ratio duplex eſt, 1. in *l. ſerui 17. h. tit.* quia ipſi pater & dominus in filium & ſeruum animaduertere poſſunt, quod maxime iure veteri obtinuit, 2. quoniam iuxta *hunc §. & l. 16. h. t.* propter ius poteſtatis inter has perſonas actio eſſe non poteſt, *l. 4. de iudic.* & omnino cum ſeruo nulla eſt actio, vbi tamen circa filiumfam. ſcrupulum mouet, quod eſt in *l. ſi quis 52. §. ſed ſi 5. h. t.* vbi dicitur poſſe patrem agere contra filiumfam. qui ipſi furtum fecit, † ſi filius habeat caſtrenſe peculium. 1 Licet enim filiusfam. quo ad caſtrenſe peculium habeatur loco patrisfam. *l. 2. ad Macedon.* tamen extra illud filiusfamil. reuera eſt, nec poteſt dici ad caſtrenſe peculium pertinere, quod filius patri furtum fecit. Sed reſpōdendum eſt, propter hoc ipſum quod filiusf. qui caſtrenſe peculium habet, in eo pro patrefam. habetur, in ceteris quoq; eum quodammodo à natura ſimplicis filijf. degenerare, & cum ex peculio caſtrenſi ſatisfacere poſſit (filiusfamil. autem qua talis nulla bona habere poteſt,) quà ratione ICtus in *d. l. 52.* vtitur, hactenus recedimus à ſtricta ratione iuris, vt ſaltem vtilis actio patri in filium concedatur *d. l. 52. §. 5. h. t.* Eius autem, quod ceſſante quantumuis actione furti, cōmiſſum reuera eſt furtum, duplex effectus hoc §. proponitur. Primus, quod res ablata non poteſt vſucapi tamquam furtiua, antequam reuerſa ſit in poteſtatem patris, aut domini, de quo in *§. furtiuæ & in §. aliquando ſupra de vſucapionibus.* Effectus alter eſt, quod extranei, qui filiofamil. aut ſeruo domino patriue rem ſubtrahentibus opem conſiliū præſtant, tamquam ſi alijs opem conſilium præſtiterint, furti actione teneantur; quoniam reuera eſt admiſſum furtum, & rationes, quæ prohibent in filium, aut ſeruum dari actionem furti, in alijs ceſſant, atque ita traditur *h. §. in fin. l. qui ſeruo 36. §. 1. h. t.* quod idem obtinet in vxore, cui marito rem auferenti, alius opem & conſilium præbet, vt hic nimirum furti teneatur, *l. ſi quis 52. §. 1 h. t.* quoniam & ipſa reuera facit furtum, ſed proprijs rationibus non tenetur actione furti, *l. 1. Rer. am.* ſed ex diuerſo quid ſi pater filij rem † ſubtrahat, ſi 2 vel emancipatus ſit filius, vel caſtrenſe peculium habeat? Et hic quidem patria poteſtas non impedit actionem, *l. 4. de iudic.* ſed ꝑpria ratio,

ratio, quod famoſa actio, qualis eſt furti, filio in patrem non conceditur *l.5.de obſeq.par.præſt.* Itaque quod ſcriptum eſt *in l. ſi quis 52. §. an autem 6. h.t.* patrem filio furti teneri, neceſſario cum Accurſ. & communiter Interpp. de actione vtili in factum, accipiendum eſt, & exploſimus inſigne commentum, imo fœdiſſimum errorem A. Fabri, quod ex cauſa peculii caſtrenſis filio in patrem famoſa actio detur, in exercitat. noſtris ad *decad. 82. cap. 6. & 8.*

TEXTVS.

II. Furti autem actio ei competit, cuius intereſt rem ſaluam eſſe, licet dominus non ſit. Itaque nec domino aliter competit, quam ſi eius interſit rem non perire. Vnde conſtat, creditorem de pignore ſubrepto furti actione agere poſſe, etiamſi idoneum debitorem habeat, quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in perſonam agere: adeo quidem, vt quamuis ipſe debitor eam rem ſubripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

COMMENTARIVS.

1 *An & quomodo poßit non intereſſe domini, cui res fuit ſubrepta.*
2 *Quomodo intereſſe dicatur.*
3 *Vbi agit non dominus, ratione intereſſe, quidnam dupletur.*
4 *De iure creditoris cui res ſubrepta eſt.*

TRactatur de actione furti: Cui competat, & regula proponitur, quod ei detur, cuius intereſt, *l. cuius 10. h.t.* adeo vt nec ipſi domino detur, niſi quatenus & quia eius interſit, *h.text.verſ. Itaque.* (Forte Iuſtin. reſpicit caſus quos mox tractat, quibus dominus actionem ex contractu pro re vel æſtimatione conſequenda contra alios habet, vt apparet ex §.15. Sed & tum non intereſt domini, ſi ſine culpa eius res in ſpecie debita fuerit ſubtracta. Ita enim liberatur *arg. l. arbitrio 18. §. vlt. de dolo. vt notat Faber hic.*) At quomodo poteſt non intereſſe domini, rem eſſe ſubreptã? Caſus dari poteſt in venditore, ſi ei poſt perfectam emptionem ſine culpa eius res ſubripiatur, periculum enim cum ſit emptoris *§. cum autem 3. ſup. de empt.* nihil intereſt venditoris, qui adhuc dominus eſt. Sed ita incidimus in aliam difficultatem. Qui actionem cedit, ille vtique eam habet, quomodo enim alias cederet? Atquin venditor cui ſine culpa ſua res ablata eſt, actionem furti cedit emptori *d. §.3. in fin. ſup. de empt.* Et conſequenter contra hunc text. dominus cuius nihil intereſt, habet actionem furti. Quod ſi dixeris ob hoc ipſum intereſſe domini, quia actiones cedere debeat: dicam, ita vix vllum dari poſſe caſum, quo non interſit domini: tum vero dicam, ex hac cauſa intereſſe, vbi quis tenetur ita actiones cedere, vt ſi nullas habeat culpa ſua, ob hoc ipſum debeat condemnari, vt notauimus ad *d. §.3. de empt.* Atquin venditor qui ſine culpa ſua furto rem amiſit, non poteſt condemnari, licet nullas habeat actiones. Dici poſſit, interim, aliud eſſe actionem natam eſſe, aliud, actionem competere effectu: Et in caſu quem propoſui, venditorem mouentem actionem furti, repelli poſſe exceptione, quod ipſius nõ interſit: ſed eam exceptionem inutilem fore ſi opponatur emptori, cui actio furti ceſſa fuit: quia in hunc effectu omne damnum redundat, & eius, effectu intereſt. Ex quo emergit ſcrupulus nouus. Quod ſi enim effectu intereſt emptoris, quippe ad quem perfecta emptione, licet re nondum tradita, omne periculum pertinet, cur igitur ei non recta datur etiam ſine ceſſione furti actio? Eam autem non competere emptori docet *d.§.3. in fi. ſup. de empt.* & aperte in *l. eum qui 14. in pr. h.t.* Reſpondendum eſt, quod dicitur, ei cuius intereſt tantum, & qui non eſt dominus dari actionem furti, intelligendum eſſe poſitis terminis habilibus, ſi videlicet res ei ſit ablata: & cum eorum ita intereſſet, non quod commo-

dum aliquod amiſerunt, ſed quod eo nomine & quod culpa eorum res amiſſa fuit, aliis videlicet dominis propria actione ad reſtitutionem aut ad æſtimationem tenebantur. Hoc nimirum principaliter attenditur: (in creditore enim cui res ablata eſt aliud inſuper intereſſe conſideratur, vt mox dicemus) quod licet ex exemplis deprehendere eorum, quibus ex cauſa eius quod intereſt, datur actio, creditoris, conductoris, commodatarii, de quibus *in §§. ſeqq. l. itaque 12. l. eum qui 14. § praeterea 2. & §. qualis 16. h. t. iunct. l. rem 78. h. t.* Hoc modo non intereſt emptoris cui nec res abrepta proponitur. Et omnino, id quod intereſt, quod cauſa eſt actionis furti, iuxta iam citatos textus explicandum eſt, nec enim quocunque modo intereſſe ſatis eſt, veluti intereſt creditoris habere idoneum debitoré, neque tamen ob id furti actionem habet, ſi debitori res ſubrepta ſit. *l. interdum 49. h. t.* vbi & ſimilis caſus de re ſubrepta quæ mulieris periculo eſt, proponitur, & quod ad noſtrum caſum de emptore pertinet, ſi res ſit ſubrepta, quæ ex ſtipulatu vel teſtamento debebatur, negatur creditori actio furti *l. is cuius 85. h. t.* licet eius interſit. Itaque & errare dicendum eſt Fabrum, qui re ſubrepta, quæ in ſpecie debebatur, negat domino actionem furti: tanquam eius non intereſſet; quin in dubio hoc ſolum, quod dominus quis eſt (extra caſus ſingulares quibus alii res ſubrepta eſt) pro intereſſe haberi, docet *l. ſi vendidero 80. in pr. h. t.* vbi ob hoc dicitur dari actio furti venditori, quia dominus eſt: addit etiam hoc, quia tenetur cedere actiones. Ex quo ſuperior diſputatio conuellitur, & fatendum adeo eſt, in arbitrio eſſe venditoris, an actiones cedere malit, an æſtimatione præſtita, vel eo quod intereſt, mouere actionem furti contra furem. Poſſit & alio colore venditori, cui nondum ſolutum eſt pretium defendi actio furti: quod apud eum res inſtar pignoris eſt interim *l. 14. §. 1. h. t.* aut an forte hic color tm̃ contra emptorem militat? Prorſus, vt dixi, intereſſe hic commode eſt explicãdum: *& ex d. l. 85.* vbi ait ICtus eum cuius intereſt, habere furti actionem, ſi res fuerit apud eum domini volũtate, vt ſc. amiſſę eius periculum ad eum pertineat. Amplius oportet intereſſe exhoneſta cauſa, *l. tum 11. l. qui re 76. § 1. h. t.* ex quo poſſeſſori malæ fidei actio furti negatur *l. itaque 12. §. 1. h. t.* & furi *d. 76. §. 1.* & omnibus quorum dolo factum eſt, vt res ſubriperetur *d. l. 12. §. 1. & d. l. 76. iunct. l. 14. §. is autem. h. t.* vbi tamen obiicitur, quod aliquando ipſi furi datur actio *l. qui verſ. 48. §. ſi ergo 4. h. t.* Sed ibi non proponitur, qui fur omnimodo eſt, ſed tantum ratione vſus aut poſſeſſionis. Illud in genere addendum, ſufficere interfuiſſe tempore furti facti, licet eo tempore quo furti agitur, non amplius interſit, vt docet *l. inter 46. in pr. de furtis.*

Illud autem inprimis hic quærendum, an eadem ratione competat actio furti: ei cuius intereſt, qua domino datur, id eſt, (hoc enim quærimus) an precium ipſius rei itidem dupletur & quadrupletur, an ſaltem id quod intereſt. Et pro regula ſtatuendum puto, ipſam æſtimationé rei quadruplari. Neque enim vſquam dicitur, id quod intereſt quadruplari: ſed iis quorum intereſt, actionem furti dari, & quod propterea non varietur æſtimatio, illud argumento eſt, quod hoc §. ſcribit Iuſtin. nec domino dari actionem furti, niſi qua eius intereſt. Et vero in terminis, quibus cõductori, creditori, commodatario res culpa ipſorum ſubrepta eſt, ipſum quod intereſt, nihil aliud eſt, quam æſtimatio vera rei, quoniam tanti ipſorum intereſt, ſiquidé actione ex contractu ad ſolidam rei æſtimationem præſtandam cõueniuntur. Neque itaque cõmodatarius, vt æſtimabit duplum vſus aut quadruplũ, ſed eius ad quod reſtituendum actione ex cõmodato tenetur: cæteroquin ſæpe fieret, vt in damno moraretur, cũ nec quadruplũ leuiſſimi vſus, exæquet ſimplam corporis ipſius æſtimationem; & ita nominatim de creditore reſponſum eſt *in l. creditoris 15. in pr. h. t.* Accedit, quod vt poſt dicemus, tractatur, an quod ii quorum intereſt actione furti conſecuti ſunt, ipſorum lucro cedat, an domino ſit reſtituendum, quæ queſtio inepta eſſet, niſi in actione furti ipſius rei æſtimatio veniret. Et omnino quod ſubreptum

reptum eſt, id duplatur vel quadruplatur; ſubrepta autem eſt res ipſa, & animo interuertendi totam, non minus ac ſi apud ipſum dominum res fuiſſet. Et adeo poſita eadem eſſentia furti, eodẽ dolo & fraudulento propoſito, abſurdum ſit, variari pœnam, & quidem variari non leuiter, imo interdũ eam pene ad nihilum, aut vtique ad leuiſſimam ſummam redigi, quid enim ſi depoſitario, qui in ſe recepit culpam, ſubrepta fuerit? quid ſi cõmodatario, qui preciosum poculum aureum, vt amicum conuiuio exciperet, vtendum rogauit, id furto ablatum ſit? leuiſſima erit pœna, ſi tantum vſum æſtimamus. Et ad quid ageret fullo, qui polienda veſtimenta ſuſcepit, & qui habet actionem furti §. *ſeq.* Et quod dominus ipſe rem poſſedit, nihil aliud facere poteſt, niſi vt aliquanto maior forte ipſi videatur facta iniuria, ſed vt diximus, cadem eſt eſſentia furti, nec fur iniuriandi, ſed lucrãdi animum, vt rem auferret habuit, vt nihil interſit cui res fuerit abrepta. Denique facit, quod *in* §. *qua de fullone inf. h. t.* ſi res ſubrepta ſit cõmodatario, Iuſtinian⁹ modo huic, modo ipſi domino ex huius arbitrio dat actionem furti: ridiculum autem ſit ex mero accidenti adeo variare pœnam & actionem furti. Idemque abſurdũ eueniret *in caſu* §. *ſeq. in fi.* vbi pro vt conductor ſoluendo eſt vel nõ, ita vel ipſi vel domino actio furti datur. Quæ notari volumus propter ea quæ dicemus *ad* §. *vlt. tit. ſeq.* His tamen quæ diſputauimus videntur aliquot textus obſtare, in quibus non duplatur vel quadruplatur ipſum verum rei ſubreptæ pretium. Et inprimis ſi debitor ipſe ſubripuerit pignus in actione furti non æſtimari & duplari ipſum corpus, ſed ſummam debiti cum vſuris, adeoque quod intereſt creditoris *l. credito ri* 87. *h. t.* Item in *l. inter* 46. §. 1. *h. t.* fructuarius ſubrepto ſeruo, agit in duplum pro fructibus, quanti eius interfuit furtum factum non eſſe: Et *in l. furtiuam* 74. *in fin. h. t.* bonæ fidei poſſeſſor in duplum nomine poſſeſſionis agit, non proprietatis: & ſimilis textus de colono *in l. fullo* 82. §. 1. *h. t.* Iſtis expediendis hæc primum limitatio videtur adhibenda, vt verum precium rei dupletur, vbi ipſius quoque rei totius furtum eſt factum. Secus vbi tantum vſus, vel poſſeſſionis. Ita debitor ſubripiens rem pignoratam, non poteſt dici totius rei feciſſe furtum: ſed & cõmodatarius qui aliquanto laxius vtitur, alias rem reſtituere paratus, tantum vſus furtum facere intelligitur. Itaque probo ſententiam *Ioh. Fab. Ang. & Plat. in* §. *furtum* 6. *ſupra h. tit.* hic commodatarium tantum teneri in duplum vſus ſeu potius abuſus.

Deinde quam rationem dedimus, cur pretium verum rei dupletur, quod cui res ſubrepta eſt, domino in ſolidam æſtimationem teneatur, ea in textibus propoſitis ceſſat. Nam v.c. creditori conductori, quibus res ſubrepta eſt, ita datur actio furti, vt ea domino non detur, quippe cuius intelligatur non intereſſe, cum rem, vel æſtimationem actione ex cõtractu conſequatur, de quo §. *ſeq.* Atqui in *dd. textibus* ipſi domino ſimul cũ alio datur actio furti: nec conditio furis leuior, ſed grauior fit, & duplici actione furti conuenitur, & tum rei ipſius tum eius, quod alterius intereſt, duplum præſtare cogitur, quod vtriuſque æqualiter licet non eiuſdem prorſus obiecti reſpectu intereſt. Neque hic habetur ratio furis, quaſi nimis grauem pœnam ſuſtineat, quippe qui quodammodo duplex furtum feciſſe intelligitur, & duobus rem interuertiſſe, quibus etiam ſingulis tenetur. Et fit hic ob concurſum domini, vt alter non duplum veri pretii (quod dominus perſequitur) ſed tantũ eius quod ſua intereſt, conſequi poſſit, neque poteſt hic cui res ſubrepta eſt à domino ad æſtimationem conueniri. Quæ omnino ſunt notanda. Iam ad text. noſtrum redeamus & plenius tractemus quod eſt in §. *ſiue verſ.*

Vnde conſtat, creditorem.] Rem pignoratam ſubripit aut ipſe debitor, aut alius: qui vterque caſus hic tractatur, & prior quoque *in* §. *aliquando* 10. *ſup. h. t.* vbi cur & cuius rei furtum faciat ipſe debitor quamuis dominus, explicatum eſt. Creditori duplicis intereſſe intuitu furti [illegible], 1. Quod actione pigneratitia directa, ad rẽ reſtituendã tenetur:

nimi-

& hic ad ſummam diligentiam tenetur per notata ad §.*pen. ſup. Locati*, idque eſt quod dicitur in *l.* 12. *in prin. h.t.* fullonem ſemper agere, quia cuſtodiam præſtat. 2. non datur ſi non ſit ſoluẽdo vt ab eo non poſſit dominus æſtimationem conſequi *h.*§. *verſ. fulloni l.itaq;* 12. *in pr.*
1 *h.t.* Sed quid, an † quod per actionem furti conſecutus eſt conductor id ipſius lucro cedit, an actione Locati reſtituere domino tenetur, ſicut creditor? vt diximus §.*praeced.* Et reſponſum eſt in *l.6.Locati*, eum qui rem conduxit, quod actione furti conſecutus eſt, non reſtituere. Quod tamen *Ioh.Fab. & Angel.* hic reſtringunt ad eum qui vſum rei conduxit, ad quem pertineat hoc lucrum, quia per furtum vſus rei, quem ex conducto habebat ipſi interuerſus eſt, ſecus autem putant in conductore faciendi, qui idem eſt locator operarum, qui cum nullum vſum rei habeat, quod per actionem furti adeptus eſt, in mercedem imputare, aut ex ipſorum ſententia reſtituere debet. Neq; attendendum videtur, quod periculo fullonis res ſubrepta eſt, nam & creditor, licet eius culpa res amiſſa & ſubrepta ſit, nihilominus quod exegit, imputare debito aut reſtituere debet *l.ſi pignore 22.in prin.de pign. act.* Itaque claudicabit ratio & intra terminos ſuos conſtringenda erit, qua vtitur *Iuſt. in l.vlt.* §.*ſed cum* 3.*h.t.* quod lucrum pertineat ad commodatarium, quoniam huius ſit periculum: Et erit illa non vera & adæquata ratio, ſed hæc, quod commodatarius habeat rei vſum. Verendum tamen ne forte non recte hac in re fullo & creditor comparentur: quia cur huic actio furti detur, ea eſt princeps ratio, quæ in §.*præc.* proponitur, quod eius interſit pignori incumbere: vt parum attendatur an ipſius culpa nec ne res fuerit ſublata: at fulloni hæc ſola ratio tribuit actionem furti, quod ipſius eſt periculum, & quod iudicio Locati domino tenetur & eam tum demum habet, vbi eſt ſoluendo. Et creditori tantum in ſecuritatem debiti & eius ſolius proprie loquendo gratia traditur pignus, ex quo adeo nullam commoditatem ſentire debet, & vitandam quoq; vſuræ ſuſpicionem quidam annotant. Locator autem rem defert ad fullonem ſui commodi cauſa. Locator ſcilicet operis faciendi, quo reſpectu *h.*§. dicitur habere actionem Locati: alio autem reſpectu, qua conducit operas, recte dicitur conductio, vt monuimus ad *prin. ſup. de Locato.* Et ego pene cenſeo contra Fabrum & Angelum, lucrum omnino cuiuſcunque conductoris eſſe debere, de quo amplius cogitandum.

Quid porro ſi ipſe locator † rem locatam 2
ſubripiat, an conductori dabitur in dominum furti actio, ſicut datur creditori contra debitorem iuxta §.*praeced.* Equidem fulloni omnino negandam actionem non dubitarim, cum nec interſit eius rei incumbere, nec vſum aut aliud vllum ius in re habeat, neque vbi ipſe dominus ſubripuit, conueniri iudicio Locati poſſit. Sed in alio conductore & commodatario, qui vſum rei habenti dubitationem res habet. Video negari à quibuſdam, ex hac ratione, quod hi nec dominium nec poſſeſſionem habent. Sed male ita infertur: quoniam ita contra alium quoque neganda eſſet conductori & commodatario actio furti. Accedit quod etiam ſit furtum ſolius vſus, quem hic interuertit dominus: ſicut interuertit creditori poſſeſſionem. Neque quod de furto vſus dicitur, reſtringi debere ad caſus ſuperius relatos, in §.1. *h.t.* ratio vlla neceſſaria efficit. Quin ſicut furtum poſſeſſionis dicitur, & cum alter eam domino interuertit, & cum dominus eam alii videlicet creditori: ita etiam dupliciter recte dicemus fieri furtum vſus. Et licet hactenus non interſit conductoris, quod non poſſit teneri Locatori qui ipſe fur eſt: tamen intereſt eius, vſum retinere quem ex contractu habet, & qui ſi ipſi alia ratione negetur, certiſſimo iure ex conducto ad intereſſe agit. Neque propterea quod agere ex contractu poteſt, ob id actio furti negatur neceſſario: nam & creditor ſubrepta ſibi re per creditorem, haud dubie contrar. actionem pignoratitiam habet. Et cum furti actio detur creditori, vbi nec poſſeſſio quidem ipſi interuerſa eſt, nimirum vbi debitor alienauit hypothecam, *l. is qui 66. in prin.h.t.* quid ni pro

SS fure.

Digitized by Google

fure haberi poſſit, qui vtique poſſeſſionem naturalem aut detentionem ſemel cum vſu, detinenti interuertit. De commodatario tamen illud poſſit mouere, non eſſe dandam actionem ei contra commodantem qui beneficium dedit. Sed tamen naſcuntur ex commodato mutuæ obligationes & actiones *l. 17. §. 3. commod.* nec debebat ille turpiter beneficium corrumpere. Et facit quod etiã emptor qui non ſoluto pretio ſubripit rem venditori, tenetur furti *l. cum qui* 14. §. 1. *h. t.* vbi tamen additur ratio, quod perinde teneatur, ac ſi pignus ſubtraxiſſe: quoniam venditor needum ſoluto pretio rem pignoris loco retinere poteſt: Et nihil interim affirmo.

Supereſt in h. §. de bon. fid. poſſeſſore in *verſ. ſed & bona*, licet in ſpecie de bonę fidei emptor proponatur. Etenim illud conſtat, intelligi bonæ fidei emptorem cui res tradita fuit: ceteroquin ante, actionem non habet vt ad §. *præc.* diximus. Et hic ſimpliciter actionem habet, & *omnino*, ſiue vt alii, *omnimodo*, nimirum ſiue ſoluendo ſit ſiue non, & ſiue in ſolidum, ſiue pro parte: quod ſecus in conductore eſſe in *f.* §. docetur: quod hic ſcilicet tum demum habeat actionem, ſi ſoluendo ſit in ſolidum, ſoluendo enim non intelligitur, niſi qui ſolidum poteſt ſoluere *l. ſoluendo* 114. *de V. S.* itaque forte non ex fide retulit Tribon. in *l. vlt. in f. pr. C. h. t.* opiniones antiquorum, quaſi dubitauerint an commodatarius poſſet agere furti, ſi pro parte tantum ſoluendo eſſet. Et hoc autem non ſine cauſa proponit Iuſtin. de bonæ fidei emptore, qui habet titulum oneroſum: nam ei qui titulum habet lucratiuum, negatur actio furti in terminis tituli pro herede in *l. ſi is cui* 71. §. 1. *h. tit.* qui an ſit verus titulus alibi tractatur. Illud quoque addendum eſt quod ante diximus ex *l. furtiuam* 74. *h. t.* ſi concurrat dominus, tantum poſſeſſionis æſtimatæ duplum bonæ fidei poſſeſſorem conſecuturum: ceteroquin haud dubie ſi ſolus ſit, verum precium duplabitur.

TEXTVS.

13. Quæ de fullone & ſarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res eſt, transferenda veteres exiſtimabant. Nam vt ille fullo mercedem accipiendo cuſtodiam præſtat, ita is quoq; qui commodatum vtendi cauſa accepit, habet ſimiliter neceſſe cuſtodiam præſtare. Sed noſtra prouidentia etiam hoc in noſtris deciſionibus emendauit, vt in voluntate domini ſit, ſiue commodati actionem aduerſus eum, qui rem commodatã accepit, mouere deſiderat: ſiue furti aduerſus eum qui rem ſubripuit, & alterutra earum electa, dominũ non poſſe ex pœnitẽtia ad alteram actionem venire. Sed ſiquidem furem elegerit, illum qui rem vtendam accepit, liberari penitus. Sin autem commodator veniat aduerſus eum, qui rem accepit vtendam, ipſi quidẽ nullo modo competere poſſe aduerſus furem, actionem furti: eum autem qui pro re commodata conuenitur, poſſe aduerſus furem habere furti actionem: ita tamen ſi dominus ſciens rem eſſe ſubreptam aduerſus eum peruenit, cui res commodata fuerat: ſin autem neſcius & dubitans, rem ſubreptam non eſſe, apud eum commodati actionem inſtituerit; poſtea autem re comperta, voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem peruenire actionem: tunc licentia ei conceditur, & aduerſus furem venire, obſtaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus conſtitutus mouit aduerſus eum qui rem vtendam accepit, commodati

dati actionem: niſi domino ab eo ſatisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari: ſuppoſitum autem eſſe ei, qui pro re commodata ſibi, domino ſatisfecit: cum manifeſtiſſimum ſit, etiamſi ab initio dominus inſtituerit actionem cõmodati, ignarus rem eſſe ſubreptam, poſtea autem hoc ei cognito, aduerſus furem tranſierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcunque cauſæ exitum dominus habuerit aduerſus furem: eadem definitione obtinẽte, ſiue in parte ſiue in ſolidum ſoluendo ſit is, qui rem commodatam acceperit.

COMMENTARIVS.

Nimis multa verba fundit Tribonianus, in re, quæ paucis poterat explicari. Conſtans haud dubie veterum definitio fuit, commodatario re ſubrepta competere furti actionem: quod & in *pr. h.* §. teſtatur Iuſtin. & certa ſuadet ratio: quoniam ad commodatarium periculum rei ſubreptæ vel maxime ſpectat, vt qui leuiſſimam culpam præſtat, eoque actione commodati domino tenetur. Et cum ob hanc ſolam cauſam conductori & creditori actio furti detur, cur non & detur commodatario: idque ita diſerte reſponſum eſt in *leg. ſi vt certo* 5. §. *vlt. in f. cum ll. ſeqq. commod. l. cum qui* 14. §. *qualis* 16. *h. t.* vbi generalis regula traditur, omnibus his quorum periculo eſt res aliena furti actionem dari: ita ſcilicet eorum periculo, vt ob rem ſubreptam, tamquam culpa ſua amiſſam domino teneantur. Nec vlla ratio videtur alia mouiſſe Iuſtinianum, vt ius hoc mutaret, & domino electionem daret, quam quod hic citra commodum ſuum alteri dat beneficium. Summa autem deciſionis Iuſtiniani h. §. & in *leg. vltim. Cod. eod.* hæc eſt, quod dominus habeat electionem, an malit eligere furem an commodatarium, ita vt vno electo alter à domino liberetur, & vt poſt electionem ſemel factam variare dominus non poſſit: niſi ignorans aut dubitans rem eſſe ſubreptam, elegerit commodatarium: tunc enim poteſt mutata voluntate, & remiſſa actione commodati agere contra furem: vbi ſcilicet cepit ſaltem agere contra commodatarium: nam ſi eum damnatum fecerit, aut etiam extra iudicium ſatisfieri ſibi à commodatario paſſus fuerit, amplius agere in furem non poteſt. Tractat autem de eo qui dubitans aut ignorans egit commodati: qui enim elegit furem, non potuit ignoraſſe furtum eſſe commiſſum. Quid autem ſi ſciens commiſſum furtum egerit contra commodatarium qui non eſt ſoluendo. Et probo opinionem eorum quos ſequitur Faber hic, poſſe eum ſi errore facti ſit lapſus, agere contra furem: cum & alias commodatarius qui ſoluendo nõ eſt, ex ratione iuris veteris non habuerit actionem.

Illud obiter notandum, quod in *pr.* §. Iuſtinianus confert commodatarium & fullonem: quod vterque cuſtodiam præſtet, non vulgarem & ſimplicem, ſed exactam diligentiam & leuiſſimam culpam: quia fullo vt artifex operam ſuam & ſimul cuſtodiam quaſi offerre videtur, vt notauimus ad §. *pen. ſup. de Locat. condu.*

TEXTVS.

14. Sed is apud quem res depoſita eſt, cuſtodiam non præſtat, ſed tantum in eo obnoxius eſt, ſi quid ipſe dolo malo fecerit: qua de cauſa ſi res ei ſubrepta fuerit, quia reſtituendæ eius rei nomine depoſiti non tenetur, nec ob id eius intereſt rem ſaluam eſſe, furti agere non poteſt, ſed domino actio furti competit.

COMMENTARIVS.

1 *An depoſitarius qui præſtat culpam, habeat furti actionem ad* L. 2. §. 24. vi bon. rapt.

2 *Quid ſi res amiſſa ſit per latam culpam.*

DEpoſitarius actionem furti non habet: quia aut ſine dolo eius furtum ſit, aut dolo eius. Illo caſu ideo non habet, quoniam ſolum dolum præſtat, nec tenetur domino, adeoque nihil intereſt eius rem eſſe ſubreptam h.§. & diximus ad § *pen. ſup. Quib. mod. re contr. obl.* Hoc caſu, (quem h.§. omiſit Iuſtin.) tenetur quidem domino, ſed alia ex cauſa non habet actionem furti, quoniam ex delicto & improbitate ſua actionem quis furti non debet habere, *textus generalis in l. itaq. 12. §. 1. h.t.* & ſpecialis de depoſito in *leg. eum qui 14. §. 3. eod.* Sed quid ſi depoſitarius, vel ex pacto §. *vlt. tit. ſeq.* vel quia honorarium accepit, aut ſe obtulit *l. 1. §. ſæpe 35. depoſiti,* culpam quoque præſtare teneatur, an tum habebit actionem furti? Quod videtur ſuadere ratio *d. l. 14. §. 16. h. tit.* quia tum eius intereſt. Sed contra reſponſum eſt in *l. 2. §. ſi in re 24. vi bon. rapt.* vbi dicitur ceſſare furti actionem. Sed Cuiacius in notis ad §. *vltim. tit. ſeq.* emendat illum locum, & quæ tamquam verba noui §. proponuntur, ad *fin. §. præced.* retrahenda, & cum eo coniungenda cenſet, & ita legendum: *Nam & furti actionem habeo, ſi in re depoſita culpam quoque repromiſi &c.* & à verbis *vtilius dicendum* nouum §. incipiendum. Sed nec ille vlla librorum autoritate ſe tuetur: & apparet omnino ICtum proponere voluiſſe exemplum, quo ceſſante furti actione competat actio vi bon. raptorum, eo quod raptor grauius peccet, atqui ſecundum lectionem Cuiacii, nullum erit exemplum: & ita ſubinepte proponet Vlpianus, ceſſante furti actione dari actionem vi bon. rapt. nullo tamen caſu propoſito, quo illud locum habeat. Et itaque omnino dicendum eſt hunc eſſe caſum, vbi depoſitarius culpam etiam præſtat, quo tamen furti agere non poſſit, ſed poſſit agere bon. raptorum: qua ſententia poſita ferri non poteſt mutatio Cuiacii. Et ad rationem ſuperiorem ex *l. 14. §. 16. h. t.* reſponderi non incommode poteſt: ob naturam depoſiti pacto aut alia ex cauſa alteratam, non protinus variari ius, quod conſtitutum eſt de actione furti: & quod hæc lis detur, quorum ex ratione iuris communis, & ordinaria contractus natura intereſt, rem non eſſe ſubreptam, non vero quorum ex ſpeciali ratione, alterata natura contractus intereſt. Et pacta hunc habent effectum, quæ contractibus adiiciuntur, vt quo ad connexa informent contractus actionem: ſed non poſſunt efficere, vt præter rationem communis iuris dentur aliæ actiones, quod pactorum vim & naturam excedit. Itaque nec quidquam eſt mutandum de vulgata lectione. Sed fatendum, hoc eſſe ſpeciale in actione bon. rapt. ſpeciali odio raptoris, (quod ex ipſo textu apparet) vt ſi depoſitarius culpam præſtet, competat & bon. rapt. non etiam furti actio.

Atque hæc ita, vt ad *pr. & §.* noſtrum † redeamus, ſi dolo depoſitarii res ablata fuerit. 2
Quid autem ſi lata culpa? Et Bart. in *l. 14. §. 3. h. t. Ioh. Fab. & Angel. hic.* affirmant eum furti actionem habere: hac ratione, quod licet alias in contractibus lata culpa æquiparetur dolo, vt diximus ad §. *Item is 2. ſup. Quib. mod. re contr.* tamen minus eſt odioſa quam verus dolus: in quo cum ſit fur, potius quam vt ſit impunitus, furti actionem depoſitario concedendam eſſe. Quæ ratio claudicat, imo nulla eſt, ſi ponamus vt in §. *præced.* concurſum depoſitarii & domini: hoc enim caſu, dicam latam culpam comparari dolo, vt domino potius actio furti detur, quam depoſitario. Sed extra hunc caſum, ſi dominus elegerit actionem depoſiti, & ita æſtimationem conſecutus ſit, eſt omnino illa ratio probabilis: quia cum hoc caſu dominus contra furem non poſſit agere, abſurdum ſit, furem nulla actione furti teneri: ſed ea potius depoſitario, quamuis in lata culpa fuerit, concedenda eſt. Et ad hunc quoque caſum retenta vulgata lectione referri poteſt, quod ſcriptum videtur in *d. l. 2. §. & generaliter 23. vi bon. rapt.* ſi interſit depoſitarii, dandam ei furti actionem. Quin & alium huc caſum Fab. & alii quidam Interpp. referunt, ſi depoſitarius in rem neceſſarias impenſas fecerit, propter quas donec ſibi ſatisfiat, retinere rem depoſitam poteſt, de quo tractatur in §. *in*

bona

bene 30. *infra de act.* Et ſententia iſta hunc probabilem colorem habet, quod ius hoc retentionis quoddam ius pignoris tribuit *l. Iulianus* 13. §. *offerri* 8. *de action. empt. l. creditor.* 15. *h.t.* ius autem pignoris tribuit hoc ius, vt liceat agere furti, vt dictum ad §. *vnde* 14. *ſup. h.t.* quomodo ex hoc fundamento venditor contra ipſum emptorem actionem furti mouere poteſt *leg. eum qui* 14. §.1. *h.t.* quod tamen non temere extendendum videatur: cum non ſit verum pignus, & tantum pignoris loco ſit, quo ad eum qui rem non ſolutis expenſis repetit.

TEXTVS.

15. In ſumma ſciendum eſt, quæſitum eſſe an impubes rem alienam amouendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi conſiſtit, ita demum eo crimine obligari impuberem, ſi proximus pubertati ſit, & ob id intelligat ſe delinquere.

COMMENTARIVS.

HOc quidem plane extra propoſitam materiam eſt: & ipſa ratio *h.* §. tradita facit, vt id connectendum fuerit cum §. *placuit* 7. *ſup. h. t.* & ei quod ibi dicitur, furtum ſine affectu furandi non committi, tamquam conſectarium addendum: quod nimirum pupillus tum demum teneatur furti ſi ſit capax doli, & adeo proximus pubertati: quod & in aliis delictis obtinet *leg. pupillus* 111. *de Reg. iur. leg.* 2. §. *vi bon.* 19. *de vi bon. rapt. leg. impuberem* 22. *de falſis. leg. impuberem* 23. *h. tit.* de quo diximus ſup. ad *princip. de tutelis.* & ad huiuſmodi impuberes pertinet, quod Gell. ſcribit 11. *noct.* 18. eos virgis cæſos damnum ſarciiſſe.

TEXTVS.

16. Furti actio ſiue dupli ſiue quadrupli, tantum ad pœnæ perſecutionem pertinet: nam ipſius rei perſecutionem extrinſecus dominus habet, quam aut vindicando, aut condicendo poteſt auferre. Sed rei vindicatio quidem, aduerſus poſſeſſorem eſt, ſiue fur ipſe poſſidet, ſiue alius quilibet: condictio autem aduerſus furem ipſum heredemue eius, licet non poſſideat, competit.

COMMENTARIVS.

1 *Ex cauſa contractus eſt actio in ſolidum in heredes, licet dolus commiſſus ſit.*
2 *Actiones ex delicto cur non tranſeant in heredes.*
3 *Ad* §. his autem 9. ad L. Aquil.

DE vindicatione conſtat eam dari domino contra quemcunque poſſeſſorem ſiue fur ſit, ſiue non ſit, de quo in §. 1. *infra de act.* Neque enim ſicut furti actio aliis datur etiam non dominis, & quorum ſaltem intereſt, ita etiam vindicatio dari poteſt: quæ etiam condictionis furtiuæ ratio eſt, vt detur ſoli domino, de quo in §. *ſic itaque* 14. *infr. de action.* Itaq; recte hic Iuſtinian. quod dominus rem vindicando aut condicendo auferre poſſit. De actionibus quoque ex delictis agemus plenius *infra in* §. *ex maleficiis* 18. *de actionib.* Interim pro intelligentia huius §. notandum eſt, quod actiones perſonales vel ſunt ex conuentione vel ex delicto. Illæ cum ſuper patrimonio fiant & vt quis aliquid licito more adquirat & ſibi & heredibus, & viciſſim ab alio aut eius heredibus, & heredibus dentur & in heredes in ſolidum, in quos & patrimonium defuncti deſcendit, & quem heredes repræſentant. Ex quo fit, vt licet defunctus in re v. c. quæ ex contractu apud eum fuit, dolum commiſerit,

tamen heredes actione ex contractu in ſolidum teneantur: quoniam non hic dolum conſideramus, neque de actione ſpeciali quęrimus, ſed de actione ex contractu, quæ natura ſua in ſolidum in defunctum & in heredes datur: quæ regula certo iure tradita eſt in *l. ex depoſiti 12. l. ex contractibus 49. de O. & A. l. hoc iure 152. & l. ad ea 157. de R. I. l. 1. §. 1. l. 7. §. 1. depoſiti l. ex ea 121. §. vlt. de V. O.* Actiones ex delicto aliæ ſunt pœnales, aliæ rei perſecutoriæ. Vtræque vel puræ vel mixtæ. Et eſt † delicti ea natura, vt tantum hæreat in perſona delinquentis, nec tranſeat in heredem, & vt proinde nec heres defunctum hactenus repræſentet: alias, quod abſurdum eſt, ipſe deliquiſſe intelligeretur. Ex quo fit, cum nulla actio in heredem dari poſſit, niſi qua repræſentat defunctum, vt actiones ex delicto, non poſſint competere in heredem. Id vt in ſingulis ſpeciebus oſtendamus, de pœnalibus puris apud omnes in confeſſo eſt: & ſunt pœnales puræ, quæ ſolam pœnam perſequuntur, extra omnem rei ipſius quæ abeſt, vel eius æſtimationis perſecutionem. Talis eſt actio furti ſiue dupli ſiue quadrupli *h. §. princ. l. ſi pro fure 7. §. 1. de condict. furt. leg. ſi pignore 54. §. cum furti 3. h. tit. l. qui vas 48. in f. princ. eod. in f. princ. tit. ſeq. §. ex maleficiis 18. in f. infra de actionib. & §. ſic itaque 14. in f. eod. tit. l. ancillæ 12. Cod. de furtis. l. vlt. Cod. de noxalib. action.* Ex quo fit vt in heredem nulla ratione hæc actio dari poſſit, ſcilicet initio datimam cœpta contra furem continuatur in heredes de quo in *§. 1. infra de perpet. action.* Mixta pœnalis eſt, quæ datur verbi cauſa in duplum, triplum & quadruplum, vt in hoc ſimul ſit perſecutio ipſius rei, quomodo verbi cauſa actio bon. rapt. in *princip. titu. ſeq.* quæ ita eſt in quadruplum, vt tantum triplum ſit pœna, & adeo quadruplo ſoluto, nulla amplius ſit pro re ipſa perſecutio: quod in actione furti ſecus eſt, per quam etiam ſi duplum aut quadruplum exactum ſit, adhuc vindicatio aut condictio ſupereſt, *d. leg. 48. & 53. h. tit.* idque eſt quod in *princip. huius §.* ait Iuſtinianus præter pœnæ perſecutionem eſſe extrinſecus vindicationem vel condictionem. Denique perſecutoriæ puræ ſunt, quæ ſimplum eius quod nobis ex delicto abeſt perſequuntur. Pœnales mixtas itidem non dari in heredes conſtat, niſi quatenus ad heredes ex delicto peruenit: quod non tam ratione ordinarii iuris quam ex æquitate receptum eſt, & vt turpe lucrum heredibus auferatur, quod penes eos manere non debet: & nimirum ſicut ob delictum defuncti non tenentur, ita nec lucrum ex eo facere & ſentire debent; quæ regula traditur in *leg. vn. Cod. Ex delict. defunct. leg. in heredem 5. de calumniat. leg. videamus 17. & leg. quod autem 19. Quod met. cauſa. leg. ſicut 38. de Reg. iur.* Sed & deniq; perſecutorias ex delicto actiones non dari in heredes (ſcilicet extra id quod peruenit) plurimis textibus probatur, & per multa exempla & inductionem regula conſtituitur, ex textibus in *leg. ſi plures 17. §. 1. leg. in heredem 26 cum leg. ſeq. de dolo. leg. 4. §. vlt. cum 3. ll. ſeqq. de alien. iud. mut. leg. vlt. Cod. rerum am. leg. 7. §. vltim. cum leg. ſeq. de tributor. act. leg. 5. §. vlt. de eo per quem fact. leg. 3. §. pen ſi menſ. falſ. mod. leg. 1. § vlt. ne vis fiat leg. 8. § vlt. de precar. leg. 1. §. vlt. & leg ſeq. de vi arm.* & præcipue inſigne exemplum eſt in actione in factum, quæ datur contra falſum tutorem & quidem tantum in id quod reuera abeſt *leg. 7. §. 2. Quod falſ. tut.* & tamen quia ex delicto & dolo datur, in heredes competere negatur *leg. huius 9. §. 1. eod. tit.* Et audet tamen hoc loco Hottomannus ſcribere, actiones ex delictis, quæ non ſunt perſonales, ſed rei perſecutoriæ, in heredes dari: contra rationem iuris, quam paulo ante dedimus; & contra tot textus, qui omnes agunt de actionibus perſecutoriis, & ex hac vnica ratione, quoniam ex delicto ſunt, in heredes dari negant: adeo ſæpe magni quoque nominis Iuriſconſulti turpiter & fœde errant. Sunt tamen duo quæ in errorem Hottomannum induxerunt, tum exemplum condictionis furtiuæ, quæ licet videatur eſſe ex delicto, tamen in heredes in ſolidum datur, vt communiſſima habet ſententia, & probatur ex *leg. 9. de condict. furt.* tum ratio qua vtitur Iuriſconſultus in *leg. ſi pro furt. 7. §. 2. de condict. furt.* ideo etiam teneri heredem, quia actio habeat rei perſecutionem: cuiuſ-

cuiuſmodi etiam circa L. Aquil. actionem, ratione vtitur Iuſtin. in §. *his autem 9. in f. infra ad*
3 *L. Aquil.* Sed enim tot textus euerti non † poſſunt, per huiuſmodi argumentationem, & potius fatendum eſt, rationem illam non eſſe adæquatam, aut reſtringendam ad materiam ſubiectam de condictione furtiua, quæ reuera ex delicto non eſt, vt dicemus ad §. *ſic itaque* 14. *infra de act.* & eodem modo ad actionem Legis Aquiliæ, cuius itidem propria eſt ratio, reſtringenda argumentatio in *d.* §. 9. *infra ad L. Aquil.* Et vidit hoc etiam olim Petr. de Bellapert. & poſt eum *Ioh. Faber in d.* §. 9. *infra ad L. Aquil.* vbi ait negari non poſſe, quin ibi litera male ſedeat: (ſunt eius verba) & ad verba, *quæ alias tranſitura eſſet*, ſubintelligendum, *niſi deſcenderet ex delicto.* Quomodo & fatendum eſt, non eſſe adæquatam rationem in *leg.* 4. §. *vltim. de damn. inf.* Eſt alioquin illius actionis, quæ in magiſtratum ob negligentiam datur, ſpecialis ratio: vel quod non committendo ſed negligendo peccatur, vt notat *Ioh. Faber ad* §. *non autem infra de perp. & temp. action.* vel potius, quia fungitur quaſi hæc actio vicem eius, quæ ex ſtipulatione damni infecti contra heredem etiam promiſſoris data fuiſſet: quam cum culpa magiſtratus non habeat qui damnum paſſus eſt, merito hactenus & magiſtratus quaſi rei vices ſubire debet. Notetur etiam ſingularis caſus, quo actio pœnalis ex cauſa grauiſſima, in heredem datur *leg.* 2 *ad L. Iul. repet.* De differentia autem in *h.* §. *vlt.* inter condictionem & rei vindicationem, agetur in §. 1. *infr. de act.* Eſt enim condictio actio perſonalis, quæ vt locum habeat, non neceſſe eſt, vt reus rem poſſideat: quod neceſſe eſt, in actione in rem: & ſiue vere ſiue ficte: v. c. quod dolo poſſidere deſiit: dolus enim hactenus pro poſſeſſione eſt, vt quis inutili in rem actione conueniri poſſit: de quo ſuo loco.

* * *

AD TITVLVM II.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE VI BONORVM RAPTORVM.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

TEXTVS.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis rem alienam inuito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum eſt, eum improbum furem eſſe) ſed tamen propriam actionem eius delicti nomine introduxit prætor, quæ appellatur, *vi bonorum raptorum*, & eſt intra annum, quadrupli; poſt annum, ſimpli. Quæ actio vtilis eſt, etiamſi quis vnam rem, licet minimã rapuerit. Quadruplum autem non totum eſt pœna, ſicut in actione furti diximus: ſed in quadruplo ineſt & rei perſecutio: vt pœna tripli ſit, ſiue raptor in ipſo delicto comprehendatur, ſiue non. Ridiculum enim eſſet, leuioris conditionis eſſe eum, qui vi rapit, quam qui clam amouet.

COMMENTARIVS.

1 *Species vis ſeu violentiæ.*
2 *Raptor tenetur etiam furti.*
3 Ad l. 1. in pr. D. h. t. & n. 5.
4 *Cur prætor grauiorem actionem propoſuerit contra furem quam in raptorem.*
6 *Ad* l. 52. §. vlt. de furtis.
7 *An grauius peccet, qui palam delinquit, an qui clam.*

ALterum hoc priuatum delictum eſt, Rapina, quæ fit violenter. In † genere 2
nimirum

nimirum vis committitur vel imperfecte per turbationem, dum impedio, ne quis v.c. poſſeſſione & iure ſuo quiete vti poſſit, quam vim Dd. appellant turbatiuã,& in rebus mobilibus & immobilibus locum habet: contra quam introducta ſunt Interdicta, vti poſſidetis & vtrubi: aut vis committitur perfecte: & hæc vel fit in re quauis mobili & immobili, quam metu illato, quis alium ſibi cogit tradere, quæ vocatur vis compulſiua,& vindicatur actione, quod met. cauſa, de qua proprius eſt *tit. lib.* 4. *Digeſt.* vel in re immobili tantum, cum quis de poſſeſſione deiicitur, & res inuaditur §. 1. *inf. h. t.* quæ vis expulſiua dicitur, & coercetur per Interdictum *vnde vi t. t. de vi & vi arm.* & per conſtitutiones, quarum mentio fit in *d. §. 1. h. t.* (de criminalibus iudiciis & pœnis hic non agitur) vel denique in re mobili tantum, quæ dicitur rapi vel eripi *d. §. 1. inf.* & dicitur vis ablatiua: ad quam coercendam ſpecialem & propriam actionem introduxit prætor *h. textu verſ. ſed tamen.* de qua *h. tit.* agitur. Ait in pr. Iuſtin.

2 Quod is qui rapiat res † alienas teneatur etiam furti, & ita hæ actiones, furti & vi bon. rapt. inter ſe concurrant. Quod aliqui hinc confirmant, quoniam definitio furti competat etiam huic delicto. Sed mihi non placet hæc ratio: ita enim furtum fuerit genus rapinæ: illæ vero imo ſpecies diſparatæ ſunt vnius generis: nec proinde fieri poteſt, vt definitio vera & perfecta vnius competat alteri: & omnino in definitione *tit. præced.* §. ſubintelligenda eſt differentia hęc, quod furtum clanculum fiat, vt lateat dominum: quod omnino omnes agere fures conſtat: & de furto, tamquam ſpecie diſtincta à rapina, tractatur *tit. præced.* alias dubium non eſt, quin furtum vt genus rapinæ conſiderari poſſit: quomodo ſane *Iuſtin. in princ. huius tit.* conſideraſſe videtur: dum raptorem ait teneri furti, quia vtique fur ſit: ceteroquin fallacia in iſto argumento notari poſſit: quod actio furti, de qua *titul. præced.* ſignificat actionem, quæ naſcitur ex furto, quatenus in ſpecie opponitur rapinę. Itaque magis per productionem quandam actio furti contra raptorem conceſſa videtur, & id odio raptoris, vt tanto pluribus actionibus teneretur. Et cum igitur hactenus raptor pro fure habeatur, & fur manifeſtus ſit, & actione quadrupli teneatur, qui in furto deprehenſus eſt, conſequenter & raptor qui deprehenditur, vt fere ſolet ſemper, cum palam & per vim rapiat, actione furti manifeſti vt fur manifeſtus in quadruplum conuenietur: quod & perſpicue probat *l. ſi vendidero* 80. §. *cum raptor* 3. *D. h. t.* vbi tamen obiicitur & ratio & textus. Ratio hæc eſt. Si contra raptorem eſt actio furti manifeſti, ergo ſuperuacua & pene inepta, eſt actio vi bon. rapt. ſed conſ. eſt abſurdum: neque enim prætor ſine cauſa & fruſtra actionem hanc propoſuiſſe videtur. Connexi ratio eſt, quoniam cum quiſq; cenſeatur eligere actionem commodiorem & vtiliorem, actio manifeſti furti vtilior dupliciter eſt actione vi bon. rapt. tum quod illa eſt in quadruplum perpetua in *fin. pr. inſt. de perpet. & temp. act.* hæc autem intra annum tantum quadrupli, poſtea in ſimplum eſt *h. t. verſ. & eſt intra*: tum quod illa eſt in quadruplum mere pœnalis, ita vt præter eam ſuperſit rei perſecutoria §. *vltim. tit. præce.* hæc autem eſt in quadruplum mixta, ita vt rei perſecutio & ſimplum in quadruplo inſit,& quadruplo exacto, ad rẽ amplius vel eius æſtimationem agi non poſſit *h. text. verſ. quadruplum.* Textus qui obiicitur eſt in *l.* 1. *in pr. h. t.* vbi † ICtus ait, raptorem teneri furti non manifeſti: & igitur videtur actionem furti manifeſti negare: quam alias propoſuiſſet: quippe cum regulare ſit, vt raptor, quippe palam rapiens, deprehendatur. Reſponſio ad argumentum pendet ex inquiſitione † rationis, ob quam prætor grauiorem actionem propoſuerit contra furem manifeſtum, quam contra raptorem: quem tamen in *prin.* hic Iuſt. appellat furem improbum: poſt ICtum in *l.* 2. §. *ceterũ* 10 *h. t. & inf. pr.* ridiculum eſſe ait, vt leuioris ſit conditionis, qui palam rapit, quam qui clam amouet. Quæ Angel. Fab. & alii hic afferunt, quod raptor maiori periculo ſe exponat, quod à fure caueре quis ſibi difficilius poſſit, & quod fur manifeſtus 3 4

nifeſtus magis contemnat dominum, & quod magis certum ſit furem delinquere, & quod magis frequentia ſint furta, de quibus etiam *Iaſon in §. ex maleficiis inſ. de action. n.17. & 18.* inepta ſunt. Quod Cuiac. in *paratitl. C. vi bon. rapt.* putat edictum hoc tantum in raptorem non manifeſtum conceptum fuiſſe, penitus eſt improbabile, vt edictum cõceptum fuerit in caſum plane rarum: quippe regulare cum ſit, vt qui palam rapit, deprehendatur. Alii dicunt, raptorem non punire leuius, quippe qui criminali inſuper & publico iudicio ex Legibus Iuliis teneatur. Sed ignorantia elenchi hæc eſt: hoc enim, vt dixi, quærimus, cur prætor, ex cuius edicto, & actio furti manifeſti, & actio vi bonor. rapt. deſcendunt, hanc fecerit mitiorem. Nec ſufficit, quod Theoph. ait, indiſtincte raptorem, etiam non deprehenſum tripli pœna affici. Etenim de raptore deprehenſo quærimus. Non inepta forte coniectura erit, ſi dicamus, à prætore prius in raptores actionem conſtitutam fuiſſe, eamq; ad inſtar pœnalium aliarum actionum prætoriarum & mixtam & annalem: poſtea autem introductã fuiſſe actionem in quadruplum furti manifeſti, & hanc puram pœnalem & perpetuam: non comparatione aliqua & reſpectu ad pœnam raptoris & actionem vi bon. raptorum, ſed ad pœnam grauiſſimam corporalem, quæ ex L. XII. tabb. in fures manifeſtos conſtituta erat (de qua *tit. præc.*) & exiſtimaſſe prætorem, cum his furibus ſatis clementer actum, ſi pro corporali pœna, pecuniariam, quamuis grauiſſimam ſuſtinerent. Quod ſi cui minus placeat hæc coniectura, dicam, prętorem, vt alibi ita hic quoq; voluiſſe, plures extare actiones, & in raptores ſpecialem & propriam; præſertim quod furti manifeſti actio, non in raptore quouis habeat locum, cum & quidam non deprehendatur, vt mox dicemus, conſtituiſſe autẽ mixtam hic actionem his de cauſis. 1. quia hæc ſufficiebat in raptorem non deprehenſum. 2. quia extra actionem furti omnes actiones pœnales ſunt mixtæ. 3. quoniam cum raptores etiã criminaliter iudicio publico & ex conſtitutionibus teneantur, & furti manifeſti prętereà actione, ſiquidem hanc priorem eſſe ſtatuamus, actionem in quadruplum mixtam ſufficere prætor putauit, nec à natura aliarum actionum pœnarum recedere voluit. Deniq; & præcipue, quoniam hanc actionem, contra vim ablatiuam prætor videtur introduxiſſe ad inſtar & ad exemplum, actionis quod metus cauſa, qua coercetur vis compulſiua, quæ itidem & annalis & pœnalis mixta eſt *l. item ſi 14. §. 1. §. ſed & 9. & §. ſeq. Quod met. cauſa.* Simile huic eſt, quod in *l. 1. §. 2. de public.* ait Vlp. licet alias prouiſum fuerit contra publicanos, tamen è re putauiſſe prætorem, ſpecialiter aduerſus publicanos Edictum proponere. Et in *l. 3. §. 1. naut. caup. ſtabul.* mirari Pomponium refert Vlp. cur introducta ſit prętoria actio, cum ſint actiones ciuiles: & eundem reſpondiſſe, ideo id factum, vt innoteſceret, prætorem curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum. Atq; hæc de argumẽto. Quod ad textum attinet; in *l. 1. h. t.* reſponderi aliud non † poteſt, niſi vel quod, vt vulgo traditur, 5
non valeat argumentũ à contrario ſenſu contra alios textus, præſertim ex centonibus, & fragmẽtis mutilis: vel quod mens fuerit ICti, proponere actionem furti, quæ daretur contra quemcunq; raptorem; cuiuſmodi eſt actio furti non manifeſti: (nec enim quiſquam prohibetur, etiam contra furem manifeſtum, actione dupli & furti nec manifeſti experiri) actio autem furti manifeſti non poteſt habere locum contra omnes raptores, poteſt enim quidam raptor non deprehendi: veluti ſi dominus metu perculſus occultet ſe, nec quẽquam habeat, quem atteſtetur: in cuiuſmodi terminis etiam eſt furtum non manifeſtum *l. ſi quis 7. §. 1. de furtis.* Eiuſque rei & raptoris non deprehenſi exemplum † proponitur à ICto 6
in *l. ſi quis 52. §. vlt. de furt.* ſi quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo fuit: idq; apertius erit, ſi quod concinnius eſt, verbis traiectis ibi legamus, *non furti manifeſti.* (& eſt notandus ille textus ad hoc quoque, quod raptor deprehenſus teneatur furti manifeſti) & ipſe Iuſtin. in *f. huius textus,* proponit duplicem caſum, raptoris comprehenſi & non comprehenſi, vbi

non

non intelligenda eſt comprehenſio realis & iniecta manu detentio, ſed eo ſenſu, quo *titul. præcedenti* diximus furem manifeſtum eſſe qui in ipſo furto deprehenditur, dum ipſi acclamatur, aut coram vicinis conteſtatur dominus, rem ſibi ablatā aut ereptam eſſe: itaq; rectius ſcripſiſſet Tribon. *deprehendatur.* Illud addendum, quod notant Dd. odio paganorum & Iudæorum receptum, vt ſi res eorum rapuerint Chriſtiani, in duplum tantum teneantur *l. Chriſtian. 6. C. de pagan.*

Etſi quis vnam rem licet minimam.] Obiicere ſolent, quod ob minimam rem non detur actio doli *l. ſi quis 9. §. vlt. cum ll. ſeqq. de dolo.* non minus autem hæc actio infamis eſt. Reſponderi poteſt, vel quod hoc fiat in odium raptoris, & præſertim quod ſit ſpectandus animus, non euentus: procul autē dubio animus fuit, plura rapere: vel quod (quæ vulgata reſponſio eſt) in ordinariis curetur etiam minimum, & quod non debeat propterea habere impune qui deliquit. Et v. c. ſi quis feneſtras meas perfregit, & forte damnum ſaltē aliquot bonorum dedit, vtiq; ex L. Aquilia teneri debet. Alia ratio in extraordinariis eſt, & vbi agitur de reſcindendo contractu iure ciuili perfecto, quod fit per actionem doli: & minus odioſus eſt, qui in contractu delinquit, quam fur aut raptor.

7 Ait Iuſtin. *in fin. textus*, † grauiori pœna dignum eſſe, qui rapit, quam qui clam amouet, & ICtus in *l. 2. §. ſi in re 24. eod.* exaggerat delictum raptoris, quod fur celet ſuum delictum raptor autem publicet. Adeo apparet grauius peccare, eum qui palam delinquit, quam qui clam: auget enim delictum impudentia, & arguit hominem deſperatum quodammodo & morum plane improborum: quem delicti non pudet. Quę certiſſima ratio eſt. Et fruſtra obiicitur, *l. vlt. de ritu nupt.* quoniā matrimonium contrahere eſt factum per ſe licitum, ſed fit illicitum propter perſonam cum qua contrahitur, cum qua committitur inceſtum: nec alia ratione palam contrahens & talem vxorem ducens mitius punitur, quam quia præſumitur peccaſſe ignorantia iuris: Itaque vbi eiuſmodi præſumtioni non eſt locus, & factum per ſe turpe eſt, ſemper grauius peccatum cenſetur quod palā perpetratur, quod etiam nocet exemplo. Et, ſi ponas ſciuiſſe contrahentem nuptias, & fœminam cognatam & nuptias illicitas eſſe, ſi palam id faciat, non punietur leuius: quamquam hoc quoq; ad pœnam mitigandam facere poſſit quod, modus vtiq;, nimirum ducendi publica aut alias conſueta ſolemnitate, honeſtus eſt, & vide de hoc etiam Iaſonem in §. *ex maleficiis 18. inf. de action. n. 20. & quos ibi allegat.*

TEXTVS.

1\. Quia tamen ita competit hæc actio, ſi dolo malo quis rapuerit: qui aliquo errore ductus, rem ſuam eſſe exiſtimans, & imprudens iuris, eo animo rapuerit, quaſi domino liceat, etiam per vim rem ſuam auferre à poſſeſſoribus, abſolui debet. Cui ſcilicet conueniens eſt, nec furti teneri eum qui hoc eodem animo rapuerit. Sed ne dum excogitentur talia, inueniatur via, per quam impune raptores ſuam exerceant auaritiam, melius pro hac parte cōſtitutionibus Diualibus proſpectum eſt, vt nemini liceat rapere vel rem mobilem, vel ſe mouentem, licet ſuam eādem rem exiſtimet: ſed ſi quis contra ſtatuta principum fecerit, rei quidem ſuæ dominio cadere: ſin autem aliena res ſit, poſt reſtitutionem eius, etiam eiuſdem rei æſtimationem præſtare. Quod non ſolum in mobilibus rebus quæ rapi poſſunt, conſtitutiones obtinere cenſuerunt, ſed etiam inuaſionibus, quæ circa res ſoli fiunt: vt hac cauſa ab omni rapina homines abſtineant.

COMMENTARIVS.

DOcet Iuſt. hanc actionem contra quoſcunq, raptores non ſuffeciſſe: non contra

tra eum qui rapuit rem propriam, quia hic careat dolo. An vero non ſatis doli eſt, improbo more per vim rem quamuis ſuam abſtuliſſe? ſed nimirum videtur eadem hactenus natura eſſe rapinæ & furti: vt vtrumq; requirat, animum lucri faciendi, quo caret, qui rem ſuam rapit: ita tamen, quod omnino addendum eſt, ſi labitur imprudentia iuris, & putet licitum eſſe, quocunq; modo rem ſuã ab aliis poſſeſſoribus auferre: vt hic recte additum eſt à Triboniano: & ſecundum hoc explicandũ & ſupplendũ, quod eſt in *l.2.§.hac actione 18.h.t.* eum demum teneri qui dolum malum adhibuit, & ideo nõ teneri, qui rapuit rem ſuam. Et vulgo traditur, quod quæuis, & pene etiã fatua cauſa excuſet à dolo. Et iuris error nõ prodeſt quidẽ vt lucrũ adferat, *l.7.& 8.de iuris & fact.ign.* non tamen etiam nocet, vt quis rem ſuam amittat, tantũ abeſt, vt in grauẽ pœnam incurrat, & famoſo iudicio cõueniatur. Sed quoniam graue exẽplo eſt, per vim res rapi, & in hoc ipſo quidam dolus, & improbum factũ verſatur, maxime vt malitiis hominum, & prætextibus huiuſmodi improbis occurreretur, cum pene etiã ipſa ratio iuris naturalis dictet, non violentis ſed legitimis remediis & actionibus publice propoſitis vtẽdum eſſe: (vt hic minime ſit ſola ignorantia iuris, aut tantum iuris poſitiui) ideo ceſſante actione hic Impp. aliã pœnã cõtra raptores, vel inuaſores rerũ propriarum introduxerunt. *h.§.& l.ſi quis 7. C. vnde vi.* Putant autem quidam & inter hos Platea hic, huic conſtitutionum pœnæ tantũ eſſe locum, ſi quis rem ſuam eripiat vero poſſeſſori, non ſi v. c. commodans aut deponens eam eripiat commodatario aut depoſitario. A quibus diſſentio: ne alias, ceſſante etiam actione vi bon. rapt. omnis ciuilis actio negetur: & ſimpliciter loquuntur textus de eo qui rem ſuam rapit: nec captãdum eſt verbum *poſſeſſoribus*, quo generalius vti exiſtimo textum, vt quicunq; rem tenent, ſignificentur: poſſeſſio enim ſola non multũ facit, vt tãto magis quis debeat teneri: quãuis ſane cũ depoſitarius nullũ ius nec vsũ quidem habeat, difficilius videatur huic pœnę locus eſſe: ſed de conductore & cõmodatario, qui vſum rei habent, non dubitem adfirmare: quibus etiam actionem furti cõtra ipſum dominum competere, ad *tit. prac.* defendo.

TEXTVS.

2. Sane in hac actione non vtique exſpectatur, rem in bonis actoris eſſe: nam ſiue in bonis ſiue non, ſi tamen ſit ex bonis, locũ hæc actio habebit. Quare ſiue locata, ſiue commodata, ſiue etiam pignorata, ſiue depoſita ſit res apud Titium, vt interſit eius eam rem per vim non auferri, (veluti ſi in depoſita re culpam quoq; promiſit) ſiue bona fide poſſideat, ſiue vſumfructũ quis habeat in ea, vel quid aliud iuris, vt eius interſit non rapi, dicendũ eſt, competere ei hanc actionem: non vt dominium accipiat, ſed illud ſolum, quod ex bonis eius, qui rapinam paſſus eſt, id eſt, quod ex ſubſtantia eius proponatur eſſe ablatum. Et generaliter dicendum eſt, ex quibus cauſis furti actio competit in re clam facta, ex iiſdem cauſis habere omnes hanc actionem.

COMMENTARIVS.

1 *Quid ſit rem eſſe in bonis aut ex bonis.*
2 *An commodatario competat hæc actio.*
3 *Ad l.2.§.22.h.t.*

TRactatur, quib. competat hæc actio: Nimirum iis in quorum & ex quorũ bonis eſt res, quam aliquis rapuit. Et videndum hic adeo, quid ſit rem eſſe in bonis, aut ex bonis. Et vulgo conſtat, olim fuiſſe duplicis generis dominium Quiritarium & Bonitarium. Illud erat, quod propriis & ſpecialiter iure ciuili introductis modis erat quæſitum, veluti mancipatione, in iure ceſſione &c. qui referuntur ab *Vlp. tit. de domin.* 19. Bonitarium, quod ſimplicibus iuris gentium modis licet iuſto titulo, & v. c. per ſimplicem traditionem tranſlatum erat, vt idem docet *Vlp. tit.1.§. qui tantũ* 11.

Digitized by Google

Et ita res adquiſita non tam in dominio quam in bonis eſſe dicebatur *d.* §. 11. eoque ſenſu in *l. electio 26. in f. de noxalib. act.* ſeruus iuſſu prætoris ductus dicitur eſſe in bonis eius qui duxit: itidem hoc ſenſu bonorum poſſeſſores, quos prætor tuebatur, non erant Quiritium iure domini, ſed tantum in bonis rem habebant. Generalius autem in bonis eſſe dicitur, quod etiam iure Quiritium noſtrum eſt, id enim vel maxime eſt in bonis, modo non ſit nudum ius & dominium Quiritarium. Vtique enim vel maxime, ſi res per mancipationem aut ceſſionem in iure mihi tradita, aut adquiſita per vſucapionem mihi erepta ſit, hæc actio locum habebit. Itaque adſentiri non poſſum Hottomanno, qui hic & in *l. 2. §. in hac 22. eod.* verba *in bonis*, in ſpecie accepit, quaſi ſignificent rem non eſſe noſtram iure Quiritium: neque enim credi poteſt omiſſas res, quæ maxime noſtræ ſunt, & pro quibus raptis vel maxime competit hæc actio. Ita quoque contra quam idem Hottoman. putat, latius exiſtimo ſumi verba *in bonis* in *leg. rem in 52. de adq. rer. dom. l. bonorum 49. de verb. ſign.* ſiquidem ibi in bonis eſſe ea dicit ICtus, quæ ſunt in dominio noſtro: & ciuiliter intelligit eſſe in bonis, quæ ita noſtra ſunt, vt eorum nomine ad reſtituendum teneamur, veluti qui rem ſtipulanti promiſit, hoc ſenſu ciuiliter in bonis rem habere dicitur: & quiſquis mutuum accepit: quod alio reſpectu æs alienum dicitur; naturaliter autem in bonis eo ſenſu ſunt, quæ deducto ære alieno ſuperſunt. Difficilius explicatu eſt, quid ſit *Eſſe ex bonis.* Et aliquando hoc ſignificare idem, quod in bonis ex *l. 1. de vſu, & vſufr. leg.* probatur: vbi cum ICtus negaſſet vſumfructum ſeruitutis poſſe legari: obiicit, quod SCto ſit permiſſum legare eorum vſumfructum omnium quæ in bonis ſunt: & reſpondet ſeruitutem nec ex bonis, nec extra bona eſſe: quæ reſponſio aperte implicat, idem ſignificare ibi, *in bonis, & ex bonis.* de quo & vera explicatione *d. l. 1. diximus ad pri. ſup. de vſufr.* Quoniam autem hic & in *l. 2. §. 22. eod. in bonis & ex bonis* inter ſe opponuntur, ita vt hæc negentur eſſe in bonis, oportet ſpecialiter hic *ex bonis eſſe* ſignificare ea, quæ ita penes nos habemus, vt eorum periculum & cuſtodia ad nos pertineat, ita vt nomine eorum ſi rapta fuerint, domino teneamur: & vt ita quæ actionis furti, eadem ſit ratio huius actionis, iuxta tradita ad §. *furti 13. cum ſeqq. titul. præced.* & ita in ſumma ex bonis eſſe dicantur, quæ (ex hac cauſa quam diximus) intereſt noſtra non eripi nobis: quæ eadem ratio facit, vt quoque non dominis detur actio furti: quo pertinet, quod in *fin.* §. generaliter definitur & in *l. 2. §. & generaliter 22. eod.* ex iiſdem cauſis actionem furti & bonorum raptorum competere: excepto eo quod vt monuimus ad §. *ſed is 17. titul. præcedentis,* depoſitario qui ex pacto cuſtodiam debet, actio bon. rapt. non etiam furti, datur: idque de depoſitario attingitur hoc §. *in verſ. ſiue depoſita.* Sed an igitur ea quoque ex bonis ſunt, quæ bona fide poſſidentur: hæc enim *h.* §. cum rebus aliis quæ ex bonis ſunt, & vid. locatis commodatis, pignoratis, depoſitis, coniunguntur. Fatendum erit aut Iuſtinianum confuſim exempla proponere eorum, quæ in bonis & ex bonis ſunt: aut parum ſubtiliter, & craſſa Minerua eſſe locutum: nimis enim alias inepta eſſet comparatio rerum depoſitarum & commodatarum, cum iis quas bona fide poſſidemus, quas vſucapiendo noſtras pleno iure facimus, & pro quibus, (extra caſum ſi cum domino res ſit) & exceptionem & amiſſa poſſeſſione actionem habemus: & quæ adeo recte ſub eorum claſſem referuntur, quæ ſunt in bonis, iuxta *leg. rem in bonis 52. de adq. rer. dom.* Inſuper illud de re commodata, dubium habet ex noua conſtitutione in *l. vlt. Cod. de furt. & §. quæ de fullone 16. tit. præc.* nam cum eadem dicatur eſſe ratio actionis furti & vi bon. rapt. re commodata † furto ſublata domino electio 2
datur, an furti an commodati agere velit. An igitur & hic eandem limitationem adhibemus, & tum demum commodatario actionem vi bon. rapt. damus, ſi dominus contra ipſum egerit commodati? an quia iniuria maior infertur per rapinam, in commodatario hic nihil mutatum dicimus, & conſtitutio-

nem

nem Iuſtinian. in *d.l.vlt. Cod. de furt.* ad furtum reſtringimus? Id equidem in medium relinquo: & poſſit hæc videri deſcripſiſſe Tribonianus ex veteri ICto, & vt apparet, omnino ex *l. 2. §. in hac 22. vi bon. raptor.* parum memor nouæ conſtitutionis, quam ſuper hac re emiſit: quod ego, vt dixi relinquo in medio. Sed quod ſequitur apud Iuſtinianum, explicationis difficilioris mihi eſſe videtur: de quo quia à nemine explicatur, ſententiam meam proponam & iudicium Lectori relinquam. Ait in *verſ. non vt dominium.* hanc actionem iis quorum intereſt dari, non vt dominium accipiant, ſed illud ſolum, quod ex bonis eorum qui rapinam paſſi ſunt, id eſt, quod ex eorum ſubſtantia ablatum eſſe proponatur. At quin primo abſurde & inepte moneri videtur, hanc actionem competere ei cuius intereſt, & verbi cauſa conductori, commodatario &c. non vt accipiant dominium. Quis enim de hoc dubitet, dominium eos per hanc actionem conſequi non poſſe: ſiquidem iſtud ad domini manifeſtam iniuriam pertineret: & vtique hac actione non de rei dominio, ſed de pœna quadrupli agitur, ſecundo illud perſpicue falſum eſt, hac actione conſequi actorem tantum illud quod ex ſubſtantia & bonis eius eſſe ablatum proponatur: cum vtique hanc actionem conſtet eſſe pœnalem & in quadruplum. Hæc abſurda vt euitent Interpp. hunc ſenſum tribuunt verbis Iuſtiniani, quod his caſibus, quibus agit, qui dominus non eſt, & cuius ſaltem intereſt, habeatur ratio non tam ipſius rei, quam potius iuris, quod quis in re habuit, & ſcilicet non illius aut æſtimationis integræ, ſed huius tantum æſtimati quadruplum conſequatur. Sed hæc ſententia & explicatio, tum nimium abit à verbis textus, tum etiam falſum eſt, quod hi quorum intereſt, ſi hac actione experiantur, tantum iuris ſui quod habuerunt, non ipſius rei raptæ quadruplum conſequantur. Cum enim dominus ipſe cuius non intereſt, agere non poſſit, abſurdum fit, in eadem violentia raptoris meliorem eſſe, conditionem, vt leui omnino pœna defungatur. Et probauimus ſupra ad *§. furti 13. tit. præced.* eos quorum intereſt, ſi furti agant, conſequi quadruplum ipſius rei & veri precii: quæ argumenta ibi late propoſita idem in actione bon. rapt. obtinere euincunt. Et alia igitur interpretatio eſt ad hunc locum quærenda, & nimirum ex *l. 2. §. in hac 22. h. t.* ex quo hunc † apparet textum, ſed forte non ſatis 8
caute eſſe deſcriptum. Vlpian. verba ibi ita ſe habent: *dicendum eſt, competere mihi hanc actionem, vt non dominium accipiamus, ſed illud ſolum, ex bonis meis, hoc eſt ex ſubſtantia mea res ablata eſſe proponatur.* Quæ verba recipere poſſunt duplicem ſignificationem, primo quod non tantum domino & ei cuius in bonis res eſt, de quo agit Vlp. in *pr. §.* ſed etiam aliis, ex quorum bonis res eſſe dicitur, actio hæc competat, ſecundo & rectius referri iſta verba poſſunt ad agendi formulam, quod ſcilicet hi ad quos cuſtodia rei pertinet, & qui ob hoc ſolum hanc actionem habent, quod eorum interſit, hoc ipſum ita intendere, & ius quod habuerunt, & rem ex bonis ipſorum ablatam eſſe, proponere debeant: ex quo minime infertur, quod tantum intereſſe eorum quadrupletur. Et facit quod Vlpianus cum vtatur numero ſingulari, *competere mihi hanc actionem*, ſubiicit numero plurali, *vt non accipiamus*, id eſt, vt non intelligamus ita agendum, quaſi iure dominii agam, ſed tantum vt proponam, ex ſubſtantia mea rem mihi ablatam: verbis *ex ſubſtantia*, paulo largius acceptis: quod cum ego conueniri poſſim à domino ad præſtandam æſtimationem rei ex bonis & ſubſtantia mea ipſa quoque res videatur mihi quodammodo eſſe ſubrepta. Hanc explicationem commode patiuntur verba Vlpiani: ſed vix verba Triboniani *h. §.* quem quam plurimis locis lapſum eſſe incuria, plurimi iam annotauerunt. Sed iudicium Lectori permitto.

***

Ad Titvlvm III. Libri Qvarti Inſtitutionum,

De Lege Aqvilia.

TEXTVS.

Damni iniuriæ actio conſtituitur per Legem Aquiliam. Cuius primo capite cautum eſt, vt ſi quis alienum hominem, alienamue quadrupedem, quæ pecudum numero ſit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur. Quod autem non præciſe de quadrupede, ſed ea tantum quæ eſt pecudum numero, cauetur, eo pertinet, vt neque de feris beſtiis, neque de canibus cautum intelligamus, ſed de iis tantum, quæ dicuntur proprie paſci gregatim: quales ſunt, equi, muli, aſini, oues, boues, capræ. De ſuibus quoque idem placuit: nam & ſues pecudum appellatione continentur, quia hi gregatim paſcuntur. Sic denique & Homer. in Odyſſea ait, ſicut Ælius Martianus in ſuis Inſtitutionibus refert.

Δήεις τόν γε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Παρ' κόρακος πέτρῃ ἐπὶ τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Commentarivs.

Tertia hæc ſpecies priuati delicti eſt, Damnum iniuria datum. Damnum alias in genere ſignificat diminutionem quandā patrimonii: hic in ſpecie damnū quod poſitum eſt in corruptione rei: qua re diſtinguitur à furto & rapina, per quæ delicta vtiq; alias etiam damnum infertur. Sed & hoc amplius; quod hæc delicta nō ſunt ſine dolo, at damnū iniuria datum, vt hoc tit. ſumitur, etiam leuiſſima culpa ſatis eſt, de quo poſt dicemus. Atq; hoc damnum vindicatur L. Aquil. quam Plebiſcitum eſſe ait ICtus in *l.1.h.t.* ſed quando latum & à quo Aquilio Tribuno plebis, Ant. Auguſtinus, Hottom. & alii ignorare ſe fatentur. Huius Legis primum caput hic proponitur: & 1. obiectum, tum pœna, & quid in actionem veniat. Obiectum ſunt ſerui & quadrupedes, & hi quidem occiſi: nam & primo loquendum fuit de damno grauiori, & de obiecto digniori, cuiuſmodi ſunt ſerui, & his exæquatæ pecudes: *l.2.h.t.* quoniā hic tantum agitur de diminutione patrimonii & actione ciuili; ceteroquin plurimum intereſt: quod qui ſeruum occidit etiam publico L. Corneliæ iudicio accuſari poteſt §. *liberū* 11. *h.t.* Quadrupes autem intelligitur non quæuis, ſed quæ pecudum numero eſt *h. text.* itaque probo vt cum Hottom in *l.2. in pr. h.t.* legamus *quadrupedemue* (alias vel) *pecudem.* Pecudum appellatio alias generalior eſt, Lucret. lib. 1.

Inde feræ pecudes perſultant pabula læta.

Virgil. lib. 1. Æneid.

Ignauum, fucos, pecus à præſepibus arcent.

Et idem Lucretius de piſcibus lib. 2.

——*mutæq; natantes*
Squammigeræ pecudes.

Hic autem pecudes ſignificant quadrupedes, quę gregatim paſcuntur, & hominibus ſui natura vtilitatem præbent. At cur de ſuibus dubitatum fecit *l.2. §.1. h.t.* An quia ceteræ onera geſtādo, lacte lana &c. inſeruiunt hominibus: an quia, vt Hottom. ſues non perinde vt aliæ, graminibus & viridibus pabulis paſcuntur: quamquā neutra harum rationū ſatis concludere videtur. Quid ſi quis bipedē occiderit? an damus vtilem actionem L. Aquil. ex primo capite, ſicut cum bipes damnum dedit *l. 4. ſi quadrup. paup.* an, quod magis eſt, hic caſus ad tertium caput pertinet: vt docet §. *capite* 13. *inf. h.t.* ſicut & ille quo quis quadrupedē non pecudem occidit. Hæc de obiecto primi capitis, pœna eſt, vt tanti teneatur, quanti res toto eo anno retro plurimi fuit, de quo plenius in §. *his autem* 9. *infr. h. t.*

TEXTVS.

1. Iniuria autem occidere intelligitur, qui nullo iure occidit. Itaq; qui latronem

nem inſidiantẽ occiderit, non tenetur: vtiq; ſi aliter periculum effugere non poteſt. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui caſu occidit, ſi modo culpa eius nulla inueniatur: nam alioquin non minus ex dolo, quam ex culpa quiſque hac lege tenetur.

Commentarivs.

PEr Legem Aquiliam vindicatur damnum iniuria datum. Vbi nõ ſignificatur aliquid factum per contumeliam, vt iniuriæ verbum vſurpatur *titu. ſeq.* ſed aliquid non iure factum: ſed nec neceſſum eſt ex propoſito maligno & dolo factum, ſed competit hæc actio, ſi modo quacunq; etiam leuiſſima culpa damnum datum ſit *l. in lege* 44. *h. t. h. text. in fin.* & exempla *text. ſeqq.* perſpicue oſtẽdunt. Eſtq; hoc ſpeciale in hoc vnico delicto, vt non opus ſit adeſſe dolum: qua de cauſa etiam hæc actio non reuera ad pœnam aliquam, duplum vel triplum ſed tantum ad æſtimationem & intereſſe perſequendum comparata eſt. Et hinc quia culpa per iniuriam damnum datum eſſe oportet, duplicis generis facta impunita omnino ſunt. 1. quæ licet ex propoſito, iure tamen fiunt, veluti ſi quis defendendi ſui cauſa, ſeruum alienum ſibi inſidiantẽ occidat *h. text.* Iure enim hoc permiſſum eſt pro defenſione vitæ ſuæ, aggreſſorem occidere *l 3. de iuſt & iur. l. ſed & ſi* 5. *l. ſcientiam* 45. § *p. n. h. tit.* Dixi, *ſeruum alienum,* nam ad ſeruum occiſum pertinet L. Aquilia, *in pr. h. t.* nec enim æſtimatio ex hac L. in corpus liberum cadit: vtili tamen actione ex L. Aquilia locus eſſe poteſt pro impenſis & operis ceſſantibus, quo pertinet *l. liber.* 13. *in pr. h. t.* Deinde impunita per L. Aquil. quoq; ſunt facta, quæ ſine culpa caſu fortuito accidunt *h. text inf.* ſiue ſit caſus fortuitus ex ſe, ſiue ex loci, perſonæ & aliis circumſtantiis pro tali habeatur, vt *ſeqq.* §§. oſtenditur. Culpam omnino abeſſe neceſſe eſt: ceteroquin non minus ex culpa quam ex dolo quis hic lege tenetur: quomodo ſcribẽdum erat *h. t. extremo:* pro quo per traiectionem ſcriptum, *non minus ex dolo quam ex culpa,* minus enim dubitari poterat, quin ob dolum huic actioni eſſet locus: quod etiam dicere malim, quam Hottom. *minus* hic eſſe poſitum pro *magis:* quamuis & Accur. *non minus* explicat, *non plus,* qui tamen magis probat, vt dicamus conuerſum eſſe ordinem ſcripturæ: ſicut & in *l. 7. §. pactorum* 8. *verſ. vtrum de pactis.* Tractare autem *h. t.* materiam defenſionis, quatenus quis alium inuaſorem aut etiam furem repellere & occidere poſſit, quod plerique hic faciunt, extra propoſitum eſt.

Textvs.

2. Itaq; ſi quis dum iaculis ludit, vel exercitatur, tranſeuntem ſeruum tuum traiecerit, diſtinguitur. Nam ſi à milite id in eo campo, vbi ſolitum eſt, exercitari admiſſum eſt, nulla culpa eius intelligitur: ſi alius tale quid admiſerit, culpæ reus eſt. Idem iuris eſt de milite, ſi in alio loco, quam qui militibus ad exercitandum deſtinatus eſt, id admiſerit. Item ſi putator ex arbore ramo deiecto, ſeruum tuum tranſeuntem occiderit, ſi prope viam publicam, aut vicinalem id factum eſt, neque proclamauit, vt caſus euitari poſſet, eſt reus culpæ: ſed ſi proclamauit, nec ille curauit præcauere, putator eſt extra culpam. Atq; extra culpam eſſe intelligitur, ſi ſeorſum à via forte vel in medio fundo cędebat, licet non proclamauit: quia in eo loco nulli extraneo ius fuerat verſandi. Præterea ſi medicus qui ſeruũ tuum ſecuit, dereliquerit curationem eius, & ob id mortuus fuerit ſeruus, culpæ reus erit. Imperitia culpæ quoq; annumeratur: veluti ſi medicus ideo ſeruum tuum occiderit, quia male eum ſecuerit, aut perperam ei medicamen-

Digitized by Google

camentum dederit. Impetu quoque mularum, quas retinere non potuit propter imperitiã, ſi ſeruus ſuus oppreſſus fuerit, culpæ reus eſt mulio. Sed & ſi propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cũ alius firmior eas retinere potuiſſet, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum veheretur equo, impetum eius aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam ſuam retinere non potuerit.

COMMENTARIVS.

VAria ſunt exempla factorum citra dolum, per ſolam & eam fere leuiſſimam culpam, quę tamen per L. Aquil. vindicantur: quoniam potior eſt cauſa eius qui damnum paſſus eſt, cui id vt reſarciatur æquum eſt, vbi aliqua ſaltem culpa facientis adeſt: neq; enim de pœna, ſed damni tantũ æſtimatione in hac actione quæritur. Sunt omnia fere perſpicua, ideoque paucis percurremus. Ait

Si quis dum iaculis ludit.] Circumſtantiæ duæ faciunt vt omnis culpa abeſſe intelligatur, loci, huic fini deſtinati, & perſonæ, cuius eſt in eo loco exerceri, ibi *à milite in eo campo.* Si alterutrum abſit, qui damnum dedit, erit culpæ reus, quæ pene videtur eſſe leuiſſima, cum ad damnum dandum directa non fuerit ad *d.l.9.§.vlt.h.t.*

Si putator ex arbore.] Putare arborem factum plane licitum eſt: ſed in deiiciendo ramo amputato poteſt eſſe culpa: Id æſtimatur ex loco in quo putatur arbor & ramus deiicitur: vt ſi ſit ita priuatus, vt alteri in eo ius verſandi non ſit, non teneatur qui deiecit, cum exiſtimare aut diuinare non poſſet, illac aliquem tranſiturum: ſi autem talis ſit locus, per quem alii tranſire ſolebant, & iure poterant, teneatur actione L. Aquil. qui deiiciendo ramum, damnum dedit, niſi mature, vt tranſiturus caueret ſibi proclamauerit, *h.text.& leg.ſi putator 31. ad L. Aquil.*

Præterea ſi medicus.] Hæc ſane plus quam leuiſſima culpa eſt, & vere culpa negligere curationẽ ſerui quam quis ſemel ſuſcepit: ideoq; vel maxime tenebitur *h.text.& l.8.eod.*

Imperitia quoq;.] Imperitia alicuius rei per ſe culpa non eſt, neq; enim omnes omnia ſcire poſſunt: ſed eſt culpa in eo qui profitetur peritiam, & pro artifice ſe gerit; hic enim imperitia facit culpam *h.text. & l.imperitia 174. de R.I.* quod docet ICtus in *l. ſi quis 9. §.pen.inf. Locati.* vbi rationem hanc reddit, cur imperitia in culpa ſit, quoniam, inquit, vt artifex cõduxit: adde *l.ſi ſeruus 27.§.ſi calicẽ 29.h.t.* Et in terminis huius §. de medico *l.qua act.7. §.vlt. cum l.ſeq. in pr.eod.* Quod Hott. hic addit de ICto male conſulente *inf. tit.5. de oblig.quaſi ex del.* videbimus.

Impetu quoq; mularũ.] Cohæret cũ præced. quod de imperitia ait. Quod autẽ addit de infirmitate, apertiſſime arguit, leuiſſimã quoq; culpam in hoc iudiciũ venire: & eſt nimirũ iſta culpa, vbi alius firmior eas retinere potuiſſet: prorſus vt ſup. diximus ad §. *item is.de oblig. quæ re contr.& ad §.1.ſup.de obl.quaſi ex cont.* leuiſſimã culpam, vbi quis non præſtat ea, quæ diligentiſſimus alius præſtare potuiſſet. Adeo & hic nõ tenebitur mulio, ſi ipſe firmo robore fuit, nec quiſquã firmius mulas cõtinere potuerit, & illę damnũ tamen dederunt, *idẽ in l.8.§.1.h.t.*

TEXTVS.

3\. His autem verbis Legis, quanti id eo in anno plurimi fuerit, illa ſententia exprimitur: vt ſi quis hominẽ tuum, qui hodie claud⁹ aut mancus, aut luſcus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut precioſus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erat, ſed quãti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditũ eſt, huius Legis actionem eſſe pœnalẽ: quia nõ ſolũ tanti quiſq; obligatur, quantũ damni dederit, ſed aliquando longe pluris. Ideoq; conſtat in heredẽ eam actionẽ non tranſire, quæ tranſitura fuiſſet, ſi vltra damnum numquam lis æſtimaretur.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIVS.

1 *Quod ipſius corporis læſi æſtimatio veniat contra Hottoman.*
2 *Actio hac cur non detur in heredes.*
3 *Actiones ex delicto perſecutoriæ an tranſeant contra heredes.*

IN hanc actionem venit æſtimatio damni dati, & quanti res toto anno retro à tempore dati damni plurimi fuit in *pr. h.t.* id quale ſit & cuiuſmodi hoc §. plenius explicatur, ſubiecto exemplo hominis occiſi, cum claudus aut mancus, adeoque nullius pene pretii eſſet, cuius integri eo anno retro æſtimationẽ ſoluere reus cogitur. Et ſpectatur nimirum quanti plurimi fuit ipſum corpus, quod occiſum eſt:
1 & procul dubio errat Hottomannus,† putans non iniri æſtimationem huius animalis quod alius occidit, ſed quanti animalia eiuſdem generis eo anno cõmuniter æſtimabantur, reum condemnari. Etenim L. Aquilia de ipſo corpore occiſo locuta fuit, vt patet ex verbis relatis in *pr. h.t.& in l.2. in pr. eod.* quod ex exemplo à Iuſtin. hic propoſito pluſquam euidentiſſimum eſt: & alias fruſtra æſtimationis retro L. Aquilia habuiſſet rationem. Fit quidem ita, vt non vbique iuſta & æquali proportione delictum coerceatur: cum eandem ęſtimationem pręſtet, qui animal integrum, & qui iam mancum, ſed quod eo anno integrum fuit occidit: verum ita placuit Legislatori, nec vbique exacta proportio delicti & pœnæ obſeruari poteſt: ceteroquin & iſtud poſſit reprehendi, quod inter eum qui culpa, & qui dolo damnũ dedit, L. Aquilia non diſtinxit. Hinc vero, quia ſæpe fit, vt pluris condemnetur reus quam damni reuera dedit, infert *h. §. verſ. qua ratione.* Iuſtinianus, hanc actionem videri pœnalem, quoniam rei perſecutoriæ actiones, q̃ pœnalibus opponuntur, non niſi id quod reuera abeſt actori, perſequuntur. Et inde concludit porro in *f. §.* quod hæc actio non detur in heredes: hæc enim actionum vel maxime pœnalium qualitas eſt, vt ne dentur in heredes *l. 1. de priuat. del. l. 2. §. vlt. vi bon. raptor.* Et
quid † ſi igitur damnum qui dedit moriatur 2
actione non dum contra eum inſtituta? Sunt qui notant hunc næuum iuris noſtri, cum iniquum videatur, vt damnum ſaltem mihi ab herede qui bona eius qui damnum dedit, tenet, nõ reſarciatur. Sed nimirũ eadem ſpecies iniquitatis in actionibus omnibus ex delicto occurrit, q̃ vt diximus ad *§. vlt. ſup. de furt.* in heredes nõ competunt: & imputet ſibi, qui non ſtatim lite conteſtata actionẽ ſibi fecit perpetuam & in heredes porro continuandam, de quo in *§. 1. inf. de perp. act.* Et ad *d §. vlt.* huius rei rationem dedimus, quod in delictis non repræſentat heres defunctum. Non tamen abs eo ius Canonicũ conſtituit, vt quatenus vires bonorum defuncti patiuntur, heres damnum in ſimplum tantum reſarcire cogatur *c. vlti. de ſepultur. c. tua nos de vſuris, & c. ſi epiſcopus cauſ. 16. quæſt. 6. & Acc. in d. l. 1. de priuat. delict.* heredem etiam naturaliter ad hoc obligatum putat. Sed ius ciuile non vltra eum obſtringit, quam vt reſtituat, quod ex ipſo delicto cum ceteris bonis ad eum peruenit. Pergit porro Iuſtin. & cum dixiſſet, hanc actionem quia pœnalis
eſt, in heredes non tranſire, in extremo † ſub- 3
iicit, eam tranſituram fuiſſe, ſi numquam vltra damnum lis æſtimaretur. Diximus autem ad *d. §. vlt. de furt.* ex hac ratione ſi in genere ſumatur, effici hanc ſententiam, quod actiones ex delicto quæ pœnales non ſunt, ſed rei perſecutoriæ, & in id competunt ſolum quod actori abeſt, in heredes in ſolidum tranſeant: (nam vt tranſeant in quantum peruenit, non neceſſum eſt actionem eſſe puram perſecutoriam, cum & pœnales actiones mixtæ hactenus in heredes dentur.) Hanc autem ſententiam in *d. §. vlt.* probauimus manifeſto eſſe falſam: itaque hanc rationem reſtringendã eſſe ad eiuſmodi genus actionis, qualis eſt actio L. Aquiliæ, quæ cum competat etiam ob culpam leuiſſimam citra vllam conſiderationem doli, pene ex delicto eſſe non videtur. Quin & amplius quamuis Iuſti. eam vocat pœnalẽ hoc §. poſſit tamen per interpretationem quandam cenſeri perſecutoria: quod ſcil. L. Aquil. quodam-

VV

x aliis priuatis † delictis *leg. vltim. de furtis. leg. vlt de priua. delict.* Negat ſimpliciter *Ioh Fab.* hic, quoniam ex cauſa L. Aquil. teneatur etiam qui ſine dolo per culpam deliquit. Sed hæc ratio tantum particularis eſt: & non efficit, vt non poſſit criminaliter conueniri, qui dolo damnum dedit: quæ etiam verior ſententia eſt. An autem ciuilis & criminalis actio concurrant, nec vna alteram conſumat, videbimus ad *d. §. vlt. inf. ſi quadr. paup.*

TEXTVS.

6. Caput ſecundum Legis Aquiliæ in vſu non eſt.

COMMENTARIVS.

IDem in *l. ſi ſeruum* 27. §. *huius* 4. *h. t.* poterat tamen Tribonianus, qui alibi prolixe etiam ius vetus refert, verbulo ſaltem indicaſſe, quid eo capite ſancitum fuiſſet. Coniectura inanis eſt Cuiacii in *parat. h. t.* quod fuerit de interuerſa vtilitate.

TEXTVS.

7. Capite tertio de omni cetero damno cauetur. Itaque ſi quis ſeruum vel eam quadrupedem quæ pecudum numero eſt, vulnerauerit: ſiue eam quadrupedem, quę pecudum numero non eſt, veluti canem aut feram beſtiam, vulnerauerit, aut occiderit, hoc capite actio conſtituitur. In ceteris quoq; omnibus animalibus item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per iniuriam datum, hac parte vindicatur. Si quid enim vſtū, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite conſtituitur, quamquam poterat ſola rupti appellatio in omnes iſtas cauſas ſufficere: ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum eſt, vnde non ſolum fracta aut vſta, ſed etiam ſciſſa & colliſa & effuſa, & quoquo modo perempta, atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique reſponſum eſt, ſi quis in alienum vinum aut oleū id miſcuerit, quo bonitas naturalis vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.

COMMENTARIVS.

MAgis perſpicuus eſt hic locus, quam vt interpretatione egeat, primum caput tantum pertinet ad occiſionem, & quidem ſerui aut quadrupedis pecudis. Hoc caput vindicat damna quæ data ſunt occidendo cetera animalia, ſiue quadrupedes ſint ſiue bipodes, aut vulnerando etiam ſeruum aut quadrupedem pecudem: & denique ad quæcunque damna rebus anima carentibus illata: quod exemplis oſtenditur hic & in *leg. ſi ſeruum* 27. §. *tertio* 5. *cum multis ſeq.* & §. *inquit* 13. *cum ſeq.* [illegible] 29. § *hac act.* [illegible] 6 *h. t.* & illud de vino cui quid immixtum fuit, *h. §. in f.* & *in d. l.* 27 §. *cum eo* 15. *eod.* oſtendit *rumpere* latius ſumptum, pro *corrumpere*, cum alias hoc caſu, nihil ruptū, vſtum fractū aut ſciſſum ſit.

TEXTVS.

8. Illud palam eſt, ſicut ex primo capite ita demum quiſq; tenetur, ſi dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occiſus occiſaue fuerit: ita ex hoc capite de dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri. Ex hoc capite non quanti in eo anno, ſed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit. At nec *plurimi* verbum quidem adijcitur: Sed recte Sabino placuit, perinde æſtimationem habendam, ac ſi etiam hac parte plurimi verbum adiectum fuiſſet: nam plebem Romanam, quę Aquilio Tribuno rogante legem hāc tulit, contentam fuiſſe, quod eo verbo prima parte vſa eſſet.

Commentarivs.

TRia proponuntur hoc textu. Vnum in quo diſcrepet hoc caput tertium à primo: duo in quo conueniat cum primo capite. Diſcrepat à primo, quod in eo condemnatur Reus, quanti res toto anno retro plurimi fuit: ſed ex tertio, quanti triginta diebus proximis, *h. text. verſ. ex hoc & l. ſi ſeruum 27. §. tertio 5. eod.* cuius differentiæ rationem reddi poſſe negauit Iohannes: ſed *Azo in ſumm. C. h. t.* relatus etiam ab *Accurſio in l. 2. h. t.* hanc eſſe putauit: quod grauius peccetur contra primum caput occidendo, quam contra ſecundum vulnerando vel corrumpendo: quæ tamen ratio non eſt perpetua: quod vtiq; grauius peccat, qui ſeruum grauiter vulnerat, aut etiam generoſum canem occidit (nam & iſtud ad tertium caput pertinet) aut gemmam pretioſam corrumpit, quam qui forte ouiculam aut porcellum occidit: maxime ſi illud dolo, hoc culpa, quæ pariter hac Lege coercentur, factum proponatur. Ex duobus in quibus primum caput & tertium conueniunt, alterum eſt, quod itidem in hoc dolo aut culpa damnum datum eſſe oportet, *h. textu, in prin. & l. qui occidit 30. §. vlt. eod.* Alterum, quod ſicut in primo æſtimatur, quanti plurimi, ita & hic, ſcilicet diebus triginta proximis *h. text. verſ. at nec. & leg. quemadmodum 29. §. vlt. eod.* vtcunque hoc verbum *plurimi* in tertio capite adiectum non fuerit: quod neſcio quare dubitationem recipere dicat Hottomannus: cum vtique oporteat ad certam æſtimationé referri damnum, *quæ triginta diebus fuit*, quod Lex expreſſit, nec vlla poteſt eſſe certa, niſi *plurimi*: & ex capite primo caput tertium meritiſſimo accepit hanc interpretationem, vt hic locus docet:

Ait Iuſtinianus:

Plebem Romanam.] Recte & proprie: quia plebiſcita ſanciebantur à ſola plebe, non connumeratis patriciis, de quo ſupra in *§. Lex eſt. de iur. nat.*

Rogante.] Alias interrogante: nec hoc male: nam licet proprie dicebatur rogari plebs vel populus, & Legem ſancire ſiue iubere, cum ſuffragium ferret per tabellam, his verbis, *Vti rogas*, attamen illa ipſa rogatio, *Velitis Iubeatis, Quirites, &c.* etiam interrogatio erat, quam ſequebatur reſponſio: *quo verbo interrogante.* bis vſus eſt Tribonianus in *d. §. 4. de iur. nat.* nec ipſos ICtos crediderim adeo accurate iſtud obſeruaſſe, vt ſemper dicerent *rogare*, quidquid etiam ſic Hottomanno videatur.

Hanc Legem tulit.] Hic quoque nimium ſuperſtitioſus eſt, imo nugatur Hottomannus, qui hoc turpe ait erratum eſſe Triboniani, aut legendum eſſe, *legem iuſſit.* & pro *vſa eſt* reponendum, *vſus eſſet.* Equidem verum eſt, quod populus ſiue plebs proprie Legem iubere dicebatur: & quod verba ſanctionis non populus qui rogabatur, ſed qui Legis autor erat, concipiebat. Sed nimirum dum hoc conſideramus, quod à populo omnem autoritatem ſanctio & Lex habebat, perinde eſſe videtur, ac ſi populus ipſe verba Legis concepiſſet: & iniurium eſt, accurrationem eiuſmodi exigere à Tribon. cum eius tempore, plane alia eſſet Reip. forma.

Textvs.

9. Ceterum placuit ita demum directam ex hac Lege actionem eſſe; ſi quis præcipue corpore ſuo damnum dederit. Ideoq; in eum, qui alio modo damnum dedit, vtiles actiones dari ſolent: veluti ſi quis hominem alienum, aut pecus ita incluſerit, vt fame necaretur: aut iumentum ita vehementer egerit vt rumperetur: aut in tantum pecus exagitauerit, vt præcipitaretur: aut ſi quis alieno ſeruo perſuaſerit, vt in arborem aſcenderet, vel deſcenderet in puteum, & is aſcendendo vel deſcendendo, aut mortuus, aut parte aliqua corporis læſus fuerit, vtilis actio in eum datur.

Sed

Sed ſi quis alienum ſeruum, aut de ponte aut de ripa deiecerit in flumē, & is ſuffocatus fuerit: eo quod proiecit corpore ſuo dediſſe damnū, non difficulter intelligi poteſt: ideoque Lege ipſa Aquilia tenetur. Sed ſi non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læſum fuerit, ſed alio modo alicui damnum contigerit; cum neque directa, neque vtilis actio Legis Aquiliæ ſufficiat: placuit eum qui obnoxius fuerit, actione in factum teneri: veluti ſi quis miſericordia ductus alienum ſeruum compeditum ſoluerit, vt fugeret.

COMMENTARIVS.

1 *Actio directa & vtilis varijs modis dicitur.*

2 *Actio vtilis quæ ſit.*

3 *Actio in factum dupliciter dicitur.*

4 *Actio vtilis L. Aquiliæ quibus caſibus detur.*

AD intelligendum rectius hunc textum præmitto, Actionem directam, itemque vtilem, non vno modo, ſed varie dici. Et 1. directa actio ea eſt, quæ opponitur contrariæ in contractibus, commodati, depoſiti, pignoris, mandati, &c. *l. ſin autem 20. de negot. geſt.* iuxta ſup. explicata: quæ ſignificatio ab hoc loco alieno eſt. 2. dicitur ea quæ competit ex delicto ſerui contra dominum ſcientem, in ſolidam æſtimationem, & opponitur ei quæ noxalis eſt §. *omnis 5. inf. de noxal. act.* 3. eſt & dicitur ea quę opponitur actioni pręparatoriæ, veluti actioni ad exhibendū *l. 3. §. ibidem 13. l. ſi quis 17. ad exhibend.* Denique, quod ad explicationem noſtri §. pertinet, opponitur actioni vtili: quæ in genere deſcribi poteſt, quod ſit actio, quæ deficiente ſtricta ratione ex æquitate conceditur: & hoc fere dupliciter 1. quæ non 2 ex † iure aliquo proprie dicta, ſed per interpretationem ICtorum introducta eſt. 2. quæ expreſſo etiam iure, quod æquitatem ſectatur, introducta eſt. Quod porro ius duplex eſt: prætorium & ciuile. Et quoniam prætor legem facere non poteſt, *in pr. ſup. de bon. poſſeſſ. verſ. Quos autem.* ſed iure magiſtratus & quadam tacita conniuentia populo edicta ſua proponit & defendit, ideo prætoriæ actiones, ſi conferantur cum illis quas ius ciuile ſtrictum introduxit, omnes appellari poſſunt vtiles, vt apparet ex §. *namque 4. infr. de actionib. l. vlt. Cod. ex quib. cauſ. maior. l. electio 26. §. 2. de noxal. action.* quamuis quatenus prætorium ius conſideratur in ſe, actiones eo iure expreſſim introductæ, directæ vocari poſſent: quoniam ſunt actiones aliæ perſonæ, quæ ipſæ vtiles dicuntur introductæ, ex interpretatione edicti prætoris, oppoſitæ his, quæ ex ipſis Edicti verbis deſcendunt, vt apparet ex *l. nec quaſi 70. de rei vindicat. l. 1. in pr. & l. ſi Titio 22. de pignor. leg. pen. in pr. de inſtit. act. l. 5. § . pen. de conſt. poſſ.* Ciuile quoque ius aliquando expreſſis verbis actiones vtiles introduxit, non quod ad producendas actiones directas ex ſe alias ſatis potens non ſit: ſed quoniam actionibus directis non poteſt eſſe locus. Accidit hoc duplici de cauſa 1. quoniam actiones directæ iam ſunt penes alium, à quo ex ratione iuris auelli, & in alium transferri non poſſunt: neque actiones directæ proprio iure poſſunt eſſe apud duos: idque notant Iaſon & Interpp. alii in §. *omnium in pr. inſ. de actionib.* Atque hinc eſt quod his qui nomen vel actionem emerunt, aut quibus legatum aut donatum nomen eſt, ſunt datæ actiones vtiles ex conſtitutionibus, (quoniam directæ penes alios ſunt) *l. 1. C. de O. & A. l. ſi cum 16. in pr. de pact. l. vlt. C. quand. fiſc. vel priu.* Hinc etiam eſt, quod ex SCto Trebelliano, (quandoquidem directæ actiones ſubſiſtunt apud heredem) in fideicommiſſarium, ſolum actiones vtiles transferuntur *l. filiuſf. 18. ad L. Falcid. §. & Neron. 4 ſup. de fideicomm. heredit.* Altera cauſa eſt, quod ſubtilis ratio iuris directam actionem impedit. Hinc quoniam ex alterius conuentione alteri actionem quæri ratio iuris non patitur, caſibus aliquibus conſtitutiones introduxerunt actionem vtilem *l. 3. C. de donation. quæ ſub mod.* Extra hos caſus,

&, ſi qui ſunt ſimiles, actiones directæ ſunt, quæ deſcendunt ex verbis Legis & ex ſcripto: ita vt quod voluiſſe Legiſlatorem probabile eſt, id ſimul ſcriptum intelligatur; adeo vt aliquando competere directa actio dicatur pro eo quod verbis comprehenſum non eſt, id eſt, verbis expreſſis. Ita Aquilius Tribunus verbis expreſſis tantum iuſſit dari æſtimationem: ſed id ita acceptum fuit, vt etiam intelligeretur, quidquid ex ea cauſa intereſſet; quoniam cum damnum ſarcire voluerit Legiſlator, damnum eſt, quidquid ex cauſa læſionis & occiſionis mihi abeſt. Quod adnotare ideo volui, vt intelligamus etiam pro eo quod intereſt eſſe directam actionem L. Aquiliæ: licet id ex interpretatione non ex verbis dicat eſſe Iuſtinianus in §. *illud* 10. *ſup. h. t.* Sed vbi latius proceditur, & ex ſcripto & ſententia naſcitur controuerſia, & ex mente præſumpta Legiſlatoris inducitur actio per interpretationem, & aliquam extenſionem, ea demum non directa, ſed vtilis eſt. Hæc vt ad noſtrum hunc §. accommodemus, Lex Aquilia actionem propoſuit in eum qui corpore damnum daret *h. §. verſ. ſed ſi quis l. ita* 51. *in pr. eod.* quia tamen iniquum fuit deficere actionem, ſi quis alio modo corpori damnum dediſſet, vtilis in hunc caſum actio admiſſa fuit *h. §. verſ. ideoque* (vbi id multis exemplis declaratur & illuſtratur) & porro hac deficiente, vbi damnum citra læſionem quoq; corporis datum eſt, actio ſubſidiaria in factum, *hoc §. verſ. ſed ſi non.* quæ gradatio actionum notanda eſt, directæ vtilis & in factum, quæ & in aliis partibus iuris, legibus & edictis prætoriis ſubſidiaria eſſe ſolet.
3 Simul & hoc † notandum, actionem in factum dici dupliciter: vno modo ſtrictius & in ſpecie pro penitus ſubſidiaria, quæ opponitur actioni vtili, quæ ex ſententia Legis per interpretationem deducitur, vt *h. §.* altero & laxius, vt omnem actionem, quæ directa non eſt, & adeo quoque vtilem comprehendat: quomodo & quo ſenſu actio in factum ſumitur in *l. qua actione* 7. *§.* 3. *l. item ſi* 9. *in pr. l. item Mela* 11. *§. ſed ſi* 8. *leg. quemadmodum* 29. *§. magiſtratus in princ. h. titu.* Denique & iſtud hic obſeruandum, præter hanc cauſam actionis vtilis, † quod nō corpore in corpus damnum datum ſit, aliis quoque caſibus quibuſdam & ex aliis cauſis, & itidem verbis L. deficientibus, ex æquitate dari vtilem actionem, 1. ob qualitatem obiecti, ſi liber homo fuerit læſus *l. liber.* 13. *h. t.* quo caſu, non corporis quod nullam recipit æſtimationem, verum operarum ceſſantium & impenſarum fit æſtimatio. 2. ob qualitatem perſonæ, cui damnum datum eſt, ſi non ſit dominus, ſed fidei bonæ poſſeſſor *l. item* 11. *§. ſed ſi* 8. *h. t.* Eſt & 3. ſingularis plane caſus ex *l. ſeruum* 27. *de pignorib.* quo actio quaſi damni iniuriæ, id eſt, vtilis datur creditori contra dominum ipſum debitorem, qui ſeruum pignoratum in fraudem creditoris corrupit: nam contra alium qui pignoratam rem corrupit, facilius creditori vtilis actio datur, vt in ſpecie *l. qui occidit* 30. *§.* 1. *h. t.* 4

AD TITVLVM IV.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE INIVRIIS.

TEXTVS.

Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit: ſpecialiter: alias contumelia, quæ à contemnendo dicta eſt, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, ſicut in Lege Aquilia damnum iniuria datum accipitur: alias iniquitas & iniuſtitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim prætor vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepiſſe dicitur.

COM-

COMMENTARIVS.

1 *Diſtinctio actionum quæ non iure fiunt.*
2 *Errata Triboniani hoc loco.*

HIc locus Ethicus eſt, & paulo accuratius explicandus, & quæ hic proponit Tribonianus excutienda & ſub cenſuram ſunt vocanda. Licet enim & libet libere philoſophari; neque piaculum eſt, in his rebus, quæ ex principiis aliarum diſciplinarum dependent, à Triboniano diſſentire. Humanæ actiones, quæ non iure fiunt, ex Ariſtotelis doctrina 5. *Ethic.* 8. habent duplicem differentiam, & in ſpecies duas primo diſtinguuntur: quædam enim fiunt ex propoſito deliberato, ab eo qui nouit & intelligit circumſtantias ſingulas, obiecti, medii & finis, è quibus actionibus contrahitur vitioſus habitus, & homo dicitur improbus & iniuſtus, & proinde iſtæ actiones ἀδικήματα Ariſtoteli dicuntur, tamquam quæ profluunt ex habitu ἀδικίας: quædam vero deliberato agendi propoſito carent & deſtituuntur, & hæ rurſus ex Ariſtotelis ſententia ſubdiſtinguuntur: quod diriguntur quædam ab externa cauſa, quæ ſunt ἀτυχήματα, infortunia & caſus fortuiti, vbi agens finem & effectum, qui ſequitur minime habet propoſitum, ſed præter eius intentionem aliud contingit: vel à cauſa externa non diriguntur, ſed in ipſo homine eſt principium agendi. Et hæ amplius recipiunt ſubdiuiſionem: quod quædam fiunt ab eo qui omnino ignorat circumſtantias & in iis errat, & dicuntur ἁμαρτήματα in ſpecie (nam alias hæc appellatio quibuſuis iniuſtis actionibus in genere tribui poteſt) quo actiones infantum & furioſorum referri poſſunt: quædam ab eo qui aliquo modo ſcilicet circumſtantias, ſed confuſe tantum, & fiunt citra deliberationem, ſubito quodam impetu: & nimirum ex affectibus & perturbationibus animi: quibus tamen quia homo reſiſtere poteſt & debet, ideo has quoque actiones Ariſtoteles ſub ἀδικήματα & iniuſta facta refert: hac ſaltem differentia, quod ex his agens non appellatur iniuſtus, nec per eas contrahitur habitus vitioſus: quippe quas deferueſcente animi perturbatione ipſe qui fecit, improbare, & pœnitentia duci ſolet.

Ex quibus † apparet, non ſemel hic peccatum à Triboniano eſſe. Et primo genus *in princip.* propoſitum, *omne quod non iure fit*, ſub quo omnia omnino delicta comprehenduntur, per tres ſubiectas ſpecies non exhauritur, ſecundo actio quæ dicitur ἀδίκημα nõ recte explicatur à Triboniano, an de actione culpoſa, ſiquidẽ ſub ea, & vel maxime, quæ dolo perpetrantur, continentur. Et hinc tertio hæc appellatio non recte indiſtincte tribuitur damno dato contra Legem Aquiliam, cum ſub hoc etiam comprehendatur, quod culpa leuiſſima admiſſum eſt, cuiuſmodi actio nõ tam ἀδίκημα quam potius ἁμάρτημα appellanda eſt, quarto magis vitioſe ἀδικία & ἄδικα explicatur de ſpeciali actu iniuſtitiæ, iudicis iniuſtam ſententiam ferentis: & ἀδικία, quatenus vſurpatur pro actione, nihil aliud eſt quam ἀδίκημα: cum & amplius plurimum interſit an iudex dolo an ſaltem imperitia peccet: de quo ad *prin. tit. ſeq.* Et denique abuſio eſt verbi ἀδικίας, pro iniuſta actione, cum hoc verbum ipſum habitum iniuſtitiæ ſignificet, qui opponitur τῇ δικαιοσύνῃ, vt paſſim & perpetuo apud *Ariſt. 5. Ethic.* & ineptus eſt Pacius, qui hic annotauit, per ἀδικίαν hic ſignificari habitum iniuſtitiæ: quo ſenſu accipi hic à Triboniano perſpicue falſum eſt. Non eſt autem contrarium huic loco, quod Iuriſconſultus ait in *leg. pen. de iuſt. & iur.* prætorem etiam ius reddere, dici, cum inique decernit: nam vt ibidem explicat, id dicitur relatiue ad id quod prætor facere debet: vel potius, quia vtiq; prætor de iure & tamquam ſuper iure decernit, & pro ſententia præſumitur. 2

***

TEXTVS.

TEXTVS.

1. Iniuria autem committitur, non ſolum, cum quis pugno pulſatus aut fuſtibus cæſus, vel etiam verberatus erit: ſed & ſi cui conuitium factum fuerit: ſiue cuius bona quaſi debitoris, qui nihil deberet, poſſeſſa fuerint ab eo qui intelligebat, nihil eum ſibi debere: vel ſi quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen, aut hiſtoriam ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, doloue malo fecerit, quo quid eorum fieret: ſiue quis matremfam. aut prætextatum prætextatamue adſectatus fuerit, ſiue cuius pudicitia attentata eſſe dicetur: & denique aliis modis plurimis admitti iniuriam manifeſtum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Ad* l. 15. §. 15. h. t.

INiuria fit vel verbis vel Factis. Illud dupliciter: verbis nimirum 1. lingua nuncupatis, vt ſi cui conuicium dicatur *h. §. in pr. l. 5. Cod eod.* & in ſpecie, ſi quis blandis verbis pudicitiam alicuius attentet *h. §. verſ. ſiue cuius & l. ſed eſt 9. §. vlt. & l. item 15. §. appellare 15. cum ſeqq. D. eod.* quoniam ita tamquam qui perſuadeatur facile, impudicitiæ argui cenſetur. 2. verbis in ſcripturam redactis: & dicitur in ſpecie libellus vel carmen famoſum *h. §. verſ. vel ſi quis & l. vn. Cod. de famoſ. libell.* Factis itidem dupliciter fit iniuria, vel in corpus moleſtiam inferendo, per verbera vel pulſationem *h. §.* vel faciendo aliquid citra corporis læſionem, quod ad infamiam alterius pertinet, cuius rei exempla referuntur in *d. leg. 15. §. ait prætor. 25. cum ſeqq. h. titul. & duo in hoc §.* ſi quis contra aliquem tamquam debitorem, cum non eſſet impetrauerit immiſſionem in eius bona, cuius ita ſuggillatur fama, tamquam qui non ſit ſoluendo & non ſeruet fidem: & ſi quis aliquē aſſectatus fuerit, ſiue ſit puer ſiue fœmina: & hæc ſiue puella, ſiue materfamilias: quoniam ita adſectatus, arguere impudicitiæ eum videtur, quem aſſectatur, quod ad iniuriam & infamiam eius pertinet, vt docet *d. l. Item 15. §. aliud 22. h. titul.* quod tamen obtinet, ſi puella vel materfamilias veſte debita, non verbi cauſa meretricia fuerit induta, *d. leg. 15. §. ſi quis 15. h. titul.* vbi notandum † obiter mendum Florentinæ editionis, & cum vulgari in extremo §. addita negatione legendum, *iniuriarum non tenetur.* Iam verba quædam textus videamus. Ait: 1

Cum quis pugno pulſatus.] Hottoman. legendum cenſent: *cum quis pulſatus, aut pugno, fuſtibusue cæſus &c.* Cuiacius, *cum quis pugno, puta, aut fuſtibus cæſus.* Vtitur Hottomannus autoritate Iuriſconſulti in *leg. 5. § 1. h. t.* vbi ait, quod verberare ſit cum dolore cædere: pulſare, ſine dolore: ita vt videatur, *pulſare* vſurpaſſe, pro, *impellere* aut *trudere.* Sed futile argumentum eſt: quoniam Iuſtiniani ſcopus non eſt omnes iniuriarum ſpecies, ſed tantum exempla proponere: nec neceſſe eſt, verbum *pulſare.* vbique eodem modo accipi: & fatetur ipſe Hottomannus hanc differentiam verbi *pulſare* & *verberare*, non obſeruari in lingua Latina: quam nec immerito confutat *Valla, 6. elegant. 47.*

Si cui conuicium factum.] Conuicium quaſi conuocium dictum ait ICtus in *l. item 15. §. 4. h. t.* ita vt conuicium tantum eſſe putet, quod fit cum plures voces conferuntur, & vtique quod fit per vociferationem *d. l. 15. §. 4. & §. feciſſe 8.* Et hoc quoque reprehendit *Valla 6. eleg. 52.* & aliunde deduci id verbum putat: conſtat plane id verbum latius vſurpari pro maledicto, vt apud *Cicer. pro Cælio* maledictio, inquit, nihil habet propoſiti præter contumeliam: quæ ſi petulantius iactatur, conuicium, ſin facetius, vrbanitas nominatur: quo ſenſu & in *l. 5. C. h. t.* vox conuicii vſurpatur: & paſſim reperias ICtos, pene ſubinſ ptas notationes quaſi affectantes.

Qui

Digitized by Google

Qui intelligebat.] Iniuria enim, vt *hoc tit.* vſurpatur, non fit ſine propoſito & dolo.

Libellum aut carmen.] Lege XII. Tabb. pœnam capitalem dictam, docet locus *Cicer. 4. de Repu. l.* quem refert *Auguſtin 2. de Ciuit. Dei cap. 9.* quem adſcribam, quia ſimul reddit rationem pœnæ. Noſtræ XII. Tabb. cum perpaucas res capite ſanxiſſent, in his hanc quoque ſanciendam putauerunt: Si quis carmen condidiſſet, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Præclare; Iudiciis enim & magiſtratuum diſceptationibus legitimis propoſitam vitam, non poetarum ingeniis habere debemus, nec probrum audire, niſi ea Lege, vt reſponderi liceat & iudicio defendere. Ex Lege Cornelia ex hac cauſa damnatum inteſtabilem eſſe ait *l. 5. §. ſi quis 9. h. t.* vt pœnam capitalem poſtea ſublatam fuiſſe oporteat. Hodie quæ pœna ſit, oſtendit *l. vn. C. de famoſ. libell.*

Matremfamilias.] Latius hic ſumitur, pro quauis nupta, ſicut & paſſim: nam quam Gellius refert differentiam 18. *noct. 6. in f.* matremfam. dictam quæ in manum mariti conueniſſet, & in familiam eius tranſiiſſet, ea verborum obſeruantia procul dubio poſteriori ætate deſiit, cum ipſo hoc nubendi more.

Prætextatum.] Prætexta etiam pueri vtebantur nobiles vſque dum ſumerent togam virilem: cuius rei cauſam & originem refert *Macrob. 1. Saturn. 6.* vnde prætextata ætas apud *Gell. 1. noct. 23. in fi.* Crediderit quis puellas non recte dici prætextatas: ſed extat locus *Cicer. in 3. Verrina, quæ eſt de pretura vrb.* Eripies igitur pupillæ togam prætextam? vbi Aſconius. Toga communis habitus fuit & marium & fœminarum. Sed prętexta, honeſtorum, toga viliorum; quod etiam circa mulieres ſeruabatur.

TEXTVS.

2. Patitur autem quis iniuriam, non ſolum, per ſemetipſum, ſed etiam per liberos ſuos quos habet in poteſtate: item per vxorem ſuam, id enim magis præualuit. Itaque ſi filiæ alicuius, quæ Titio nupta eſt, iniuriam feceris, non ſolum filiæ nomine agi tecum iniuriarum poteſt, ſed etiam nomine quoque patris & mariti. Cõtra autem ſi viro iniuria facta ſit, vxor iniuriarum agere non poteſt. Defendi enim vxores à viris, non viros ab vxoribus æquum eſt. Sed & ſocer nurus nomine, cuius vir in eius poteſtate eſt iniuriarum agere poteſt. Seruis autem ipſis quidem nulla iniuria fieri intelligitur: ſed domino per eos fieri videtur: non tamen iiſdem modis quibus per liberos etiam & vxores, ſed ita cum quid fuerit commiſſum atrocius, & quod ad domini contumeliam aperte reſpicit: veluti ſi quis alienum ſeruum atrociter verberauerit: & in hunc caſum proponitur actio. At ſi quis ſerio fecerit conuicium, vel pugno eum percuſſerit, nulla in eum actio domino competit. Si communi ſeruo iniuria facta ſit, æquum eſt, non pro ea parte, qua quiſque dominus eſt, æſtimationem iniuriæ fieri, ſed ex dominorum perſona, quia ipſis fit iniuria. Quod ſi vſusfructus in ſeruo Titii eſt, proprietas Mæuii, magis Mæuio intelligitur iniuria fieri. Sed ſi libero homini, qui tibi bona fide ſeruit, iniuria facta ſit, nulla tibi actio dabitur: ſed ſuo nomine is experiri poterit, niſi in cõtumeliam tuam pulſatus ſit, tunc enim competit & tibi iniuriarum actio. Idem ergo eſt & in ſeruo alieno, bona fide tibi ſeruiente, vt toties admittatur iniuriarum actio, quoties in tuam contumeliam iniuria ei facta ſit.

Digitized by Google

Commentarivs.

1 *Seruis an fiat iniuria.*
2 *Quod ſi ſeruo communi facta ſit iniuria, quomodo æſtimetur ad* l. 26. h t.
3 *De iniuria facta non plene ſeruo, aut non plene noſtro ſeruo.*
4 *De iniuria liberis aut vxori illata.*

HÆc cõiunctim proponere volui, vt materia de perſonis per quas & in quibus alii patiuntur iniuriam, methodice & ſub vno conſpectu traderetur. Iniuria alicui fit vel immediate in propria perſona: vel mediate in perſonis aliis: quarum aliæ rurſus per ſe fere ſunt incapaces iniuriæ, & eam in ſua perſona non hærentem ad alium tranſmittunt: aliquæ fere & ipſæ ſunt capaces, vt tamen per eas & aliis fiat iniuria, ita vt pluribus actionibus iniuriarum fiat locus. Ex priori genere perſonarum ſunt ſerui: de quibus h. text. *in* §. *ſeruis autem.* docet ita Iuſtin.
1 1. Quod ſeruis qua ſeruis † nulla intelligatur fieri iniuria hoc ſcil. effectu, vt iniuriarum actio competat, cuius ratio pendet à ſtatu ſeruorum, qui inſtar aliarum rerum in patrimonio habeatur, & nullum caput habent, & pro nullis habentur, & cum iniuria pertineat ad imminutionem famæ, dignitatis & exiſtimationis, hæc nulla ſunt in ſeruis. 2. eſſe tum demum iniuriarum actionem, & hoc effectu iniuriam factam intelligi, ſi per ſeruum iniuria illata ſit domino, & omnino ſi contemplatione domini iniuria ſeruo facta fuerit, quippe quæ ita non ſeruo, ſed ipſi domino facta cenſetur *l. item* 15. §. *ſi quis* 35. *h. tit.* Et ait Iuſtin. tum demum actionem dari ſi quid atrocius commiſſum fuerit, & quod aperte ad cõtumeliam domini ſpectet. At ſi conuicium dictum ſeruo, aut is pugno fortem percuſſus fuerit, nullam actionem domino competere. Ex quo efficitur leuiorem contumeliam etiam realem ſeruo illatam, contemplatione domini illatam non videri, cæteroquin vtique domino actio competeret, ſed & anonus, nec quidem atrociorem iniuriam poſſe vendicari, niſi appareat, contemplatione domini, & in huius contumeliam id factum eſſe. Quod accipiendum tamen eſt de ſumma ratione iuris, ſecundum quam pro nullis habentur ſerui. Prætor autem videtur hic quoque conſideraſſe æquitatem, & quod ſerui homines quoq; ſunt, quibus etiam citra contemplationem domini & priuato quodam odio, facta atrocior iniuria, impunita eſſe non debet. Quod probatur expreſſo textu *in l. item* 15. §. *prætor* 34. *h. t.* vbi ait prætor, ſe iudicium daturum, ſi quis ſeruum alienum contra bonos mores verberauerit: & mox *in* §. *ſeq.* licet non ad ſuggillationem domini id factum ſit, tamen ipſi ſeruo factam iniuriam inultam relinqui non debere, maxime ſi verberibus vel quæſtione ipſi ſit facta iniuria. Et ſane abſurdum fuerit, inultum eſſe, ſi quid priuato odio & libidine atrocius in ſeruum ſit deſignatum; & *in* §. *prætor* 43. *d. l.* 15. etiamſi non verberatus ſit ſeruus, ſed alias iniuria affectus, cauſa cognita in eum iudicium dandum. Et apertius *in* §. *ſeq.* 44. ſerui nomine quoque iniuriarum iudicium dari: vbi verba *ſerui nomine* ſignificant non factam iniuriam contemplatione domini: tunc enim ſuo nomine dominus agit, vt docet *d. l.* 15. *d.* §. *ſi quis* 35. Et *in d.* §. 44. ob qualitatem ſerui competere actionem, ita vt intereſſe dicat IC. an ſeruus ſit frugi & v. c. diſpenſator, an nequam, quæ etiam in perſona ipſius ſerui conſiderari, non tantum domini, apertiſſime iſte locus oſtendit: cæteroquin etiam domino grauior fieri intelligitur iniuria ex conditione ſerui, vt eſt *in* §. *pen.* 7. *in fin. infra h. t.* vbi autem ad hunc modum citra contemplationem domini atrocior iniuria facta eſt ſeruo, non ipſe ſeruus agit, quippe qui in iudicio conſiſtere non poteſt, ſed ipſe dominus vindicat & exſequitur iniuriam ſeruo illatam, nomine ſerui, vt *dd. textus* oſtendunt. Et non eſſe iſtam perſecutionem criminalem aut implorationem nudam officii prætoris, iidem textus oſtendunt: tum quod prætor dicit ſe iudicium daturum, quibus verbis ſignificatur ordinaria actio; tum quod ad prætorem Romanum,

manum, qui imperium merum non habebat, criminalium iudiciorum exercitio non ſpectat. Itaque datur domino ſerui nomine ciuilis iniuriarum actio. Atque hæc omnino ad iſtum §. ſunt addenda.

Seruus aut eſt proprius aut communis, in
2 quo eadem proportionaliter obtinét, † quæ hactenus diximus, & de eo nominatim tractatur h. text. *in verſ. ſiue. §. ſi communi* 4. & nimirum de caſu, vt apparet, quo dominorum contemplatione ſeruo communi facta eſt iniuria. Et ait ibi Iuſtin. quod non partium dominicarum quas ſinguli in ſeruo habent, ſed potius qualitatis & conditionis dominorum, in æſtimanda iniuria ſit habenda ratio: quoniam, vt additur, ipſis dominis facta cenſeatur iniuria: variat autem iniuriæ æſtimatio, ex qualitate & conditione perſonæ, cui iniuria facta eſt, vt docet §. *pœna* 7. *in fin. h. t. & §. atrox* 9. *verſ. vel ex perſona*: & igitur vbi ſeruum iniuria facta eſt dominis, oportet, vt horum qualitas & dignitas, circa modum & quantitatem condemnationis ſpectetur. Huic tamen ſententiæ non leuiter obſtat *l. ſed non* 16. *h. t.* vbi Iuriſconſultus negat æquum eſſe, vt pro maiori parte quam dominica, condemnatio fiat. Variæ ſunt reſponſiones & compoſitiones 1. Pro *non eſt æquum*, legendum eſſe, *non eſt iniquum*, quam codicum variantem lectionem Accurſ. notat, & probat *Hotoman. 6. obſ. 15.* Deinde, quod Accurſ. idem cenſet, textum reſtringendum ad caſum, quo vtriuſque domini eadem eſt conditio: quam reſtrictionem equidem textus non admittere videtur. 3. Putat Iohan. Plat. diſtinguendum, an aperte in contumeliam domini fiat iniuria, an præſumptiue: vt hoc demum caſu procedat *d. l. 16. h. t.* quod & diuinatorium eſt, nec rationem habet. 4. Probabilius poſſit dici, tractari *in d. l.* 16. caſum, quo non in domini contumeliã iniuria illata eſt, ſed ſeruus alias atroci iniuria affectus eſt; de quo caſu agitur in *d. l.* 15. paulo ante fin. at eo caſu actionem iniuriarum domino dari paulo ante probauimus. 5. Probabilius adhuc dici poteſt, quod *d. l.* 16. reſpiciat ad determinationem textus præcedentis *in l. 15. §. vlt.* in quo ſcilicet cum proponatur omnibus dominis actionem iniuriarum competere, hoc explicatur ita *in l. ſeq.* 16. quod non competat ſingulis in ſolidum, ſed pro partibus, non autem hoc ibi tractari, quomodo & an portiones ex dominorum perſonis ſint æſtimandæ & faciendæ, nec adeo negari, quod conditio ſingulorum dominorũ ſit inſpicienda. Denique & 6. reſponderi poteſt, concurrere poſſe vtrumque, vt & dominicæ portionis habeatur ratio, & nihilominꝰ qualitas etiam perſonarum in conſiderationem veniat: neque enim neceſſario hæc eſt ſententia *d. l 16. h. t.* quod in caſu iniuriæ illatæ ſeruo plurium dominorum, qui diuerſę ſunt cõditionis, æqualis in ſingulorum perſona (ponamus enim æquales partes domini ſingulos habere) fiat iniuriæ æſtimatio, ſed quod non ita fiat æſtimatio, atque ſi ſeruo, qui vnius in ſolidum eſt, iniuria illata fuiſſet: quoniam cum ad vtrumque dominum iniuria ſpectare proponatur, non vnus iniuriam in ſolidum ſed vterque pro parte, & quiſque tamen pro ſuo ſtatu & conditione, & ita inæqualiter eam æſtimabit, habita tamen proportione ad eam æſtimationem, quæ iniretur ſi ſeruus vnius in ſolidum fuiſſet. Et ponamus iniuriam illatam ſeruo, qui in ſolidum eſt nobilis perſonæ, æſtimari centum florenis, ſed ſeruo Plebeii hominis, quinquaginta florenis: ſi ſeruus æquis partibus communis ſit nobilis & Plebeii: ille iniuriam ſuam quinquaginta, hic tantum XXV. florenis æſtimabit.

Serui aut ſunt plene ſerui noſtri, † aut non plene: & hi dicuntur, tum qui cõmunes ſunt, de quibus iam diximus, tum in quibus proprietatem nudam aut vſumfructum tantũ habemus. Item ſerui vel ſunt vere noſtri, vel non vere, veluti ſerui alieni aut homines liberi quos bona fide tanquam ſeruos noſtros poſſidemus. Quid igitur, ſi ſeruo ſit facta iniuria in quo alius proprietatẽ alter vſum fru-

ctum habebat? Et reſpondet Iuſtin. illi magis factam iniuriam intelligi, h. text. §. *quod ſi vſusfructus* quoniam quod vſusfructus alterius eſt non facit, quo minus res tota recte mea eſſe dicatur *l. recte 25. de V. S. §. 1. in fin. ſup. de hered. inſtit.* At quæ poteſt eſſe ratio dubitandi? cum Iuſtin. *in § ſeruis autem h. text.* ſcribat, tum demum domino competere actionem, ſi aperte ad ipſius contumeliam iniuria ſpectet: & ridiculũ ſit dubitare an actio fructuario detur, ſi aperte contemplatione proprietarii ſit facta iniuria: ſicut ex aduerſo, ſi conſtet contemplatione fructuarii iniuriam factam, huic, non proprietario, datur iniuriarum actio *l. item 15. §. pen. h. t.* ex quo loco *d. §. quod ſi vſusfr. h. text.* ſupplendus eſt. Exiſtimo, Iuſtinianum in *d. §. ſeruis autem.* caſum certiorem proponere voluiſſe: poſſe autẽ aliquando ex circumſtantiis colligi, per ſeruum alteri iniuriam factam voluiſſe qui eam intulit, quo caſu cum ſumus in dubio, potius proprietario iniuriarum actionem dabimus. Diximus autem, licet domini vel alterius contemplatione non ſit ſeruo facta iniuria, ſed priuato odio atrociter vſus ipſe ſeruus, eſſe nihilominus actionem iniuriarum: quam ſcilicet exercebit proprietarius non fructuarius. Eadem proportionaliter ratio eſt, in libero homine & ſeruo bona fide poſſeſſis: ſcilicet vt poſſeſſori detur actio, ſi eius contemplatione facta ſit iniuria: cæteroquin ipſi homini libero iniuriarum dabitur actio *h. text. in fin. & l. item 15. §. pen. h. t.* Quod intelligendum eſſe apparet, vbi poſt iniuriam illatam domin⁹ verus apparet, vel pro ſeruo poſſeſſus vindicauit ſe in libertatem: alias enim domino adhuc ignorato, vel homini libero adhuc pro ſeruo poſſeſſo, actio dari non poteſt. Ex hoc autem confirmatur, quod paulo ſuperius diſputaui, poſſe etiam citra contemplationem domini ſeruo fieri iniuriam, quæ inſtituto iudicio vindicetur: quoniam vbi ſeruus ab alio bona fide poſſidetur, vtiq; interim pro ſeruo poſſeſſoris neceſſario habetur, & adeo iniuria ei facta non poteſt ita accipi, ac ſi vero domino tum adhuc ignorato facta eſſet, cum iniuria ex animo æſtimetur. Quod ſi igitur aliqua iniuria non cenſetur facta contemplatione poſſeſſoris, nec à poſſeſſore vindicari poteſt, per actionem iniuriarum, ſed à domino, poſtea comparente & vindicante ſeruum: ſequitur neceſſario, quod iniuria quædam illata ſeruo vindicetur, quę contemplatione domini facta non eſt, quo pertinet, quod in his terminis traditur in *d l. item 15. §. pen.* ſerui nomine vero domino actionem iniuriarum dari. Idque apparet euidentius in homine libero pro ſeruo poſſeſſo, cui ſi iniuria contemplatione poſſeſſoris illata ſit, datur huic actio: ceteroquin ipſi datur libero homini: cui tamen qua libero non poteſt dici facta iniuria eſſe, cum eius ſtatus tum ignoraretur, & ipſe pro ſeruo haberetur. Hæc de primo genere perſonarum, per quas alteri fit iniuria, & nimirum de ſeruis.

Sub poſterius genus perſonarum pertinent liberi qui ſunt in poteſtate, & vxores, de quibus *in pr. huius text.* Liberis ipſis vere quoque fit iniuria, & per ipſos etiam parentibus *l. 1. §. vlt. h. t.* ſed executio iniuriæ non datur liberis, ſed pater & ſuo & filii nomine iniuriarum agit, licet ipſi quoque filio actio quæſita videatur, ſed quæ per ipſum, vt in aliis cauſis, acquiritur patri.

Atque ita accipiendum eſt, quod *in l. 1. §. vlt. h. t.* dicitur, ipſi filiæfamilias competere actionẽm, quam tamen non ipſa, ſed pater exerceat, vt docet *l. ſed ſi 17. §. ait prætor 10. cum ſeqq. h. tit.* niſi pater abſens, aut vilis perſona ſit *d. l. 17. §. filiuſfam. 11. & §. Interdum 13. h. t.* ex quo ipſo apparet actionem quodammodo ipſi filio quæſitam eſſe: itaque idem dixerim, & filium ipſum agere poſſe, ſi pater ſit præmortuus. Traduntur hæc plenius, & quod patri duæ actiones iniuriarum competant, & ſi filius vltro, quid iniurioſum paſſus ſit, pater ſuo nomine agere poſſit *in l. 1. §. 3. l. ſi quis 26. l. pater 41. h. t. l. 2. C. eod.* Tanto magis vere fit vxoribus iniuria, quæ ſiquidem ſui iuris ſint, & ipſæ iniurias ſuas exſequentur, ſimul & mariti quibus quoque per vxores iniuria facta intelligitur, *h. textu in princ.* non vice verſa, vti-

ſa,vt ibidem docet Iuſtin. vxor enim in familia, cuius caput maritus eſt: & à quo dignitatem mulier capit, & quodammodo in poteſtate mariti eſt, qui adeo ſuo quoque nomine iniuriam vxori factam, tamquam ſibi ſimul illatam, exſequitur *l.1 §.vlt.l. non ſolum 11.§.quam quam 7. l. eum, qui.*18.§.2 *h.t.*quod & in ſponſo admiſſum fuit *l.item* 15.§.*ſponſum* 24. *h.t.* Sunt tamen quædam iniuriæ, quæ marito dictæ vxorem contingunt, veluti ſi quis maritum lenonem vxoris, aut, vt loquuntur, cornutũ vocet; & hic enim ipſam vxorem iniuriarum agere poſſe recte ſtatuunt Dd. Hęc ita obtinẽt, in iniuriarum prætoria actione. Actio autem ex Lege Cornelia ob iniurias reales illatas filio, huic ſoli non etiam patri datur *l. Lex Corn.* 5.§ *illud* 6. *cum* §.*ſeq.h. t.* quod ita Lex Cornelia nominatim definiuit: an quia hæc iniuria in ſola perſona filij hærere exiſtimata fuit?(ſunt autem & aliæ quoque actiones, quas ipſe filiusfam. exercet *l. filiusfam.*9.*de O. & A.* vbi nominatim mentio fit actionis iniuriarum) an quia patri ſufficit actio iniuriarum prætoria, quam & pro reali iniuria competere verius eſt; & vtique in caſu filij reali iniuria affecti, competere patri expreſſum eſt in *d.l.*5.§.6.*h.t.* Ex quibus apparet, aliquando pro vna iniuria pluribus oriri actionem iniuriarum: quia pluribus facta eſt, & eo reſpectu plures intelliguntur iniuriæ. Ita in *l.1.§. vltim.h.t.* tribus datur actio; quin & caſus eſt, vbi dabitur actio quatuor perſonis, vbi nimirum iniuria facta eſt filiæfamil. quæ nupta eſt filiofamilias. Dabitur enim actio ipſi mulieri, patri eius marito eius, & ſocero eius, argum. *huius text. verſ. ſed & ſocer.*

TEXTVS.

3. Pœna autem iniuriarum ex L.12.tabb. propter membrum quidem ruptum, talio erat, propter os vero fractũ, nummariæ erant pœnæ conſtitutæ, quaſi in magna veterũ paupertate. Sed poſtea prętores ipſis permittebant, qui iniuriam paſſi ſunt, eam æſtimare: vt iudex vel tanti reum condemnet, quãti æſtimauerit iniuriam paſſus, vel minoris, prout ei viſum fuerit. Sed pœna quidem iniuriarũ, quæ ex Lege duodecim tabularum introducta eſt, in deſuetudinem abijt; quam autẽ prætores introduxerunt, (quæ etiam appellatur honoraria) frequentatur in iudicijs. Nam ſecundum gradum dignitatis, & vitæ honeſtatem, æſtimatio iniuriæ creſcit, aut minuitur: qui gradus condemnationis, & in ſeruili perſona non immerito ſeruatur: vt aliud in ſeruo actore, aliud in medij actus homine, aliud in viliſſimo, vel cõpedito ius æſtimationis conſtituatur. Sed & Lex Corn. de iniurijs loquitur, & iniuriarum introduxit actionem: quæ competit ob eam rem, q; ſe pulſatum quis verberatumue, vel domum ſuam vi introitam eſſe dicat. Domum autem accipimus, ſiue quis habitet in domo propria, ſiue in conducta, ſiue gratis, ſiue hoſpitio receptus ſit. Atrox iniuria æſtimatur, vel ex facto, veluti ſi quis ab alio vulneratus ſit, vel fuſtibus cæſus; vel ex loco, veluti ſi cui in theatro, vel in foro, vel in conſpectu prætoris iniuria facta ſit: vel ex perſona, veluti, ſi iniuriã magiſtratus paſſus fuerit: vel ſi ſenatori ab humili perſona facta ſit iniuria: aut parenti patronoue fiat à liberis, vel libertis; aliter enim Senatoris & parentis patroniq;, aliter extranei, & humilis perſonæ iniuria æſtimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem iniuriam facit; veluti, ſi in oculo percuſſus quis fuerit parui autem refert, vtrum patrif. an filiofamilias talis iniuria facta ſit: nam

COMMENTARIVS.

TRia proponuntur hoc textu. Vnum in quo diſcrepet hoc caput tertium à primo: duo in quo conueniat cum primo capite. Diſcrepat à primo, quod in eo condemnatur Reus, quanti res toto anno retro plurimi fuit: ſed ex tertio, quanti triginta diebus proximis, *h. text. verſ. ex hoc & l. ſi ſeruum 27. §. tertio 5. eod.* cuius differentiæ rationem reddi poſſe negauit Iohannes: ſed *Azo in ſumm. C. h. t.* relatus etiam ab *Accurſio in l. 2. h. t.* hanc eſſe putauit: quod grauius peccetur contra primum caput occidendo, quam contra ſecundum vulnerando vel corrumpendo: quæ tamen ratio non eſt perpetua: quod vtiq; grauius peccat, qui ſeruum grauiter vulnerat, aut etiam generoſum canem occidit (nam & iſtud ad tertium caput pertinet) aut gemmam pretioſam corrumpit, quam qui forte ouiculam aut porcellum occidit: maxime ſi illud dolo, hoc culpa, quæ pariter hac Lege coercentur, factum proponatur. Ex duobus in quibus primum caput & tertium conueniunt, alterum eſt, quod itidem in hoc dolo aut culpa damnum datum eſſe oportet, *h. textu, in prin. & l. qui occidit 30. §. vlt. eod.* Alterum, quod ſicut in primo æſtimatur, quanti plurimi, ita & hic, ſcilicet diebus triginta proximis *h. text. verſ. at nec. & leg. quemadmodum 29. §. vlt. eod.* vtcunque hoc verbum *plurimi* in tertio capite adiectum non fuerit: quod neſcio quare dubitationem recipere dicat Hottomannus: cum vtique oporteat ad certam æſtimationẽ referri damnum, *quæ triginta diebus fuit*, quod Lex expreſſit, nec vlla poteſt eſſe certa, niſi *plurimi*: & ex capite primo caput tertium meritiſſimo accepit hanc interpretationem, vt hic locus docet:

Ait Iuſtinianus:

Plebem Romanam.] Recte & proprie: quia plebiſcita ſanciebantur à ſola plebe, non connumeratis patritiis, de quo ſupra in *§. Lex eſt. de iur. nat.*

Rogante.] Alias interrogante: nec hoc male: nam licet proprie dicebatur rogari plebs vel populus, & Legem ſancire ſiue iubere, cum ſuffragium ferret per tabellam, his verbis, *Vti rogas*, attamen illa ipſa rogatio, *Velitis Iubeatis, Quirites, &c.* etiam interrogatio erat, quam ſequebatur reſponſio: *quo verbo interrogante.* bis vſus eſt Tribonianus in *d. §. 4. de iur. nat.* nec ipſos ICtos crediderim adeo accurate iſtud obſeruaſſe, vt ſemper dicerent *rogare*, quidquid etiam ſic Hottomanno videatur.

Hanc Legem tulit.] Hic quoque nimium ſuperſtitioſus eſt, imo nugatur Hottomannus, qui hoc turpe ait erratum eſſe Triboniani, aut legendum eſſe, *legem iuſſit.* & pro *vſa eſt* reponendum, *vſus eſſet.* Equidem verum eſt, quod populus ſiue plebs proprie Legem iubere dicebatur: & quod verba ſanctionis non populus qui rogabatur, ſed qui Legis autor erat, concipiebat. Sed nimirum dum hoc conſideramus, quod à populo omnem autoritatem ſanctio & Lex habebat, perinde eſſe videtur, ac ſi populus ipſe verba Legis concepiſſet: & iniurium eſt, accurrationem eiuſmodi exigere à Tribon. cum eius tempore, plane alia eſſet Reip. forma.

TEXTVS.

9\. Ceterum placuit ita demum directam ex hac Lege actionem eſſe; ſi quis præcipue corpore ſuo damnum dederit. Ideoq; in eum, qui alio modo damnum dedit, vtiles actiones dari ſolent: veluti ſi quis hominem alienum, aut pecus ita incluſerit, vt fame necaretur: aut iumentum ita vehementer egerit vt rumperetur: aut in tantum pecus exagitauerit, vt præcipitaretur: aut ſi quis alieno ſeruo perſuaſerit, vt in arborem aſcenderet, vel deſcenderet in puteum, & is aſcendendo vel deſcendendo, aut mortuus, aut parte aliqua corporis læſus fuerit, vtilis actio in eum datur. Sed

Sed ſi quis alienum ſeruum, aut de ponte aut de ripa deiecerit in flumē, & is ſuffocatus fuerit: eo quod proiecit corpore ſuo dediſſe damnū, non difficulter intelligi poteſt: ideoque Lege ipſa Aquilia tenetur. Sed ſi non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læſum fuerit, ſed alio modo alicui damnum contigerit; cum neque directa, neque vtilis actio Legis Aquiliæ ſufficiat: placuit eum qui obnoxius fuerit, actione in factum teneri: veluti ſi quis miſericordia ductus alienum ſeruum compeditum ſoluerit, vt fugeret.

COMMENTARIVS.

1 *Actio directa & vtilis varijs modis dicitur.*
2 *Actio vtilis quæ ſit.*
3 *Actio in factum dupliciter dicitur.*
4 *Actio vtilis L. Aquiliæ quibus caſibus detur.*

AD intelligendum rectius hunc textum præmitto, Actionem directam, itemque vtilem, non vno modo, ſed varie dici. Et 1. directa actio ea eſt, quæ opponitur contrariæ in contractibus, commodati, depoſiti, pignoris, mandati, &c. *l. ſin autem 20. de neg. t. geſt.* iuxta ſup. explicata: quæ ſignificatio ab hoc loco alieno eſt. 2. dicitur ea quæ competit ex delicto ſerui contra dominum ſcientem, in ſolidam æſtimationem, & opponitur ei quæ noxalis eſt §. *omnis 5. inſ. de noxal. act.* 3. eſt & dicitur ea quę opponitur actioni pręparatoriæ, veluti actioni ad exhibendū *l. 3. §. ibidem 13. l. ſi quis 17. ad exhibend.* Denique, quod ad explicationem noſtri §. pertinet, opponitur actioni vtili: quæ in genere deſcribi poteſt, quod ſit actio, quæ deficiente ſtricta ratione ex æquitate conceditur: & hoc fere dupliciter 1. quæ non
2 ex † iure aliquo proprie dicta, ſed per interpretationem ICtorum introducta eſt. 2. quæ expreſſo etiam iure, quod æquitatem ſectatur, introducta eſt. Quod porro ius duplex eſt: prætorium & ciuile. Et quoniam prætor legem facere non poteſt, in *pr. ſup. de bon. poſſeſſ. verſ. Quos autem.* ſed iure magiſtratus & quadam tacita conniuentia populo edicta ſua proponit & defendit, ideo prætoriæ actiones, ſi conferantur cum illis quas ius ciuile ſtrictum introduxit, omnes appellari poſſunt vtiles, vt apparet ex §. *namque 4. inſt. de actionib. l. vlt. Cod. ex quib. cauſ. mai. l. electio 26. §. 2. de noxal. action.* quamuis quatenus prætorium ius conſideratur in ſe, actiones eo iure expreſſim introductæ, directæ vocari poſſent: quoniam ſunt actiones aliæ perſonæ, quæ ipſæ vtiles dicuntur introductæ, ex interpretatione edicti prætoris, oppoſitæ his, quæ ex ipſis Edicti verbis deſcendunt, vt apparet ex *l. nec quaſi 70. de rei vindicat. l. 1. in pr. & l. ſi Titio 22. de pignor. leg. pen. in pr. de inſtit. act. l. 5. §. pen. de conſt. poſſ.* Ciuile quoque ius aliquando expreſſis verbis actiones vtiles introduxit, non quod ad producendas actiones directas ex ſe alias ſatis potens non ſit: ſed quoniam actionibus directis non poteſt eſſe locus. Accidit hoc duplici de cauſa 1. quoniam actiones directæ iam ſunt penes alium, à quo ex ratione iuris auelli, & in alium transferri non poſſunt: neque actiones directæ proprio iure poſſunt eſſe apud duos: idque notant Iaſon & Interpp. alii in §. *omnium in pr. inſ. de actionib.* Atque hinc eſt quod his qui nomen vel actionem emerunt, aut quibus legatum aut donatum nomen eſt, ſunt datæ actiones vtiles ex conſtitutionibus, (quoniam directæ penes alios ſunt) *l. 1. C. de O. & A. l. ſi cum 16. in pr. de pact. l. vlt. C. quand. fiſc. vel priu.* Hinc etiam eſt, quod ex SCto Trebelliano, (quandoquidem directæ actiones ſubſiſtunt apud heredem) in fideicommiſſarium, ſolum actiones vtiles transferuntur *l. filiusf. 18. ad L. Falcid. §. & Neron. 4 ſup. de fideicomm. heredit.* Altera cauſa eſt, quod ſubtilis ratio iuris directam actionem impedit. Hinc quoniam ex alterius conuentione alteri actionem quæri ratio iuris non patitur, caſibus aliquibus conſtitutiones introduxerunt actionem vtilem *l. 3. C. de donation. quæ ſub mod.* Extra hos caſus,

&, ſi qui ſunt ſimiles, actiones directæ ſunt, quæ deſcendunt ex verbis Legis & ex ſcripto: ita vt quod voluiſſe Legislatorem probabile eſt, id ſimul ſcriptum intelligatur; adeo vt aliquando competere directa actio dicatur pro eo quod verbis comprehenſum non eſt, id eſt, verbis expreſſis. Ita Aquilius Tribunus verbis expreſſis tantum iuſſit dari æſtimationem: ſed id ita acceptum fuit, vt etiam intelligeretur, quidquid ex ea cauſa intereſſet; quoniam cum damnum ſarcire voluerit Legislator, damnum eſt, quidquid ex cauſa læſionis & occiſionis mihi abeſt. Quod adnotare ideo volui, vt intelligamus etiam pro eo quod intereſt eſſe directam actionem L. Aquiliæ: licet id ex interpretatione non ex verbis dicat eſſe Iuſtinianus in § *illud* 10. *ſup. h. t.* Sed vbi latius proceditur, & ex ſcripto & ſententia naſcitur controuerſia, & ex mente præſumpta Legislatoris inducitur actio per interpretationem, & aliquam extenſionem, ea demum non directa, ſed vtilis eſt. Hæc vt ad noſtrum hunc §. accommodemus, Lex Aquilia actionem propoſuit in eum qui corpore damnum daret *h. §. verſ. ſed ſi quis l. ita* 51. *in pr. eod.* quia tamen iniquum fuit deficere actionem, ſi quis alio modo corpori damnum dediſſet, vtilis in hunc caſum actio admiſſa fuit *h. §. verſ. ideoque* (vbi id multis exemplis declaratur & illuſtratur) & porro hac deficiente, vbi damnum citra læſionem quoq; corporis datum eſt, actio ſubſidiaria in factum, *hoc §. verſ. ſed ſi non.* quæ gradatio actionum notanda eſt, directæ vtilis & in factum, quæ & in aliis partibus iuris, legibus & edictis prætoriis ſubſidiaria eſſe ſolet.
3 Simul & hoc † notandum, actionem in factum dici dupliciter: vno modo ſtrictius & in ſpecie pro penitus ſubſidiaria, quæ opponitur actioni vtili, quæ ex ſententia Legis per interpretationem deducitur, vt *h. §.* altero & laxius, vt omnem actionem, quæ directa non eſt, & adeo quoque vtilem comprehendat: quomodo & quo ſenſu actio in factum ſumitur in *l. qua actione* 7. § 3. *l. item ſi* 9. *in pr. l. item Mela* 11. §. *ſed ſi* 8. *leg. quemadmodum* 29. § *magiſtratus in princ. h. titu.* Denique & iſtud hic obſeruandum, præter hanc cauſam actionis vtilis, † quod nō corpore in corpus damnum 4
datum ſit, aliis quoque caſibus quibuſdam & ex aliis cauſis, & itidem verbis L. deficientibus, ex æquitate dari vtilem actionem, 1. ob qualitatem obiecti, ſi liber homo fuerit læſus *l. liber.* 13. *h. t.* quo caſu, non corporis quod nullam recipit æſtimationem, verum operarum ceſſantium & impenſarum fit æſtimatio. 2. ob qualitatem perſonæ, cui damnum datum eſt, ſi non ſit dominus, ſed fidei bonæ poſſeſſor *l. item* 11. §. *ſed ſi* 8. *h. t.* Eſt & 3. ſingularis plane caſus ex *l. ſeruum* 27. *de pignorib.* quo actio quaſi damni iniuriæ, id eſt, vtilis datur creditori contra dominum ipſum debitorem, qui ſeruum pignoratum in fraudem creditoris corrupit: nam contra alium qui pignoratam rem corrupit, facilius creditori vtilis actio datur, vt in ſpecie *l. qui occidit* 30. §. 1. *h. t.*

AD TITVLVM IV.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE INIVRIIS.

TEXTVS.

Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit: ſpecialiter: alias contumelia, quæ à contemnendo dicta eſt, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, ſicut in Lege Aquilia damnum iniuria datum accipitur: alias iniquitas & iniuſtitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim prætor vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepiſſe dicitur.

COM-

Commentarivs.

1 *Diſtinctio actionum quæ non iure fiunt.*
2 *Errata Triboniani hoc loco.*

Hic locus Ethicus eſt, & paulo accuratius explicandus, & quæ hic proponit Tribonianus excutienda & ſub cenſuram ſunt vocanda. Licet enim & libet libere philoſophari; neque piaculum eſt, in his rebus, quæ ex principiis aliarum diſciplinarum dependent, à Triboniano diſſentire. Humanæ actiones, quæ non iure fiunt, ex Ariſtotelis doctrina 5. *Ethic.* 8. habent duplicem differentiam, & in ſpecies duas primo diſtinguuntur: quædam enim fiunt ex propoſito deliberato, ab eo qui nouit & intelligit circumſtantias ſingulas, obiecti, medii & finis, è quibus actionibus contrahitur vitioſus habitus, & homo dicitur improbus & iniuſtus, & proinde iſtæ actiones ἀδικήματα Ariſtoteli dicuntur, tamquam quæ profluunt ex habitu ἀδικίας: quædam vero deliberato agendi propoſito carent & deſtituuntur, & hæ rurſus ex Ariſtotelis ſententia ſubdiſtinguuntur: quod diriguntur quædam ab externa cauſa, quæ ſunt ἀτυχήματα, infortunia & caſus fortuiti, vbi agens finem & effectum, qui ſequitur minime habet propoſitum, ſed præter eius intentionem aliud contingit: vel à cauſa externa non diriguntur, ſed in ipſo homine eſt principium agendi. Et hæ amplius recipiunt ſubdiuiſionem: quod quædam fiunt ab eo qui omnino ignorat circumſtantias & in iis errat, & dicuntur ἁμαρτήματα in ſpecie (nam alias hæc appellatio quibuſuis iniuſtis actionibus in genere tribui poteſt) quo actiones infantum & furioſorum referri poſſunt: quædam ab eo qui aliquo modo ſcilicet circumſtantias, ſed confuſe tantum, & fiunt citra deliberationem, ſubito quodam impetu: & nimirum ex affectibus & perturbationibus animi: quibus tamen quia homo reſiſtere poteſt & debet, ideo has quoque actiones Ariſtoteles ſub ἀδικήματα & iniuſta facta refert: hac ſaltem differentia, quod ex his agens non appellatur iniuſtus, nec per eas contrahitur habitus vitioſus: quippe quas deferueſcente animi perturbatione ipſe qui fecit, improbare, & pœnitentia duci ſolet.

Ex quibus † apparet, non ſemel hic peccatum à Triboniano eſſe. Et primo genus *in princip.* propoſitum, *omne quod non iure fit*, ſub quo omnia omnino delicta comprehenduntur, per tres ſubiectas ſpecies non exhauritur, ſecundo actio quæ dicitur ἀδίκημα nõ recte explicatur à Triboniano, an de actione culpoſa, ſiquidẽ ſub ea, & vel maxime, quæ dolo perpetrantur, continentur. Et hinc tertio hæc appellatio non recte indiſtincte tribuitur damno dato contra Legem Aquiliam, cum ſub hoc etiam comprehendatur, quod culpa leuiſſima admiſſum eſt, cuiuſmodi actio nõ tam ἀδίκημα quam potius ἀμάρτημα appellanda eſt, quarto magis vitioſe ἀδικία & ἀνομία explicatur de ſpeciali actu iniuſtitiæ, iudicis iniuſtam ſententiam ferentis: & ἀδικία, quatenus vſurpatur pro actione, nihil aliud eſt quam ἀδίκημα: cum & amplius plurimum interſit an iudex dolo an ſaltem imperitia peccet: de quo ad *prin. tit. ſeq.* Et denique abuſio eſt verbi ἀδικίας, pro iniuſta actione, cum hoc verbum ipſum habitum iniuſtitiæ ſignificet, qui opponitur τῇ δικαιοσύνῃ, vt paſſim & perpetuo apud *Ariſt. 5. Ethic.* & ineptus eſt Pacius, qui hic annotauit, per ἀδικίαν hic ſignificari habitum iniuſtitiæ: quo ſenſu accipi hic à Triboniano perſpicue falſum eſt. Non eſt autem contrarium huic loco, quod Iuriſconſultus ait in *leg. pen. de iuſt. & iur.* prætorem etiam ius reddere, dici, cum inique decernit: nam vt ibidem explicat, id dicitur relatiue ad id quod prætor facere debet: vel potius, quia vtiq; prætor de iure & tamquam ſuper iure decernit, & pro ſententia præſumitur. 2

***

TEXTVS.

Digitized by Google

TEXTVS.

1. Iniuria autem committitur, non ſolum, cum quis pugno pulſatus aut fuſtibus cæſus, vel etiam verberatus erit: ſed & ſi cui conuitium factum fuerit: ſiue cuius bona quaſi debitoris, qui nihil deberet, poſſeſſa fuerint ab eo qui intelligebat, nihil eum ſibi debere: vel ſi quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen, aut hiſtoriam ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, doloue malo fecerit, quo quid eorum fieret: ſiue quis matremfam. aut prætextatum prætextatamue adſectatus fuerit, ſiue cuius pudicitia attentata eſſe dicetur: & denique aliis modis plurimis admitti iniuriam manifeſtum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Ad* l. 15. §. 15. h.t.

INiuria fit vel verbis vel factis. Illud dupliciter: verbis nimirum 1. lingua nuncupatis, vt ſi cui conuicium dicatur *h. §. in pr. l. 5. Cod eod.* & in ſpecie, ſi quis blandis verbis pudicitiam alicuius attentet *h. §. verſ. ſiue cuius & l. ſed eſt 9. §. vlt. & l. item 15. §. appellare 15. cum ſeqq. D. eod.* quoniam ita tamquam qui perſuadeatur facile, impudicitiæ argui cenſetur. 2. verbis in ſcripturam redactis: & dicitur in ſpecie libellus vel carmen famoſum *h. §. verſ. vel ſi quis & l. vn. Cod. de famoſ. libell.* Factis itidem dupliciter fit iniuria, vel in corpus moleſtiam inferendo, per verbera vel pulſationem *h. §.* vel faciendo aliquid citra corporis læſionem, quod ad infamiam alterius pertinet, cuius rei exempla referuntur in *d. leg. 15. §. ait pretor. 25. cum ſeqq. h. titul. & duo in hoc §.* ſi quis contra aliquem tamquam debitorem, cum non eſſet impetrauerit immiſſionem in eius bona, cuius ita ſuggillatur fama, tamquam qui non ſit ſoluendo & non ſeruet fidem: & ſi quis aliquẽ aſſectatus fuerit, ſiue ſit puer ſiue fœmina: & hæc ſiue puella, ſiue materfamilias: quoniam ita adſectans, arguere impudicitiæ eum videtur, quem aſſectatur, quod ad iniuriam & infamiam eius pertinet, vt docet *d. l. Item 15. §. aliud 22. h. titul.* quod tamen obtinet, ſi puella vel materfamilias veſte debita, non verbi cauſa meretricia fuerit induta, *d. leg. 15. §. ſi quis 15. h. titul.* vbi notandum † obiter mendum Florentinæ editionis, & cum vulgari in extremo §. addita negatione legendum, *iniuriarum non tenetur.* Iam verba quædam textus videamus. Ait: 1

Cum quis pugno pulſatus.] Hottoman. legendum cenſent: *cum quis pulſatus, aut pugno, fuſtibusue cæſus &c.* Cuiacius, *cum quis pugno, puta, aut fuſtibus cæſus.* Vtitur Hottomannus autoritate Iuriſconſulti in *leg. 5. § 1. h.t.* vbi ait, quod verberare ſit cum dolore cædere: pulſare, ſine dolore: ita vt videatur, *pulſare* vſurpaſſe, pro, *impellere* aut *trudere.* Sed futile argumentum eſt: quoniam Iuſtiniani ſcopus non eſt omnes iniuriarum ſpecies, ſed tantum exempla proponere: nec neceſſe eſt, verbum *pulſare.* vbique eodem modo accipi: & fatetur ipſe Hottomannus hanc differentiam verbi *pulſare & verberare*, non obſeruari in lingua Latina: quam nec immerito confutat *Valla, 6. elegant. 47.*

Si cui conuicium factum.] Conuicium quaſi conuocium dictum ait ICtus in *l. item 15. §. 4. h. t.* ita vt conuicium tantum eſſe putet, quod fit cum plures voces conferuntur, & vtique quod fit per vociferationem *d. l. 15. §. 4. & §. feciſſe 8.* Et hoc quoque reprehendit *Valla 6. eleg. 51.* & aliunde deduci id verbum putat: conſtat plane id verbum latius vſurpari pro maledicto, vt apud *Cicer. pro Cælio* maledictio, inquit, nihil habet propoſiti præter contumeliam: quæ ſi petulantius iactatur, conuicium, ſin facetius, vrbanitas nominatur: quo ſenſu & in *l. 5. C. h. t.* vox conuicii vſurpatur: & paſſim reperias ICtos, pene ſubineptas notationes quaſi affectantes.

Qui

Digitized by Google

Qui intelligebat.] Iniuria enim, vt *hoc tit.* vſurpatur, non fit ſine propoſito & dolo.

Libellum aut carmen.] Lege XII. Tabb. pœnam capitalem dictam, docet locus *Cicer. 4. de Repub l.* quem refert *Auguſtin 2. de Ciuit. Dei cap. 9.* quem adſcribam, quia ſimul reddit rationem pœnæ. Noſtræ XII. Tabb. cum perpaucas res capite ſanxiſſent, in his hanc quoque ſanciendam putauerunt: Si quis carmen condidiſſet, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Præclare; Iudiciis enim & magiſtratuum diſceptationibus legitimis propoſitam vitam, non poetarum ingeniis habere debemus, nec probrum audire, niſi ea Lege, vt reſponderi liceat & iudicio defendere. Ex Lege Cornelia ex hac cauſa damnatum inteſtabilem eſſe ait *l. 5. §. ſi quis 9. h. t.* vt pœnam capitalem poſtea ſublatam fuiſſe oporteat. Hodie quæ pœna ſit, oſtendit *l. vn. C. de famoſ. libell.*

Matremfamilias.] Latius hic ſumitur, pro quauis nupta, ſicut & paſſim: nam quam Gellius refert differentiam 18. *noct. 6. in f.* matremfam. dictam quæ in manum mariti conueniſſet, & in familiam eius tranſiiſſet, ea verborum obſeruantia procul dubio poſteriori ætate deſiit, cum ipſo hoc nubendi more.

Prætextatum.] Prætexta etiam pueri vtebantur nobiles vſque dum ſumerent togam virilem: cuius rei cauſam & originem refert *Macrob. 1. Saturn. 6.* vnde prætextata ætas apud *Gell. 1. noct. 23. in fi.* Crediderit quis puellas non recte dici prætextatas: ſed extat locus *Cicer. in 3. Verrina, quæ eſt de pretura vrb.* Eripies igitur pupillæ togam prætextam? vbi Aſconius. Toga communis habitus fuit & marium & fœminarum. Sed prętexta, honeſtorum, toga viliorum; quod etiam circa mulieres ſeruabatur.

TEXTVS.

2. Patitur autem quis iniuriam, non ſolum, per ſemetipſum, ſed etiam per liberos ſuos quos habet in poteſtate: item per vxorem ſuam, id enim magis præualuit. Itaque ſi filiæ alicuius, quæ Titio nupta eſt, iniuriam feceris, non ſolum filiæ nomine agi tecum iniuriarum poteſt, ſed etiam nomine quoque patris & mariti. Cõtra autem ſi viro iniuria facta ſit, vxor iniuriarum agere non poteſt. Defendi enim vxores à viris, non viros ab vxoribus æquum eſt. Sed & ſocer nurus nomine, cuius vir in eius poteſtate eſt iniuriarum agere poteſt. Seruis autem ipſis quidem nulla iniuria fieri intelligitur: ſed domino per eos fieri videtur: non tamen iiſdem modis quibus per liberos etiam & vxores, ſed ita cum quid fuerit commiſſum atrocius, & quod ad domini contumeliam aperte reſpicit: veluti ſi quis alienum ſeruum atrociter verberauerit: & in hunc caſum proponitur actio. At ſi quis ſerio fecerit conuicium, vel pugno eum percuſſerit, nulla in eum actio domino competit. Si communi ſeruo iniuria facta ſit, æquum eſt, non pro ea parte, qua quiſque dominus eſt, æſtimationem iniuriæ fieri, ſed ex dominorum perſona, quia ipſis fit iniuria. Quod ſi vſusfructus in ſeruo Titii eſt, proprietas Mæuii, magis Mæuio intelligitur iniuria fieri. Sed ſi libero homini, qui tibi bona fide ſeruit, iniuria facta ſit, nulla tibi actio dabitur: ſed ſuo nomine is experiri poterit, niſi in cõtumeliam tuam pulſatus ſit, tunc enim competit & tibi iniuriarum actio. Idem ergo eſt & in ſeruo alieno, bona fide tibi ſeruiente, vt toties admittatur iniuriarum actio, quoties in tuam contumeliam iniuria ei facta ſit.

COMMENTARIVS.

1 *Seruis an fiat iniuria.*

2 *Quid ſi ſeruo communi facta ſit iniuria, quomodo æſtimetur ad* l. 16. h. t.

3 *De iniuria facta non plene ſeruo, aut non plene noſtro ſeruo.*

4 *De iniuria liberis aut vxori illata.*

HÆc cõiunctim proponere volui, vt materia de perſonis per quas & in quibus alii patiuntur iniuriam, methodice & ſub vno conſpectu traderetur. Iniuria alicui fit vel immediate in propria perſona: vel mediate in perſonis aliis: quarum aliæ rurſus per ſe fere ſunt incapaces iniuriæ, & eam in ſua perſona non hærentem ad alium tranſmittunt: aliquæ fere & ipſæ ſunt capaces, vt tamen per eas & aliis fiat iniuria, ita vt pluribus actionibus iniuriarum fiat locus. Ex priori genere perſonarum ſunt ſerui: de quibus h. text. *in* §. *ſeruis autem.* docet ita Iuſtin. 1. Quod ſeruis qua ſeruis † nulla intelligatur fieri iniuria hoc ſcil. effectu, vt iniuriarum actio competat, cuius ratio pendet à ſtatu ſeruorum, qui inſtar aliarum rerum in patrimonio habeatur, & nullum caput habent, & pro nullis habentur, & cum iniuria pertineat ad imminutionem famæ, dignitatis & exiſtimationis, hæc nulla ſunt in ſeruis. 2. eſſe tum demum iniuriarum actionem, & hoc effectu iniuriam factam intelligi, ſi per ſeruum iniuria illata ſit domino, & omnino ſi contemplatione domini iniuria ſeruo facta fuerit, quippe quæ ita non ſeruo, ſed ipſi domino facta cenſetur *l. item* 15. §. *ſi quis* 35. *h. tit.* Et ait Iuſtin. tum demum actionem dari ſi quid atrocius commiſſum fuerit, & quod aperte ad cõtumeliam domini ſpectet. At ſi conuicium dictum ſeruo, aut is pugno ſaltem percuſſus fuerit, nullam actionem domino competere. Ex quo efficitur leuiorem contumeliam etiam realem ſeruo illatam, contemplatione domini illatam non videri, cæteroquin vtique domino actio competeret, ſed & amplius, nec quidem atrociorem iniuriam poſſe vendicari, niſi appareat, contemplatione domini, & in huius contumeliam id factum eſſe. Quod accipiendum tamen eſt de ſumma ratione iuris, ſecundum quam pro nullis habentur ſerui. Prætor autem videtur hic quoque conſideraſſe æquitatem, & quod ſerui homines quoq; ſunt, quibus etiam citra contemplationem domini & priuato quodam odio, facta atrocior iniuria, impunita eſſe non debet. Quod probatur expreſſo textu *in l. item* 15. §. *prætor* 34. *h. t.* vbi ait prætor, ſe iudicium daturum, ſi quis ſeruum alienum contra bonos mores verberauerit: & mox *in* §. *ſeq.* licet non ad ſuggillationem domini id factum ſit, tamen ipſi ſeruo factam iniuriam inultam relinqui non debere, maxime ſi verberibus vel quæſtione ipſi ſit facta iniuria. Et ſane abſurdum fuerit, inultum eſſe, ſi quid priuato odio & libidine atrocius in ſeruum ſit deſignatum: & *in* §. *prætor* 43. *d. l.* 15. etiamſi non verberatus ſit ſeruus, ſed alias iniuria affectus, cauſa cognita in eum iudicium dandum. Et apertius *in* §. *ſeq.* 44. ſerui nomine quoque iniuriarum iudicium dari: vbi verba *ſerui nomine* ſignificant non factam iniuriam contemplatione domini: tunc enim ſuo nomine dominus agit, vt docet *d. l.* 15. *d.* §. *ſi quis* 35. Et *in d.* §. 44. ob qualitatem ſerui competere actionem, ita vt intereſſe dicat IC. an ſeruus ſit frugi & v. c. diſpenſator, an nequam, quæ etiam in perſona ipſius ſerui conſiderari, non tantum domini, apertiſſime iſte locus oſtendit: cæteroquin etiam domino grauior fieri intelligitur iniuria ex conditione ſerui, vt eſt *in* §. *pen.* 7. *in fin. infra h. t.* vbi autem ad hunc modum citra contemplationem domini atrocior iniuria facta eſt ſeruo, non ipſe ſeruus agit, quippe qui in iudicio conſiſtere non poteſt, ſed ipſe dominus vindicat & exſequitur iniuriam ſeruo illatam, nomine ſerui, vt *dd. textus* oſtendunt. Et non eſſe iſtam perſecutionem criminalem aut implorationem nudam officii prætoris, iidem textus oſtendunt: tum quod prætor dicit ſe iudicium daturum, quibus verbis ſignificatur ordinaria actio: tum quod ad prætorem Romanum,

manum, qui imperium merum non habebat, criminalium iudiciorum exercitio non ſpectat. Itaque datur domino ſerui nomine ciuilis iniuriarum actio. Atque hæc omnino ad iſtum §. ſunt addenda.

Seruus aut eſt proprius aut communis, in
2 quo eadem proportionaliter obtinét, † quæ hactenus diximus, & de eo nominatim tractatur h. text. *in verſ. ſiue. §. ſi communi 4.* & nimirum de caſu, vt apparet, quo dominorum contemplatione ſeruo communi facta eſt iniuria. Et ait ibi Iuſtin. quod non partium dominicarum quas ſinguli in ſeruo habent, ſed potius qualitatis & conditionis dominorum, in æſtimanda iniuria ſit habenda ratio: quoniam, vt additur, ipſis dominis facta cenſeatur iniuria: variat autem iniuriæ æſtimatio, ex qualitate & conditione perſonæ, cui iniuria facta eſt, vt docet §. *pœna 7. in fin. h. t. & §. atrox 9. verſ. vel ex perſona*: & igitur vbi ſeruum iniuria facta eſt dominis, oportet, vt horum qualitas & dignitas, circa modum & quantitatem condemnationis ſpectetur. Huic tamen ſententiæ non leuiter obſtat *l. ſed non 16. h. t.* vbi Iuriſconſultus negat æquum eſſe, vt pro maiori parte quam dominica, condemnatio fiat. Variæ ſunt reſponſiones & compoſitiones 1. Pro *non eſt æquum*, legendum eſſe, *non eſt iniquum*, quam codicum variantem lectionem Accurſ. notat, & probat *Hotoman. 6. obſ. 15.* Deinde, quod Accurſ. idem cenſet, textum reſtringendum ad caſum, quo vtriuſque domini eadem eſt conditio: quam reſtrictionem equidem textus non admittere videtur. 3. Putat Iohan. Plat. diſtinguendum, an aperte in contumeliam domini fiat iniuria, an præſumptiue: vt hoc demum caſu procedat *d. l. 16. h. t.* quod & diuinatorium eſt, nec rationem habet. 4. Probabilius poſſit dici, tractari *in d. l. 16.* caſum, quo non in domini contumeliã iniuria illata eſt, ſed ſeruus alias atroci iniuria affectus eſt; de quo caſu agitur in *d. l. 15.* paulo ante fin. at eo caſu actionem iniuriarum domino dari paulo ante probauimus. 5. Probabilius adhuc dici poteſt, quod *d. l. 16.* reſpiciat ad determinationem textus præcedentis *in l. 15. §. vlt.* in quo ſcilicet cum proponatur omnibus dominis actionem iniuriarum competere, hoc explicatur ita *in l. ſeq. 16.* quod non competat ſingulis in ſolidum, ſed pro partibus, non autem hoc ibi tractari, quomodo & an portiones ex dominorum perſonis ſint æſtimandæ & faciendæ, nec adeo negari, quod conditio ſingulorum dominorũ ſit inſpicienda. Denique & 6. reſponderi poteſt, concurrere poſſe vtrumque, vt & dominicæ portionis habeatur ratio, & nihilomin⁹ qualitas etiam perſonarum in conſiderationem veniat: neque enim neceſſario hæc eſt ſententia *d. l. 16. h. t.* quod in caſu iniuriæ illatæ ſeruo plurium dominorum, qui diuerſę ſunt cõditionis, æqualis in ſingulorum perſona (ponamus enim æquales partes domini ſingulos habere) fiat iniuriæ æſtimatio, ſed quod non ita fiat æſtimatio, atque ſi ſeruo, qui vnius in ſolidum eſt, iniuria illata fuiſſet: quoniam cum ad vtrumque dominum iniuria ſpectare proponatur, non vnus iniuriam in ſolidum ſed vterque pro parte, & quiſque tamen pro ſuo ſtatu & conditione, & ita inæqualiter eam æſtimabit, habita tamen proportione ad eam æſtimationem, quæ iniretur ſi ſeruus vnius in ſolidum fuiſſet. Et ponamus iniuriam illatam ſeruo, qui in ſolidum eſt nobilis perſonæ, æſtimari centum florenis, ſed ſeruo Plebeii hominis, quinquaginta florenis: ſi ſeruus æquis partibus communis ſit nobilis & Plebeii: ille iniuriam ſuam quinquaginta, hic tantum XXV. florenis æſtimabit.

Serui aut ſunt plene ſerui noſtri, † aut non plene: & hi dicuntur, tum qui cõmunes ſunt, de quibus iam diximus, tum in quibus proprietatem nudam aut vſumfructum tantũ habemus. Item ſerui vel ſunt vere noſtri, vel non vere, veluti ſerui alieni aut homines liberi quos bona fide tanquam ſeruos noſtros poſſidemus. Quid igitur, ſi ſeruo ſit facta iniuria in quo alius proprietatẽ alter vſum fructum

ſi, vt ibidem docet Iuſtin. vxor enim in familia, cuius caput maritus eſt: & à quo dignitatem mulier capit, & quodammodo in poteſtate mariti eſt, qui adeo ſuo quoque nomine iniuriam vxori factam, tamquam ſibi ſimul illatam, exſequitur *l.1 §.vlt.l. non ſolum 11.§.quam quam 7. l. cum, qui.18.§.2 h.t.* quod & in ſponſo admiſſum fuit *l.item 15.§.ſponſum 24. h.t.* Sunt tamen quædam iniuriæ, quæ marito dictæ vxorem contingunt, veluti ſi quis maritum lenonem vxoris, aut, vt loquuntur, cornutũ vocet; & hic enim ipſam vxorem iniuriarum agere poſſe recte ſtatuunt Dd. Hęc ita obtinẽt, in iniuriarum prætoria actione. Actio autem ex Lege Cornelia ob iniurias reales illatas filio, huic ſoli non etiam patri datur *l. Lex Corn. 5.§ illud 6. cum §.ſeq.h. t.* quod ita Lex Cornelia nominatim definiuit: an quia hæc iniuria in ſola perſona filij hærere exiſtimata fuit? (ſunt autem & aliæ quoque actiones, quas ipſe filiusfam. exercet *l.filiuſfam.9.de O.& A.* vbi nominatim mentio fit actionis iniuriarum) an quia patri ſufficit actio iniuriarum prætoria, quam & pro reali iniuria competere verius eſt; & vtique in caſu filij reali iniuria affecti, competere patri expreſſum eſt in *d.l.5.§.6.h.t.* Ex quibus apparet, aliquando pro vna iniuria pluribus oriri actionem iniuriarum: quia pluribus facta eſt, & eo reſpectu plures intelliguntur iniuriæ. Ita in *l.1.§. vltim.h.t.* tribus datur actio; quin & caſus eſt, vbi dabitur actio quatuor perſonis, vbi nimirum iniuria facta eſt filiæfamil. quæ nupta eſt filiofamilias. Dabitur enim actio ipſi mulieri, patri eius marito eius, & ſocero eius, argum. *huius text. verſ. ſed & ſocer.*

TEXTVS.

3. Pœna autem iniuriarum ex L.12.tabb. propter membrum quidem ruptum, talio erat, propter os vero fractũ, nummariæ erant pœnæ conſtitutæ, quaſi in magna veterũ paupertate. Sed poſtea prętores ipſis permittebant, qui iniuriam paſſi ſunt, eam æſtimare: vt iudex vel tanti reum condemnet, quãti æſtimauerit iniuriam paſſus, vel minoris, prout ei viſum fuerit. Sed pœna quidem iniuriarũ, quæ ex Lege duodecim tabularum introducta eſt, in deſuetudinem abijt; quam autẽ prætores introduxerunt, (quæ etiam appellatur honoraria) frequentatur in iudicijs. Nam ſecundum gradum dignitatis, & vitæ honeſtatem, æſtimatio iniuriæ creſcit, aut minuitur: qui gradus condemnationis, & in ſeruili perſona non immerito ſeruatur: vt aliud in ſeruo actore, aliud in medij actus homine, aliud in viliſſimo, vel cõpedito ius æſtimationis conſtituatur. Sed & Lex Corn. de iniurijs loquitur, & iniuriarum introduxit actionem: quæ competit ob eam rem, q; ſe pulſatum quis verberatumue, vel domum ſuam vi introitam eſſe dicat. Domum autem accipimus, ſiue quis habitet in domo propria, ſiue in conducta, ſiue gratis, ſiue hoſpitio receptus ſit. Atrox iniuria æſtimatur, vel ex facto, veluti ſi quis ab alio vulneratus ſit, vel fuſtibus cæſus; vel ex loco, veluti ſi cui in theatro, vel in foro, vel in conſpectu prætoris iniuria facta ſit: vel ex perſona, veluti, ſi iniuriã magiſtratus paſſus fuerit: vel ſi ſenatori ab humili perſona facta ſit iniuria: aut parenti patronoue fiat à liberis, vel libertis; aliter enim Senatoris & parentis patroniq;, aliter extranei, & humilis perſonæ iniuria æſtimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem iniuriam facit; veluti, ſi in oculo percuſſus quis fuerit parui autem refert, vtrum patrif. an filiofamilias talis iniuria facta ſit: nam

& hæc atrox iniuria æſtimabitur. In ſumma ſciendum eſt, de omni iniuria eum, qui paſſus eſt, poſſe vel criminaliter agere vel ciuiliter. Et ſi quidem ciuiliter agatur, facta æſtimatione, ſecundum quod dictum eſt, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio iudicis reo pœna extraordinaria irrogatur: hoc videlicet obſeruando, quod Zenoniana conſtitutio introduxit, vt viri illuſtres, quique ſupra eos ſunt, poſſint & per procuratores actionem iniuriarum criminaliter, vel perſequi, vel ſuſcipere, ſecundum eius tenorem, qui ex ipſa manifeſtius apparet.

Commentarivs.

1 *Ad quid competat actio iniuriarum.*
2 *An recte in ſententia reſeruetur fama.*
3 *Actio ad palinodiam.*
4 *Remedia iuris ciuilis.*
5 *Qualis fuerit actio ex Lege Cornelia.*
6 *Ad* l. 42. § 1. de procurat. & n. 8.
7 *Edictum prætoris etiam pertinere ad iniurias reales.*

Et hunc totum locum ſimul proponere placuit, vt in vniuerſum de varia iniuriarum pœna coniunctim, & methodice diſſerere liceret. Et nimirum pœna iniuriarum, & remedia quibus vindicantur iniuriæ illatæ vel ſunt ex iure prætorio, vel ex iure ciuili. Ex iure prætorio eſt actio, qua quiſque iniuriam ſibi factam æſtimat, ita tamen, vt iudex eam ęſtimationem moderetur, & quantũ ſibi videtur æquum in cõdemnationem deducat *h. text. § pœna verſ. ſed poſtea*, & hæc pœna quæ pecuniaria eſt, ipſi applicatur & adiudicatur actori; qua de cauſa hæc actio dicitur ciuilis *h. text. § in ſumma* 10. *in pr.* non à cauſa efficiente eſt enim prętoria actio, ſed quatenus actio ciuilis hoc ſenſu opponitur actioni criminali, quod ex hac perſequimur vindictam publicã ita vt reus, vel in corpus coerceatur, vel pecuniaria pœna fiſco applicetur: ex illa autẽ quiſque aliquid ſibi adiudicari petit. Æſtimatio autẽ hæc fit, pro qualitate iniuriæ, quę eſt, aut grauior & atrocior, aut leuior; de qua re tractatur *h. text. in § pœna* 7. *in f. & in § atrox* 9. *l. prætor* 7. *§ atrocem* 7. *cum ſeq. l.* 8. *&* 9. *h. t.* & docetur q̃ atrocitas, vel leuitas æſtimetur tum ex ipſa qualitate iniuriæ in ſe, (ait æſtimari ex facto) veluti ſi quis verberib. cæſus eſt; tum ex loco in quo facta eſt, veluti in publico: (quod autem de loco vulneris in f. § 9. affertur, ad prius illud membrum referendum eſt, fit enim grauior iniuria, ſi quis verbi cauſa in oculo læſus fuerit) tum præcipue ex perſonis, qua facientibus qua patientibus iniuriam, *d. § atrox* 9. *verſ. vel ex perſona*, *l. prætor* 7 *§ atrocem* 8. *h. t.* qua in re non intereſt, an patriſfam. an filiofam. ſit facta iniuria *d. § atrox in f. & l. ſed eſt* 9. *§* 2. *h. t.* Eoq; pertinet, quod eſt in *§ pœna in f.* ſecundum gradum dignitatis creſcere, aut minui æſtimationem iniuriæ, etiam in perſona ſerui, qui quodammodo aliquam dignitatẽ habet ex ordine & qualitate quam in familia domini ex eius diſpoſitione obtinet, vt ꝑinde per eum maior & grauior iniuria domino ipſi inferri intelligatur.

Finis huius actionis & æſtimationis eſt, vt ita coerceatur petulantia conuiciantis, † non 1
autem quaſi tanti æſtimetur fama, & exiſtimatio eius, qui paſſus eſt iniuriã. Fama enim pecuniario precio ęſtimabilis non eſt, ſed nec per iniurias improbi hominis fama alterius læditur reuera; quæ alias nimis eſſet lubrico loco ſita, ſi conuicijs cuiuſuis conuelli poſſet; cum contra eius fundamentum in honeſtate morum tum & vitæ probitate poſitum ſit. itaq; nec per verba iniurioſa, nec per verbera fama alicuius tollitur, aut læditur. Et adeo reuera hæc actio ad vindictam tendit & eſt pœnalis & famoſa *l. prætor* 7. *in pr. h. t. iuncta l. item* 15. *§ ſi quis* 46. *cod. l.* 2. *§ emancipatus* 4. *de collat. bon.* (ex quo etiã eſt, quod hæc actio, † nec 2
hæredibus datur *§ vlt. inf. h. t.*) fac. optime *l. auxilium* 37. *in princip. de minoribus*, quod & notat *Ioh. Fab. in § ſed & Lex h. t. l.* 1. *in prin. l.* 4. *§ vlt. de his qui not. infam.* quamuis frequens ſit, vt per ſen-

ſententiam condemnato conſeruetur fama; quod haud ſcio, an ſatis rationi iuris noſtri conueniat: Equidem vt per grauiorem pœnam irrogatam poſſit conſeruari damnato fama, conuenit iuri noſtro, *l. quid ergo 13. §. pen. de his, qui not. inf.* ſi autem ordinaria pœna irrogetur, id fieri vix poteſt, ſed tunc obtinet autoritas Legis *l. 1 §. 4. ad SC. Turp.* & id nominatim de actione furti cuius eadem ratio eſt, reſpondet ICtus in *l. non poterit 63. de furt.*

Porro opinione vulgi per iniurias & cõuicia fama lædi creditur, † quod forte talis quiſ-
3 que eſſe creditur, qualis dicitur, & agnoſcere iniuriam, qui eam non vindicat, ſed inultam relinquit. Vnde moribus, non autem legibus noſtris nata eſt actio ad palinodiam, qua fama læſa quodammodo reſtitui: aut redintegrari creditur. Et nihil huc pertinet, quod Hottom. ex Terentio adducit in Adelph. *Act. 2. Sc. 1.* vbi Leno plagis multatus ab Æſchino ita loquitur:

Noui ego veſtra hæc: Nollem factum, iuſiurandum dabitur te eſſe
Indignum iniuria hac:

Quæ pertinent ad expurgationem; cuiuſmodi apud Plautum in Amphitruone, vbi Iupiter falſus Amphitruo purgat ſe Alcumenæ iuraméto de iniurijs, quas in eam verus Amphitruo dixerat, *Act 3. Sc 2.* vbi Alcumena

——Ego illum, aut deſeram,
Aut ſatisfaciat mihi, atque adiuret inſuper,
Nolle eſſe dicta, quæ in me inſontem protulit.

Quod & mox fictus Amphitruo facit. Quid autem hoc ad actionem pro palinodia? Hæc de actione iniuriarum ex iure prætorio.

4 Ius ciuile ex quo ſunt pœnæ † & remedia vindicandi iniurias, non eſt ſimplex. Antiquiſſimum eſt Lex 12. tabularum de quo iure in *pr. h. text.* Iuſtin. ex L. 12. tabularum propter membrum ruptum talionem fuiſſe; propter os fractum nummarias pœnas fuiſſe conſtitutas. De talione illud probatur ex *Feſto in verb. Talionis, & Gellio lib. 20. cap. 1.* qui docet, talionem quidem imperatam, ſed non parente reo, pecuniaria pœna & multa iniuriam æſtimatam fuiſſe, ſed &, ſi Reus pactus eſſet, effugiebat pœnam talionis; ita enim cautum erat *Ni cum eo pacit, talio eſto*: quam pactionem inſubtiliter hic Hottoman. inter pœnas iniuriæ per membrum ruptum illatas refert. Porro quoniam pœna L. 12. tabb. abierat in deſuetudinem, vt hic teſtatur Iuſtin. ſuperuacuum putauit, accuratius de ea re agere: Ceteroquin omittendum non erat, pœnam iniuriæ verbalis fuiſſe 25. aſſes, vt teſtatur *Gell. d. loco & lib. 16. cap. 10.* quod ſi non corruptus eſt Pauli locus ex *lib. ſingul. de iniur.* qui extat apud collatorem LL. Iudaic. & Roman. oportet illam pœnam fuiſſe poſtea auctam; ita enim ibi ſcriptũ eſt: Qui iniuriam alteri facit, 25. ſeſtertiorum pœnam ſubit. Seſtertius autem duorum aſſium cum dimidio, poſt quatuor aſſium fuit. Os fractum (quod & citra membri rupturam contingere poteſt) pecuniario quoq; ſed impenſiori domino vindicatum fuiſſe *Gell. d. lib. 20. cap. 1.* teſtatur, & *h. text. in pr.* Tribon. quaſi inquit, in magna veterum paupertate, quib. verbis innuit, pecuniariam eam pœnam non fuiſſe valde grauem; ſed quæ tamen ad tempora illa ſatis magna videbatur; Ceteroquin inepta fuerit ratio; nummaria fuit conſtituta pœna, quia magna fuit paupertas veterum; poſſet enim grauiſſima pœna nummaria cõſtituta fuiſſe. Quæ autem quantitas fuerit huius pœnæ, nec Iuſtin. nec Gellius exprimunt: Videtur expreſſum fuiſſe apud Paul. *de lib de iniur.* Sed locus corruptiſſimus, quem nuper Iacob. Goth. in Notis ad LL. 12. tabb. conatus eſt reſtituere, vt intelligamꝰ pœnam fuiſſe 300. ſeſtertiorum, ſi quis homini libero os fregiſſet. Præter membrũ ruptum & os fractũ reliquas reales iniurias, vt verbales punitas L. 12. tabb. fuiſſe Gellius refert. Quæ procul dubio cauſa fuit, cur prætor, quod nimirum pœnæ L. 12. tabb. leuiores eo ſeculo auctis opibus, ei viderentur, introduxit nouam actionem pro iniurijs vindicandis, de qua ante diximus.

Succeſſit recentius ius ciuile Lex Cornelia, quæ dedit actionem pro realibus iniurijs quæ recenſentur hoc textu in *§. ſed & Lex 8. ex l. 5. in princip. D. eod.* Et ait Iuſtinian. quod Lex

Cor-

Cornelia actionem introduxerit. Sed quænã actio illa fuerit, non explicat, ſunt, qui putant fuiſſe iudicium publicum; quibus refragatur tum quod generaliter reſcriptum eſt, in *l.* 7. *C.h.t.* quæſtionem iniuriarum nõ publici, ſed priuati iudicij eſſe; tum quod nec *ſub tit. vltim.* huius lib. nec in *l.1. de publ. iud.* inter ea refertur. Aut an forte iſta enumeratio perfecta nõ eſt? & *d.l.7. C.h.t.* refertur ad actionem prętoriam, quæ pro quibuſuis iniurijs datur; non ad iudicium L. Corneliæ, quæ certas iniuriarum ſpecies coercet. Et ſane *ſub tit. de accuſ. & inſcrip.* tantum de iudicijs publicis tractatur: & haud facile excuſauerit quis alias, aut Tribon. aut Iuriſconſult. in *l. hoc accuſ. 12. §. vlt. de accuſ.* quod in materia publicorum iudd. etiam tractarũt de L. Corn. iniuriarum. Et recipi reũ, vel recipi inter reos, qua formula loquendi ibi vtitur ICtus, fere ad iudicia publica tantũ pertinẽt. Et fit veroſimile, Syllam poſt turbas illas & bella ciuilia, ita tuliſſe hanc Legem, vt, iudicio publico, propter tres has ſpecies improbitas hominẽ poſſet coerceri. Et quid igitur eſt, quod dicitur in *l. licet 42. §. 1. de procur.* ad a-
6 ctionem † L. Corneliæ iniuriarum poſſe dari procuratorem, quoniam priuata ſit, licet pro publica vtilitate exerceatur. Quinimo hæc contraria videntur: eſſe priuatam, & ꝓ publica vtilitate. Quod ſi enim hoc reſpectu id dictum putamus, quod puniri maleficia publice intereſt; iã & omnia delicta priuata &, quæ pro iis competunt actiones, dicentur dari ꝓ publica vtilitate, etiã actio L. Aquiliæ, de qua iſtud proponitur in *l. ita 51. inſ. §. ad L. Aquil.* Et cũ ſimpliciter de actione iniuriarũ ex L. Cornelia loquatur ibi ICtus videtur de ea loqui, qualis eſt conſtituta ordinarie ex L. Cornelia at ſi nõ fuit iudicium publicum, criminale vtiq; fuiſſe iudicium vix dubitari poteſt, ꝓpter *l. conſtit. 37. §. 1. h.t.* vbi dicitur, ex L. Cornelia agi etiam poſſe ciuiliter; quæ verba innuũt, regulariter criminaliter agi ex L. Cornelia. Atquin in criminali iudicio vbi in crimen ſubſcribendum eſt, regulariter procuratorem non interuenire conſtat, & probatur ex *§. in ſumma 10. h.t. iunct. l. vlt. C. eod.* quibus locis ſpecialiter illuſtribus eſt permiſſum criminaliter iniuriarum actionem inſtituere per ꝓcuratorem. Et neceſſe eſt igitur ineptam eſſe rationem ICti in *d. l. 42. §. 1. de procurat.* poſſe, moueri per procuratorem, quia priuata eſt; quoniam iudicia criminalia, vt maxime priuata per procuratorem inſtitui non poſſunt; fuiſſe autem actionem ciuilem tantum ex L. Cornelia, repugnat *d.l.37. h.t.* & ipſi rationi, quod alias nulla neceſſitas fuiſſet, & vtilitas L. Corneliæ, cum ſufficere potuiſſet actio iniuriarũ ex edicto prætoris. Errãt † haud dubio enim, 7
qui ad iniurias ſolum verbales edictum prætoris pertinuiſſe putant, 1. quia cum oſſe fracto, & alijs leuioribus iniurijs realibus ex L. 12. tabb. tantum eſſent leues nimis conſtitutę pecuniariæ pœnæ, non ſecus ac pro iniurijs verbalibus, abſurdum plane ſit, verbalib. tantum iniurijs, quæ vtique leuiores ſunt realibus, permiſiſſe prætorem iniuriato æſtimare iniuriam, & hoc negaſſe pro iniurijs realibus, adeoq; has leuius quam reales coercitas fuiſſe, 2. quia edictum prætoris indiſtincte de iniurijs loquitur, 3. quoniam pro iniuria reali ſeruo quoque illata, actionem prætor dat, vt ſupra probauimus, 4. quoniam in *l. item 15. §. prætor 34. & ſeq.* in iiſdem terminis iniuriæ realis, tradit ICtus, dominum poſſe agere iniuriarum ſuo nomine, ſi quis contemplatione domini iniuriam fecerit ſeruo. Ergo ſi ipſi domino immediate fuerit illata talis iniuria, actio quoque erit. Deniq; in *l. prætor 7. §. 1. verſ. quid ergo & §. præterea 2. h.t.* diſerte de iniurijs atrocibus realibus vindicandis agitur, & quidem per actionem prætoriam, de qua toto illo loco tractatur. An dicimus priorem fuiſſe Legem Corneliam, pro iniurijs realib. introductam, pro emendando iure veteri; & poſtea prætorem principaliter quidem propter iniurias verbales edictum propoſuiſſe; ſed vt ex eo, qui vellet, etiã pro iniuria reali agere poſſet; nec nouum eſt, concurrere actionem ciuilem & prætoriam. Sed ego potius dixerim edictum prætoris prius fuiſſe, & cum ciuilis actio non videretur ſufficere pro iniurijs realibus, Syllam dediſſe etiam criminalem a-

ctio-

ctionem. Vt enim tãtum ciuiliter agi potuiſſe dicamus ex L. Cornelia, ratio non patitur. Non fuiſſe tamen publicum iudicium, probat *d.l.42.de procurat.* cum inauditum ſit, vt publicum iudicium dicatur priuatum, quin cõtradictio ea fuerit in adiecto. Nec neceſſe eſt, vt quæcunque ſub *tit. de accuſat.* referuntur, ad iudicia publica pertineant; & accuſatio etiam eſt, cum ad pœnam corporalem agitur, aut pœnam fiſco applicandam. Et longe ſane differunt, eſſe iudicium publicum; &, inſtitui pro publica vtilitate. Ille ſcrupulus ſupereſt, quomodo ad iudicium criminale dari poſſit procurator. Et neceſſario fateri oportet, rationem ICti in *d.l.42.§.1.* quod priuatum ſit iudicium, non eſſe bonam & adæquatam, ſed in Leg. Corneliæ actione ſpeciale quid fuiſſe, & fortaſſis eam tantum fuiſſe ad pœnam pecuniariam, ex arbitrio iudicis pro qualitate admiſſi Reo irrogandam; quamuis ſane hæc omnium criminalium iudiciorum ſit natura; vt iudex ex officio pro circumſtantijs modo leuiorem, modo grauiorem, & in corpus quoque pœnam Reo poſſit irrogare; quod ſi etiam in L. Cornelia iniuriarum admittimus, non animaduerto, qui fieri potuerit, vt recte inſtitueretur per procuratorem; quod affirmat ICtus in *l.42.de procuratorib.* Vix enim de actione iniuriarum ex L. Corn. ciuiliter mota cum locum excipere poſſis; vel quia vt dixi loquitur de actione L. Corneliæ, vt introducta eſt à Sylla; vel quia hic nulla eſſet ratio dubitandi; nec quiſquam dubitauit, quin actio iniuriarum ex edicto prætoris, quæ ciuilis eſt, per alium inſtitui poſſit *l. non ſolum* 11. *§. 2. h.t.* Ego iſtud in medium & alijs extricandum relinquo. Et hæc quoq; de actione iniuriarum ex L. Cornel.

Tertium ius, quod non tam certa Lege quam minoribus & conſuetudine receptum videtur, innuitur in *f. h. text. §. in ſumma* 10. vt ſicut pro furto & quouis delicto *l. vlt. de furt. l. vlt. de priuat. delict.* ita & pro quauis iniuria, etiam verbali extra ordinem criminaliter agi poſſet *d. §.10. l. vlt. D. eod.* vt extra ordinem & in corpus quoque reus coerceri poſſet *dd. textibus*: quæ res facit, vt vtrimque procuratori non ſit locus; quoniam procuratores fiant domini litis, & in ipſos fertur ſententia; & actorem, qui falſum crimen intendit, eadem pœna manet; quo fit: vt alieno nomine iudicia criminalia exerceri non poſſint. Cuius tamen rationis ſecurus Zeno in *l. vlt. Cod. h.t.* permiſit illuſtribus, vt agere & conueniri criminaliter iniuriarum poſſent: forte quia plerumq; pœna erat pecuniaria etiam in criminali iudicio; forte etiam quia tum temporis ſubtilis illa ratio, ex qua procuratores domini litis fiebant, non obſeruabatur, ſed ſententiæ in ipſos principales ferebantur; quod quidem nominatim in hoc caſu fieri vult *d.l. vlt. Cod. h.t.* Et oportet vt procurator à parte Rei admiſſus fuerit ſine cautione de iudicato ſoluendo, (quam ex ratione iuris omnis, qui alieno nomine ſuſcipit iudicium præſtare cogitur *l. vn. in fin. C. de ſatiſdando*,) nec enim pœna corporalis ſi dicta fuiſſet, in procuratorem executioni mandari poſſet. Et cogitandum, præſertim, propter *d. l. 42. §. 1. de procur.* an non longe facilius fuerit, vt iudicia priuata etiam criminalia inſtitui potuerint per procuratorem ex parte actoris; nam & in *l. pen. de publ. iud.* non ſine cauſa dicitur, ad perſequendum publici iudicij crimen fruſtra interuenire procuratorem; quamuis tamen inſcriptio in crimen, quæ in omni iudicio criminali requiritur, nõ videatur fieri poſſe nomine alieno; & Zeno Imp. in *d. l. vltim.* ſatis aperte docet hunc fuiſſe morem iudiciorum criminalium, vt nomine alieno tractari non poſſint. Itaq; ſpecialiter excipiendi fuerunt illuſtres, & qui ſuper eos ſunt, vt in *d. §. 10. h.t.* ait Iuſtin. qui ſcil. dicuntur *ſuperilluſtres*; de quibus generibus dignitatum non eſt hic agendi locus; & de ordinibus dignitatum videatur *Alciat. 3. diſp. 4. Cuiac. paſſ. ad 3. lib. poſter. Codic. & præcipue Notitia dignitatum Imperij Orientis.*

TEXTVS.

4. Non ſolum autem is iniuriarum tenetur, qui fecit iniuriam, id eſt, qui percuſſit: verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit, vel qui curauit, vt cui mala pugno percuteretur.

COMMENTARIVS.

IDem in *l. non ſolum 11. in princ. h. t. & ibid. in §. 3.* de eo, qui mandauit; quod notauimus, ſupr. ad *tit. Mandati §. illud*, quiſquis mandauit delictum, eum teneri ac ſi ipſe deliquiſſet, imo pro delinquente haberi; quod fere etiam obtinet in his, qui conſilium dederũt, de quo diximus ad *§. tua tantum 6. Mandati & ad §. Interdum 11. ſupr. de furt.* Illud autem tantum exempli loco poſitum eſt, de mala pugno percuſſa; procul dubio enim in alijs iniuriæ ſpeciebus idem obtinet.

TEXTVS.

5. Hæc actio diſſimulatione aboletur: & adeo, ſi quis iniuriam dereliquerit: hoc eſt, ſtatim paſſus ad animum ſuũ nõn reuocauerit, poſtea ex pœnitentia remiſſam iniuriam non poterit recolere.

COMMENTARIVS.

1 *Quomodo dicatur iniuria diſſimulari.*
2 *An, qui animi rancorem ægrotus remittit, poſſit agere iniuriarum.*
3 *Annus quo finitur actio, an ſit continuus, an vtilis.*
4 *An actio ex L. Corn. ſit annalis.*

INiuriarum actio, vel ab initio impeditur ne naſcatur, vel nata tollitur. Illud fit, ſi iniuriam, qui ea affectus eſt contemnat, non curet, & vt Dd. loquuntur, ſi rideat; quoniam non poteſt ea actio naſci, quando quis quod in ſe dicitur, pro ioco excipit, & pro iniuria non habet, & penitus ad animum non reuocat *h. §.* quod eadem ratione, cõtra quam putat *Ioh. de Plat.* tentari poteſt de iniuria reali; neque, quod nemo dicitur eſſe dominus membrorum ſuorum *l. liber 13. ad L. Aquil.* impedire poteſt, quo minus v. c. pugno percuſſus iniuriam contemnere & diſſimulare poſſit; & iuxta eam rationem, nec natam & quæſitam pro iniuria reali actionem remittere, aut omittere quis poſſet. Vt adeo ne naſcatur actio, oportet aliquam declarationem † diſſimulatæ & neglectæ iniuriæ interuenire; ſimplex enim taciturnitas ad hoc non ſufficit, vt recte *gl. & interpp. hic. & in l. ſi non 5. Cod. eod.* Cui non obſtat, quod *Iuſtinian. h. §. ex l. non ſolum 11. §. 1. eod.* actionem iniuriarum competere negat, ſi quis iniuriam non ſtatim ad animum reuocauerit; etenim ad animum reuocare, opponitur factis, & actibus declarantibus remiſſionem; non autem ſignificat expreſſam conteſtationem de iniuria vlciſcenda. Sed & dicimus recte, eum quoq; qui tacet, iniuriam ad animum poſſe reuocare; cum præſertim animum vlciſcendi oſtendere, non ſemper commodum, & forte, nec tutum ſit. 1

Actio iniuriarum, quæ nata eſt duobus modis tollitur; remiſſione & morte. Illa vel eſt expreſſa, vel tacita. Expreſſa fit per declarationem apertam voluntatis de remittenda, vel remiſſa iniuria; veluti per tranſactionem, pactum, quod quidem legitimum eſt & ipſo iure actionem iniuriarum tollit *l. ſi vnus 27. §. pacta 4. de pactis l. ſed ſi 17. §. ſi ante 6. h. t.* Quin & abſente eo, qui iniuriam † fecit, & μετανοοῦντος remitti iniuriam poſſe Doctor. cenſent; & hinc tractant, an qui ægrotans, & de ſanitate recuperanda deſperans pene, atteſtatus eſt coram ſacerdote, ſe iniuriam quam paſſus eſt, & animi rancorem, vt loquuntur, remittere, poſtea nihilominus iniuriarum agere poſſit; quod quidem affirmant *Bart. in dict. leg. non ſolum 11. h. t. Ioh. Fab. & Platea hic.* Sed mihi negans gloſſæ ſententia verior videtur, hoc argumento. Qui ignoſcit 2

Digitized by Google

ſcit iniurianti, & remittit vindictam, agere iniuriarum non poteſt. Atquin hic iniuriam paſſus ignoſcit & remittit vindictã. Ergo, &c. Propoſitionis ratio eſt; quoniam actio iniuriarum non ſpectat eo vt reſarciatur damnum rei familiari datum, ſed ad vindictã contumeliæ illatæ, *lex item apud 15. §. ſi quis 46. h. t. t.* Itaque Iohan. de Platea inepte obiicit, quod remiſſa iniuria, non ob id debeant cenſeri remiſſa illa damna; quoniam pro his non competit actio iniuriarum, ſed ad vindictam; ex quo non dubitatur, quin remiſſa iniuria poſſit nihilominus agi ex L. Aquilia, & probat *d. l. 15. §. 46. h. t.* Ex his minor eſt perſpicua, quod alias ea remiſſione nihil eſſet actum; & male conſuleret animæ ſuæ Chriſtianus, cum Chriſtus minetur illis vindictam, qui non ex animo, proximo iniurias remittunt. Et inepta obiectio eſt, quod remiſſio facta ab eo, qui in periculo mortis eſt conſtitutus, intelligatur facta ex neceſſitate. Equidem, hic non quæritur, hic reſtitutione contra remiſſionem, ſed an remiſſa videatur actio iniuriarum; & ridiculum impiumq; ſit, huc transferre velle edictum prætoris, *quod met. cauſa.* ex quo reſtitutio datur, ſi malo more metus illatus fuit; & metus iſte, ſi ita dicendus eſt, à Deo iuſtiſſime infertur, nec poteſt dici ex neceſſitate factum ad quod hortatur pietas Chriſtiana. Non obſtat etiã quod Ioh. Fab. mouet, iſta opinione admiſſa futurum, vt nullus Chriſtianus bona conſcientia poſſit agere iniuriarum; ſiquidem ex Lege Chriſti, non ſolum moriturus, ſed etiam corpore valens delinquenti in ſe ignoſcere debet. Etenim Reſpondeo 1. non hic quæri quid Chriſtianus facere debeat, ꝙ cuiuſque conſcientiæ relinquitur: Sed quid fecerit, & quod cum alias actio iniuriarum ſit odioſa, & quæ nudo pacto & diſſimulatione tollitur, hoc quoque caſu potius remiſſa intelligi debeat, 2. nihil abſurdi fore, ſi quis affirmet, peccare hominem Chriſtianum qui ex ira & vindictæ cupidine, peruicaciter, & acerbe iniurias exſequitur; & imo vix vllam ſatis iuſtam cauſam eſſe Chriſtiano, agendi iniuriarum, niſi vbi hoc fieri publice quodammodo intereſt; vel in exemplum, vt alij ab huiuſmodi petulantia absterreantur, vel ob perſonam eius, qui iniuria eſt affectus, veluti ſi publicum officium adminiſtret; quem ab iniurijs immunem, & integræ famæ haberi publice intereſt: ne contemtui exponatur, & adminiſtrando muneri ſuo minus idoneus reddatur; quod & latius porrigi poteſt, ſi forte ex conſuetudine, indignus officiis publicis habeatur, qui iniurias non vindicat. Sed hæc obiter: latius autem tractare hanc rem, & in locum Philoſophicum, an & quatenus vindicandæ, aut negligendæ ſint iniuriæ, excurrere, inſtituti noſtri ratio non patitur. Hæc de remiſſione expreſſa. Tacita remiſſio duas habet ſpecies. Altera eſt, ex factis præſumpta, quæ inducunt diſſimulationem, & iniuriæ gratiam eſſe factam arguunt; veluti ſi quis cum eo à quo iniuriam accepit, familiariter conuerſetur; ſi tamen id fecerit vltro & motu proprio, non occaſione ab alio præbita, & quaſi ex neceſſitate, veluti ſi ad commune conuiuium fuerit vocatus, vt notant Interpp. hic. Altera ſpecies inducitur ex lapſu temporis, & nimirum anni, *l. ſi non 5. Cod. h. t. l. ſed ſi 17. §. ſi ante 6. D. eod.*

Sed an annus hic † continuus an vtilis? 3
Vtilem eſſe ſuadet, quod regulariter actiones prætoriæ anno vtili durant, de quo *inf. in pr. de perp. & temp. act.* tum etiam textus in *l. item ſi 14. §. in cauſa 2. quod met. cauſ.* quam antiquorum olim fuiſſe ſententiam atteſtantur *Cynus & Salicet. in d. l. 5. h. t. & Ioh. Fab. in § ſed & Lex ſup. h. t. num. 5.* quamuis communiter *gl. & Interpp.* contra ſentiant, & id quoque in foro receptum ſit, cõtinuo anno excludi hanc actionẽ: quod non tam miror, quam hoc, ad id ꝓbandum, tamquam ſolidum argumentũ adduci, textũ in *d. l. 5. C. h. t.* cum n. pluribus locis dicatur, actiones prætorias intra annũ viuere, & tamen regulariter annus vtilis intelligatur, perquam ineptum eſt, ex *l. 5. C. h. t.* quæ anno finiri actionem dicit, inferre, eſſe eum annũ

continuum. Atque ita in actione iniuriarum propria.

Non deſunt, qui & actionem iniuriarum ex L. Cornelia, faciunt annalem; quam ſententiam & in conſilijs Altorfinis video probatam. Sed non dubito eſſe falſam: ſiquidem actiones ciuiles, ex quarum numero hæc eſt, numquam ſolent eſſe annales. Adeoque iſta aut erit perpetua hodie 30. annorum, aut potius vicennalis, ad inſtar iudiciorum criminalium, quæ regulariter vicennio exſpirant, quam communem ſententiam eſſe teſtatur *Balb. de præſcript. part. 4. partis quartæ princip. quæſt. l. n. 3.* & in Camera Imperiali receptam atteſtatur *Mynſing. 5. obſ. 7.* & perquam inepte obijcitur *d. l. 5. Codic. h. t.* quippe quam apertiſſimum eſt loqui de actione prætoria, quippe cum præponatur illata iniuria verbalis, quæ Lege Cornelia non vindicatur. Hæc de primo principali modo, quo tollitur actio iniuriarum, vid. de Remiſſione.

Morte finitur 1. eius qui fecit iniuriam, ſi mortuus ſit ante litē conteſtatam, idq; commune eſt omnibus actionibus pœnalibus, imo omnibus ex delicto, vt non dentur contra hæredes delinquentis, 2. (& hoc ſpeciale eſt) finitur etiam morte eius, qui iniuriam paſſus eſt, *h. text. & l. iniur. 13. in pr. eod. l. ſi eum 10. §. 2. ſi quis cautiōn.* cum alias actiones etiam pœnales dentur hæredib. *l. 1 de priuat. delict.* Ratio ſpecialitatis eſt, quod per iſtud genus delicti, nullum patrimonio infertur damnum, ſed vt ſupra diximus, ad vindictam eſt hæc actio, cuiuſmodi actiones dari hæredibus non ſolent *§. 1. inf. de perp. & temp. act.* cum præſertim concurrere & hic videatur remiſſio quædam tacita & diſſimulatio iniuriæ, quam quis vindicare ipſe viuus non inſtituit.

AD TITVLVM V.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE OBLIGATIONIBVS quæ quaſi ex delicto naſcuntur.

TEXTVS.

Si iudex litem ſuam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, ſed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus eſt, & vtique peccaſſe aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quaſi teneri ex maleficio: & in quantum de ea re æquum religioni iudicantis videbitur, pœnam ſuſtinebit.

COMMENTARIVS.

1 *Eſſentia quaſi maleficiorum.*
2 *Quid ſit, litem ſuam facere.*
3 *Quid ſi per dolum lata ſit ſententia.*
4 *An qui tis dolus faciat ſententiam nullam.*
5 *Differentia inter medicum, & iudicem & aduocatum.*

SEquitur tandem ex quatuor membris, ſupra de obligat. propoſitis, vltimum, de obligationibus, quæ quaſi ex delicto naſcuntur. Et quo argumentandi genere ſupra vſus eſt Iuſtin. de obligationibus quaſi ex contractu, quod ſcil. ſint nec ex cōtractu, nec ex maleficio: eodem hic vtitur; quod cum iſtæ obligationes non ſint ex maleficio (ſcil. vero,) nec ex cōtractu, conſequenter oporteat eſſe quaſi ex maleficio. Verū hoc modo in quo iſtarum obligationū, & quaſi delictorum natura & eſſentia poſita ſit, non intelligitur. Nimirū ſicut contractus alij ſunt veri, alij, vt ita loquar, quaſi contractus; ita & delicta diſtinguuntur: vt tamen non eadem diſtinguendi ratio vtrobique eſſe videatur.

Nam

Nam & quaſi contractus habent, ſed tacitam conuentionem. At hæc delicta, imo quaſi delicta non habent dolum, qui eſt de eſſentia omnium delictorum: excepto tamen eo quod vindicatur L. Aquilia, in quo etiam citra dolum culpa ſufficit: cum quo hæc quaſi delicta recte conferantur: nam & ipſa habent culpam, ſed eam vt plurimum non directam ad damnum, ſed oblique tantum damno cauſam fere dantia; & vt maxime directo videantur damnum dare, attamen præſumpta eſt ea culpa, & præter mentem fere eius qui damnum dat.

Eorum quaſi delictorũ prima ſpecies hoc textu refertur, *ex l. 5. §. ſi iudex 4. de obl. & Act. & ex l. vlt. de extraord. cognit.* ſi iudex male iudican-
2 do litem ſuam fecerit. Litem autẽ † ſuam facere videtur, qui quaſi cogitur in ſe ſuſcipere litem, & ex iudice fit reus: dum ſcilicet ei quem ſua ſentẽtia læſit, de eo damno reſpondere tamquam Reus, & quidquid ei dedit damni, reſarcire, eumque indemnem ſeruare tenetur, & qui ita contra ſeipſum litem excitauit, καθ' ἑαυτοῦ δίκην ἤγειρε. vt recte hic Theoph. Ex quo efficitur, quod ille iudex demum vere & plene litem ſuam faciat, qui dolo malo iudicauit, & qui adeo veram litis æſtimationem & ſolidum præſtat, vt expreſſum eſt *in l. filiusfam. 15. §. 1. de iudic.* idque eſt quod legitur *in l. vlt. C. de pœn. iud.* quod iudex ei quem dolo læſit, ęſtimationem diſcriminis litis præſtare teneatur. Minus autem proprie, & vtique non inſolidum ſuam litem facere dicitur, qui per imperitiam male iudicauit, quia non inſolidã æſtimationem litis, ſed actione in factum, in quantum æquum videbitur iudici, condemnatur *l. vlt. de extraord. cogn. & h. text.* Ei autem
3 † quod diximus, eum qui dolo iudicauit, teneri in ſolidam æſtimationem litis, nõ aduerſatur, quod, vbi iudex dolo malo & corruptus iudicat, ſententia ſit ipſo iure nulla. *l. venalis 7. C. quando prouoc. non eſt nec.* vt proinde cum integra actio maneat parti, non videatur neceſſum, vt ad iudicem eatur, & ille Rei perſonam ſuſtineat, & æſtimationem præſtet. Etenim reſpondetur. 1. Poſſe concurrere vtrumque remedium, vt habeat electionẽ qui læſus eſt, an de integro cauſam cum aduerſario tractare, an iudicem conuenire velit, qui ex delicto ſuo tenetur. 2. Quod ſententia dolo & a corrupto iudice lata ſit nulla, etiamſi forte ſit nõ omnino iure ipſa iniuſta omnina: itaq; longe vtilius eſt parti cum iudice, quam iterũ experiri cum aduerſario, cum quo litigans fortaſſis rurſus ſuccumbere poſſit. Sed enim vt iudex dicatur litem facere ſuam, non omnino neceſſe eſt, vt ſententia ſit nulla: quod probatur tum quia etiam per imperitiam inique iudicãs hic dicitur litem facere ſuam, quo tamen caſu non protinus ſententia eſt nulla:
tum etiam quia vt maxime dolũ † admiſerit 4
iudex, non eſſe propterea ſententiam nullam, oſtenditur ex *l. ſeruo 65. §. 2. ad Trebell.* vbi ſententia per ambitionem & gratiam lata ipſo iure valet. Cui iterum non obſtat, quod *in d. l. vlt. C. de pœn. iud.* hæc comparantur, ſi ſententia per gratiam, & ſi a corrupto pecunia iudice lata ſit: quo poſteriori caſu ſententiam nullam eſſe, etiam docet *l. venales 7. C. Quand. prouoc. non eſt nec.* Etenim Reſpondeo comparari ad hoc quod vtrobique iudex infamia notetur, & litem ſuam faciat: non vero vt etiam vtrobique æqualiter ſit nulla, quod & *in d. l.* Acc. monuit. Poſſit etiam reſponderi intereſſe, an pretium pro ſententia ferenda, an forte tantum honorarium & magis pro maturanda ſententia & adminiſtranda iuſtitia detur: itemque an quis precibus obtinuerit, vt pro ſe ſententia feratur, an alias iudex motu proprio, & fauore aliquo partis ita pronuntiauerit: vt illis quidem caſibus ſententia nulla, hic, ipſo iure valida ſit. Aut an diſtinguimus inter iudicem pedaneum & magiſtratum, de quo *in d. l. 65.* vt propter huius autoritatem, & maiorem in decretis interponendis libertatem facilius ſententia ſuſtineatur.
Sed vt ad textum noſtrum † reuer- 5
tamur, quod dicitur, iudicem qui per imperitiam male iudicat, non ex vero, ſed quaſi ex maleficio teneri, obiiciunt Interpp. hic, quod medicus male curans & ſecans per imperitiam, ex vero delicto, & directa Legis Aqui-

Digitized by Google

adeo factum præſtare debet, quin ſimul & hoc, ne quid à domeſticis, ſeruis aut liberis, eo loci qua vulgo iter fit, cum damno prætereuntium deiiciatur aut effundatur, quæ ratio pręcipue, vt hoc edictum proponeret, mouit prætorem: quoniam publice vtile eſt, ſine metu & periculo per itinera commeari, vt tradit Vlpianus *in d. l. 1. §. 1. de his qui effuderint.* Datur autem damnum, aut ſeruis aliiſve rebus, quæ ſunt in noſtro patrimonio, & eſt actio in duplum priuata *h. §. verſ. de eo d. l. 1. in pr.* aut homini libero, ita vt hic aut vulneratus fuerit, vel occiſus. Illo caſu iterum eſt actio priuata competens ſoli vulnerato, & fit æſtimatio impenſarum & operarum, & omnino quanti iudici æquum videtur, tanti condemnatur reus, iuxta hunc *§. in fi. & l. vlt. de his qui deiec.* Hoc caſu eſt actio pœnalis in quinquaginta aureos *h. §. verſ. ob hominem l. 1. in pr. d. t.* & quia nulla eſt corporis liberi æſtimatio, nec adeo hæredes priuatim agere poſſunt, iure ſpeciali, actio eſt pœnalis popularis *l. ſi vero. 5. §. hoc autem 5. d. t.* ita vt quiuis ex populo eam pœnam perſequi poſſit, & quidem hoc effectu, vt ſibi applicetur & adiudicetur, vt recte Ioh. Fab. hic; hæc enim eſt regularis & ordinaria popularium actionum natura per *l. v· ſi 12. de v. ſign. l. 3. in pr. de ſepulc. viol. l. vlt. de litigioſ.* à qua non recedimus niſi in caſibus nominatim exceptis, quibus cautum eſt, vt pœnæ vel pars, vel ea tota fiſco applicetur, vt *in l. 25. ad Silan. l. vlt. in pr. de term. mot.* de quo alibi.

Tertia ſpecies quaſi maleficii, hoc eodem §. traditur, & ea magis ſingularis, quia res imperfecta & necdum damnum datum eſt, quoniam prætor omnino itineribus publicis proſpectum voluit: Qua de cauſa quaſi ex maleficio tenetur, qui aliquid poſitum habet vel ſuſpenſum, quod ſi decidat tranſeuntibus damnum daret. *h. §. verſ. cui ſimilis l. 1. & l. 5. §. ſupra de his qui effuder.* Et cum necdum nocitum alicui priuato ſit, ſequitur neceſſario, quod actio pœnalis in decem aureos, de qua dd. textibus, ſit popularis.

TEXTVS.

2. Si filiusfamilias ſeorſum à patre habitauerit, & quid ex cœnaculo eius effuſum deiectumve fuerit, ſiue quid poſitum ſuſpenſumve habuerit, cuius caſus periculoſus eſt; Iuliano placuit nullam in patrem eſſe actionem, ſed cum ipſo filio agẽdum eſſe. Quod & in filiofamil. iudice obſeruandum eſt, qui litem ſuam fecerit.

COMMENTARIVS.

1 *An ſi filiusfam. litem ſuam fecerit, pater teneatur ad* l. 15. in pr. de iudic.

EX contractibus filii patrem de peculio teneri conſtat de *quo inf. tit. 7.* ſed ex pœnalibus cauſis & delictis patrem non teneri, nec de peculio quidem, itidem pro regula traditum eſt *l. ex pœnalib. 58. de R. I.* Etenim cum illius hæc ratio ſit, quod pater peculium cõcedendo, & ius contrahendi permiſiſſe cenſeatur *l. 1. § 5. de adq. poſſ.* vtique ea conceſſione peculii, nunquam cenſetur permiſiſſe delictum, aut ius delinquendi, eoque ob delicta filii peculium obnoxium non ſit. Idque etiam in quaſi delictis obtinere docet *hic* §. duplici exemplo 1. ſi ex habitatione quam ſeorſim à patre incolit filius, aliquid deiectum fuerit vel effuſum: pater enim nulla actione ex hac cauſa poteſt conueniri *h. §. & l. is quoque 5. de oblig. & act.* quod ſi enim habitauerit cum patre ipſe pater ob deiecta & effuſa tenetur quaſi ex maleficio, vt eſt *in pr. §. praced.* quod & in ſeruo obtinet, ſi hic habitat ſeorſim, vt dominus ex hac cauſa de peculio non teneatur, ſed ſeruus extra ordinem coerceatur *l. 1. §. cum ſeruus de his qui effuder. vel deiec.* adeoque & in terminis *h. §.* agendum eſt cum ipſo filio non autẽ cum patre *h. §. & §. vlt. in fi. infr. de noxalib. action. d. l. 5. §. 5. de his qui effud. vel deiec.* Alterum exemplum eſt, ſi filiusfamilias litem ſuam fecerit male iudicando; vt pater nec hic teneatur *h. §. in fin.*

Digitized by Google

in fin. & l. ſi quis 5. §. quoque in fin. de oblig. & act. Sed valde obſtat *l. filiusfamilias 15. in princip. de iudic.* vbi Vlp. ſcribit ſi filiusfam. iudex litem ſuam fecerit, teneri in eam quantitatem, quæ eſt in peculio, cum ſententiam dicebat. Quod Accurſ. tentat. Patrem teneri de peculio, diſerte pugnat cum textu noſtro *& d. l. 5. de oblig. & Act.* cum præſertim in actione de peculio non ſpectetur quantitas peculii, quæ fuit eo tempore quo obligatus fuit filius, ſed quo ex ipſa actione de peculio res iudicatur *l. quæſitum 30. in pr. de pecul.* Quod porro ita explicat *d. l. 15. de iudic.* Quod non pater ſed ipſe filius teneatur, ideo minus probari poſſe videtur, quod vbi actio ex delicto contra filium datur, peculium in eam actionem non venit, cuius adeo quantitas fruſtra hic conſideretur: & alias manifeſta fraus fieret iuri, quod ex delicto patrem de peculio teneri negat, ſatis autem teneretur, re ipſa, ſi actione mota contra filium, in condemnationem & in executionem porro peculium veniret. Enimuero cum dicimus, eum qui cum filio contrahit, habere duos debitores, filium in ſolidum, & patrem de peculio *l. 44. de pecul.* ſatis oſtendit ea oppoſitio, in actionem quæ contra filium datur peculium non venire: quod alias inſuper iniuria manifeſta inferretur patri, qui ita amitteret priuilegia, quæ habet vbi actione de peculio conuenitur, de quibus tit. 7. ſed & amplius contra filium ex contractibus & delictis eius in ſolidum agitur *d. l. 44. & l. 39. de obl. & act.* adeoque inepte & falſo hic diceretur ſpectari quantitas peculii. Idque erit apertum magis ſi ponas filiumfamilias dolo malo iudicaſſe, & ita ex vero delicto obligari, quod quidem ſuadet coniunctio *d. l. 15. in pr. cum §. 1.* vbi hic caſus proponitur. Nec rectius illi quorum meminit *Gothof. ad d. l. 15. & Cuiac. 13. obſ. 18.* qui in *d. l. 15. in pr.* pro *filiusfamilias* legunt, *filiifamilias*, quaſi ibi filiusfamil. in iudicio reus fuerit, & condemnatus à iudice per dolum, qui iudex in tantam ſummam teneri debeat, quanti tum fuit in peculio filii. Etenim præterquam quod omnia exemplaria conſtanter tuentur lectionem illam, *filiusfamilias*, inepte & abſurde reſpondeatur de quantitate peculii inſpicienda, cum filiusfam. ſuo nomine in ſolidum conueniatur. Cuiacius 13. *obſ.* 18. poſt Azonem ita explicat *d. l. 15. de iudic.* quod ibi filiusfam. non dolo, ſed per imprudẽtiam male iudicauerit, & teneatur in tantam ſummam, quanta fuit in peculio tum temporis, ita vt tamen non de peculio, ſed aliunde ſatisfaciat. Quæ mihi explicatio valde inſubtilis videtur: Et cur enim mentionem faciat peculii Iuriſconſultus, ſi de illo non ſit ſatisfaciendum: & quid adeo & cur ſpectetur ea quantitas peculii: quæ præſertim tum fuit, cum ſententiam diceret filius, & cur non potius ſpectetur ea quæ fuit cum condemnaretur, quod omnino dicendũ fuerat, ſi peculii tamquam patrimonii cuiuſdã filii ratio hic habetur. Supereſt adhuc alia interpretatio, quam etiam ſubinnuit Accurſius, vt ibi ſententia intelligatur dicta, non contra filiumf. qui litigauit: non etiã ſententia dicta à filio, qui male iudicauit: ſed ſententia dicta à iudice, qui filiumfam. ex cauſa quaſi delicti, eo quod litem ſuam feciſſet, cõdemnauit: vt videl. ſi ex ea ſententia contra filiũ lata, ex cauſa iudicati conueniatur pater, de peculio, tanti condemnetur, quanti tempore ſententiæ ab illo iudice cõtra filium dictæ, in peculio fuit. Etenim ita ius eſt, vt licet directo ex delictis filiifam. contra patrẽ actio de peculio non detur, tamen detur oblique, & in effectu, dum nimirum non quidem ipſa actio delicti, ſed actio iudicati ex ſententia, quæ in filium ex cauſa delicti conuentum, lata eſt: quoniam per litis conteſtationem quaſi contrahi, & nouatio quædã fieri, adeoq; iam pater non ex delicto, ſed quaſi ex noua obligatione cõueniri videtur, vt expreſſum eſt *in l. 3. §. idem 11. de pecul.* Sed ſane iſtam explicationem verba *d. l. 15.* niſi plane contorqueantur, vix ferunt, & iſtud quoq; obſtat, quod ſupra diximus, ex *l. quæſitum 30. in pr. de pecul.* ſpectari in actione de peculio eam quantitatem, quæ eſt, cum pater de peculio condemnatur. Quæ ratio etiam obſtat huic coniecturæ, quod cum conſtet ex Gellio fuiſſe collegium quoddam

dam iudicum pedaneorum, ex quo ſorte ducti cauſas cognoſcerent, intelligendum eſſe *in d. l. 15.* filiumfam. conſentiente & probante, aut magis, volente patre in ordinem iudicum fuiſſe allectum: quomodo tenetur pater, ſi eius voluntate filius decurio fuerit creatus *l. 3. §. vlt. D. de peculio.* A. Fab. in Rationalib. ea ſcribit ad *d. l. 15.* vt appareat hunc nodum ab eo non viſum, aut non intellectum fuiſſe.

TEXTVS.

Item exercitor nauis, aut cauponæ, aut ſtabuli, de dolo aut furto, quod in naui aut caupona, aut ſtabulo factum erit, quaſi ex maleficio teneri videtur: ſi modo ipſius nullum eſt maleficium, ſed alicuius eorum, quorum opera nauem aut cauponam, aut ſtabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu aduerſus eum hæc actio ſit conſtituta, & aliquatenus culpæ reus eſt, quod opera hominum malorum vteretur, ideo quaſi ex maleficio videtur teneri. In his autem caſibus competit actio in factum, quæ datur hæredi quidem, aduerſus hæredem autem non competit.

COMMENTARIVS.

IN quartam ſpeciem quaſi maleficii incidunt, caupones & exercitores nauis, ſi aliquid damni datum fuerit, aut ſubreptum vectoribus & hoſpitibus, qui apud eos diuerterunt, aut in naue eorum vehuntur: quoniam cum v. c. aperto hoſpitio omnes ſe recepturos profiteantur, hoc ipſo quandam ſecuritatem ipſis polliceri videntur, ab iis vtiq; quorum opera vtuntur, & quorum factum præſtare tenentur: eſt enim aut præſumitur in caupone ipſo culpa & negligentia in hoc, quod malorum hominum operam conduxit: in quo eſt cauſa & eſſentia huius quaſi maleficii, vt docet hic *§. verſ. cum enim.* Horum enim cauſa tenetur, quorum opera expreſſe vtitur in exercenda caupona. Et proinde ſi ſeruus alias furtum fecerit, nō vltra quam noxali actione conueniri poteſt caupo *l. vlt. § 4. naut. caup. ſtab. l. vn. § pen. furt. adu. naut.* multo minus tenetur ex facto aliorum hoſpitum aut vectorum *l. 1. §. fin. d. tit.* niſi nominatim res ſaluas fore receperit, de quo caſu accipienda eſt *l. 1. §. vlt. cum l. ſeq. naut. caup. ſtab.* quo etiam pertinet *l. 3. in pr. eod. tit.* & ob hoc in plus & ſtrictius exercitorem, verbi cauſa obligari, inde apparet, quod eo caſu iuxta *d. l. 3.* tenetur exercitor, ſi res etiam extra nauem perierit, & quas videlicet cum recepiſſet opera mercenariorum ſuorum ad nauem deferri curauit: regulariter autem ex hoc quaſi maleficio non tenetur, niſi in naue damnum datum aut furtum factum ſit per eos quorum opera vtitur *l. vlt. in pr. naut. caup.* Et ſicut receptio ſpecialis facit, vt plenius & fortius obligentur nautæ & caupones, ita contra prædictio ſpecialis eorum, ſi in ea adquieſcant hoſpites & vectores, facit vt ne teneantur *l. vlt. in fin. princ. d. t.* quia tum ſuæ plane curæ ipſi rem recipere videntur. Sunt adeo hic duo extrema & medium. Medium eſt ſi ſimpliciter res inferri caupo paſſus ſit, & tenetur quaſi ex maleficio iure ordinario, ſi per eos quorum opera vtitur damnum datum, aut furtum factum ſit. Duo extrema ſunt, ſi ſpecialiter receperit rerum cuſtodiam: & contra ſi ſe nolle teneri prædixerit: in quibus conuentio quædam verſatur, derogans iuri communi. Quod *in fin. huius §.* traditur, commune eſt ad totum tit. 1. Quod hæc quaſi delicta & pene extraordinaria, vindicentur actionibus ſubſidiariis in factum. 2. Quod hæ actiones, dentur quidem hæredibus damnum paſſi, ſed non in hæredes cauponis: (niſi quantum forte ad eos peruenit) quod commune omnibus actionibus ex delicto eſſe probauimus *ad §. vlt. ſupra de furtis.*

Quod *in pr. §.* dicitur *de dolo aut furto.* pro eo malim legere *de damno aut furto.* Doli enim

appellatio etiam ad furtum pertinet: & tenetur caupo, ſi quid ſubreptum aut corruptum fuerit: & ita *in l. 5. §. vlt. de oblig. & act. & in l. nauta 5. §. 1. naut. caup. ſtab.* quam lectionem Cuiacius, Contius, Ruſſardus & Hottom. probant.

AD TITVLVM VI.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE ACTIONIBVS.

TEXTVS.

Supereſt vt de Actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud eſt quam ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur.

COMMENTARIVS.

1 *De obiecto iuris Actionibus.*

NObiliſſimus hic titulus eſt, in quo tamen explicando erimus breuiores, quod pleraq; executi ſumus in Tract. noſtro de Actionibus, ex quo ſingula huc deſcribere non libet nec licet. Supereſt, ait Iuſtin. vt de Actionibus loquamur, reſpiciens haud dubie ad diſtinctioné obiecti *ſup. §. vlt. de iure nat.* & quod poſt abſolutum Tractatum de Rebus & perſonis, ſuperſint explicandæ Actiones. Diximus porro ſupra *ad tit. de oblig at.* quod obligationes ea conſideratione ſub ſecundum obiectum referantur, quatenus creditor obligationem ſibi adquirit: & videri poſſit eodem modo actiones poſſe ſub idem obiectum referri: cum Iuſtinianus actionem hic definiat IVS perſequendi: nam quatenus, vt ius conſideratur, non minus vt obligatio inter res adquiſitas videatur referri poſſe. Quod ſi obligatio pars eſt ſecundi obiecti, quatenus eſt ius ad rem, vt alii diſputant, adhuc magis actio eo referri poterit: quæ adhuc propius ius eſt quo rem conſequamur. Plane cum obligatio ſit cauſa actionis, non inepte fortaſſis ſub idem obiectum, vtraque referretur: & actio nimirum perſonalis ad obligationes: realis autem ad iura in re, ſed placuit, vt opinor diſtinguere remedia, quibus perſequimur & aſſerimus ea quæ noſtra ſunt aut nobis debentur, ab ipſis his ſuper quibus controuerſiæ ſunt. Perſonæ ſunt nimirum quibus adminiſtranda eſt iuſtitia: res ſunt, ſuper quibus adminiſtratur, actiones denique ſunt remedia, per quæ adminiſtratur. Qua ratione diſtinguendi admiſſa, vix eſt, vt obligationes recte debeant, aut poſſint referri ad res, ſed erunt ad actiones potius referendæ: neque enim per actiones perſequimur obligationes, ſed res in obligationem deductas. Et cum ſint aliæ actiones reales, quarum dominium cauſa eſt, hoc modo dominium etiam ad actionum tractatum fuerit referendum, & proinde modi quoque dominii adquirendi. Sed enim magis eſt, vt illa diſtinguendi ratio aliena ſit à mente Iuriſconſultorum, & fortaſſis an & à ratione. Neque enim Iuriſconſulti conſiderant aut tractant de rebus ipſis quę ſunt, veluti, fundo, ædibus, &c. Sed quatenus ſuper ipſis iuſtitia adminiſtratur, & quatenus in illis aut ad illas ius aliquod habemus: quæ duo conſiſtunt in dominio vel quo alio iure in re, & in obligatione: quæ duo quidam capita & membra vniuerſi iuris conſtituunt: Sed vtique perſonarum tractatio ſeparata eſt: & quia Iuſtiniano & Iuriſconſultis placuit, diuerſa membra facere cauſam & effectum: Dominia nimirum, obligationes, & actiones, poſſumus eorum iudicium & debemus etiam ſequi. Sed iam rem ipſam videamus.

Actio eſt ius.] Ex *l. nihil aliud 51. h. t.* obiicit Hottom. quod actio non ſit Ius, ſed formula, & reſpondet ita definitam, vt ſecundũ ea tempora comprehenderet etiam extraordinarias perſe-

perſecutiones. Perinepte & craſſe, v.c. qui cõtrahit, ſtatim actionem adquiret, id eſt, ius agendi, vt hic definitur, qui dominium habet, ius agendi in rem habet, quandocunq; amiſerit poſſeſſionẽ: & quis ſanæ mentis dicat, eos ita adquiſiuiſſe formulam. Enimuero licet actionem in exercitio & deductam in iudicium conſideres, ea tamen proprie loquendo formula non eſt, quemadmodum nec emancipatio, aut quæuis mancipatio manumiſſio, aditio hæreditatis, formulæ erant, ſed erant actus, qui per certas formulas expediebantur: quæ ſunt diuerſa.

Ius perſequendi.] Cum multa ſint iura & verbum quoque iuris pro poteſtate & facultate, vt in hac definitione ſumtũ, multas, imo plurimas habeat ſpecies, ideo genus iſtud IVS, per differentias fuit reſtringendum, quarum prima eſt, in hoc verbo, *perſequendi*, quod ſignificat ius aliquod petendi, & ita petendi, vt aliquid conſequatur ex iſta petitione, quam vim habet verbum *Perſequi*, ſcil. vt aliquid aſſequamur. Et ſumitur illud verbum generalius, ceteroquin in ſpecie olim extraordinariæ actiones perſecutiones dicebantur, *l. pecunia 178 de V.S.* ſed mutata hodie forma procedendi iſtæ proprie actiones ſunt. Quærit Hottom. quid differat actio à bonorum poſſeſſione, quæ & ipſa ius perſequendi dicitur, *l. 3. §. 2. de bon. poſſ.* Inſubtilis quæſtio, nec magis ſubtilior reſpõſio, in hoc differre, quod in bonorum poſſeſſione ſimul ſint iura, vt loquuntur ad paſſiua, & bonorum poſſeſſor & ipſe viciſſim obligatus ſit. Neq; enim qua hoc in ſe habet bonorum poſſeſſio, dicitur ius perſequendi. Et nimirum bonorum poſſeſſio abuſiue ita definitur, ſed ea eſt vniuerſitas quædam bonorum, quam qui apud prætorem agnouit, ex hoc conſequitur ius perſequendi omnia quæ defuncti fuerunt, & ita quoq; omnes actiones defuncti ad eum pertinere incipiunt.

In iudicio.] In iure noſtro ad ea tempora, quo iudices pedanei dabantur, inter ſe opponuntur, *In iure, & in iudicio.* In iure proprie dicebantur fieri, quæ apud prætorem fiebant, ante quam ad iudicem pedaneum ibatur: vel etiam quæ tota apud prætorem expediebantur: veluti extraordinariæ perſecutiones, & quæ erant cognitionis prætoriæ: itemque implorationes officii prætoris, verbi cauſa, pro præſtanda cautione damni infecti, &c. quæ & ipſa actionis verbo in genere ſumto comprehendebantur *l. actionis 37. de obligat. & act on.* Mutato veteri proceſſu poſtquam ipſi magiſtratus iudicant hæc differentia ſublata eſt: aut dicemus hodieque in iure fieri, quæ ante litem conteſtatam peraguntur, & quæ olim ipſe prætor expediebat, antequam formulam daret, at in iudicio, quæ poſt litem cont. coram eodem magiſtratu peraguntur. Et adeo hæc differentia oſtendit, non eſſe actionem, quamuis petitionem, ſed quæ apud magiſtratum, ex iuris & iuſtitiæ ratione & præcepto inſtituatur.

Quod ſibi debetur.] Tertia hæc differentia eſt, ab obiecto. Equidem actionis verbum in ſpecie ſignificat actionem perſonalem *l. actio 28. de oblig. & act.* & proprie magis ex obligatione quid deberi dicitur. Verum cum & tota ſeries tractationis, & ſubiecta ſtatim diuiſio oſtendat, etiam de actione in rem hic agi: oportet & verbum actionis, & hanc quoque differentiam ita accipi, vt & actioni in rem conueniat. Et verbo *deberi* in genere accepto, debet etiã mihi rem meam, qui eam poſſidet, nec reſtituit. Atque ita ſeruitus etiam conſtituta, quæ vindicatur actione in rem, dicitur nobis deberi *l. arbor 19. §. 2. comm. diuid.* & verba ſecundum ſubiectam materiam ſunt accipienda: quomodo & verbum *debuit* acceptum videtur *in l. pecuniæ 178. de verb. ſign.* quod enim ait, *omnem omnino actionem* facit vt minus commode iſte locus de actionibus tantum perſonalibus accipiatur: nec adeo neceſſe eſt, cum Hottom. adiicere verba *ſuumve eſt*, & ita gl. notat, eum qui tenetur actione in rem, largo modo dici debitorem, de quo plura *Iaſon hic. numero 98.* Significant autem verba hæc, *Quod ſibi debetur* non definiri actionem ita in genere, vt etiam perſecutionem criminalem, quæ in ſpecie accuſatio dici ſolet, & qua intelligitur

tur peti & exigi, quod Reip. debetur & eius intereſt, comprehendat. Etenim Iuſtinianus iſtam tractationem accommodat ad præcedentia, in quibus egit de dominio & obligatione, & quatenus priuato aliquid adquiritur: ex quibus naſcuntur actiones ciuiles, quæ hic definiuntur. Popularis tamen actio ſub hanc definitionem commode referri poteſt, & forte etiam debet: quippe cum vna & altera popularis actionis ſpecies tit. præced. propoſita ſit, & quædam etiam proponantur *in §. pœnalis* 12. *infra h. tit.* Et ad §. 1. *eo. tit.* diximus eam eſſe actionum popularium naturam, vt pœnam conſequatur ipſe actor. Et vtcunque actiones hæ nulli propriæ ſint, ſed quiuis eas mouere poſſit *l. 1. de popul. act.* attamen lite conteſtata fiunt propriæ eius qui præuertit *l. vt ſi* 12. *de verb. ſign.* & tum adeo recte ei deberi dicitur: & id tum vel maxime obtinet, vbi is agit, cuius intereſt, qui etiam in concurſu aliis præfertur *l. 3. §. 1. de popularib. act.* Et quod aliquando ex cauſa popularium actionum pœna fiſco applicatur, id ſingulare eſt, nec propterea tollit regulam. Illud apparet, quod hic intelligatur debitum ciuiliter, non naturaliter tantum ex quo non eſt actio: & notat *Iaſon hic n.* 106. Et ſpectatur hic ius actoris, cui aliquid debetur, vel qui ius habet agendi, vt maxime non habeat reus quod ſoluat. Idque eo amplius ſpectat & pertinet, vt licet quis intuitu litis conteſtatæ non potuerit iure conueniri, conſiſtat tamen actio & ſequitur condemnatio, ſi tempore ſententiæ res ſit in eo ſtatu, vt tum reus conueniri ab initio iure poſſit, de quo & de ſuperuenienti iure poſt litem cont. agemus ad *§. ſeq.*

TEXTVS.

1. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitroſve de quacunque re quæritur, ſumma diuiſio in duo genera deducitur: aut enim in rem ſunt, aut in perſonam. Namque agit vnuſquiſque aut cum eo qui obligatus eſt ei vel ex contractu, vel ex maleficio: quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit, aduerſarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibuſdam modis: aut agit cum eo, qui nullo iure ei obligatus eſt, mouet tamen alicui de aliqua re controuerſiam: quo caſu proditæ actiones in rem ſunt: veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quam affirmet Titius ſuam eſſe, poſſeſſor autem dominum eius ſe eſſe dicat: nam ſi Titius ſuam eſſe intendat, in rem actio eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Vnde ſumta ſit hæc diuiſio, & actionum in rem & perſonam diſtinctio qualis.*
2 *De actionibus mixtis.*
3 *De officio iudicis vel eius imploratione.*
4 *Arbitri qui dicantur.*
5 *An obligatio recte dicatur actionis mater.*
6 *De cauſis actionis in perſonam.*
7 *Quid ſit facere & dare.*
8 *Qui ſint illi alii quidam modi.*
9 Ad l. 1. in pr. de obl. & act.
10 *An actio in rem habeat nullam obligationem.*
11 *Variæ diſtinctiones dominii.*
12 *Quid ſi poſt lit. cont. ſuperueniat dominium.*
13 *Quid ſi reus tum dolo poſſidere deſiit.*
14 *Quid ſi ante dolo poſſidere deſiit.*
15 *Sententia hoc caſu lata non poteſt mandari executioni contra poſſeſſorem.*
16 Ad l. 11. §. 1. & l. 13. §. 1. de iureiur. & ad l. 7. §. 7. de publ. act.

DEfinitionem ſequitur diuiſio actionum principalis in rem & in perſonam. At cur non præmittitur illa quæ eſt *in §. ſed iſtæ inf. h. t.* quod aliæ ſint ciuiles aliæ prætoriæ: quæ enim

enim eſt ratio cauſæ, eadem eſt effectus: atquin ita primo diuiduntur obligationes *ſupr. de obligat.* quod aliæ ſint ex prætorio, aliæ ex ciuili iure. Recte Iaſon ait *n.* 25. nihil in hoc eſſe vtilitatis, & nihil referre, vtra diuiſio præmittatur. Et poterant ita primo diuidi obligationes, quod aliæ eſſent ex contractu, aliæ ex maleficio; & rectius forte ex cauſa proxima, & ex qua magis eſſentia obligationum cognita fuiſſet; quæ non cognoſcitur ex cauſa remota, quæ eſt, ius prætorium & ciuile.

1 Et ita † quoque ab hac diuiſione actionum in rem, & in perſonam cognoſcimus, quę ſit natura actionum, à cauſa nimirum efficiente. Licet enim ſi verba ſpectemus, in rem & in perſonam, videatur diuiſio deſumpta ab obiecto, attamen dependet hoc à cauſa efficiente quod actiones in rem, aut in perſonã ſunt, & dicuntur, vt apparet ex *l. actionum* 25. *D. h. t.* Cauſa enim efficiens actionum in rem, eſt ius in re, actionum in perſonam cauſa eſt, obligatio: quæ ratio diſtinguendi *hoc ipſo* §. ſubiicitur. Hinc enim fit, vt actio quidem in rem detur contra quemcumque poſſeſſorem: ſed in perſonam detur in eum, qui obligatus eſt, & adeo ſemper in eundem *d. l.* 25. Quandoquidem ius in re non manet ſemper in eodem, ſed in alium transferri omnimodo totum poteſt, veluti eſt dominium: Sed obligatio à perſona eius, cui eſt adquiſita ſemel, auelli & ſeparari & in alium transferri non poteſt. Atquin dixerit quis hinc effici, non vt per actionem realem conueniri quiuis poſſeſſor, per perſonalem vnus tantum poſſit conueniri; ſed hoc, vt actio in rem cuicunque, qui dominium habet, vel ius in re, ſed in perſonam vni tantum competere poſſit. Sed iuuanda & explicanda ratio eſt, quod obligatio implicat relationem, & proponit & præſupponit obligatum, & cui obligatio adquiſita eſt; nec magis obligatio ab illo quam ab hoc poteſt ſeparari; imo effectu ab illo minus; nam inuito debitori nullus ſubſtitui poteſt debitor, ſed poteſt effectu alius ſubſtitui creditor, inuito etiam debitore: nimirum non ita vt alij adquiratur illa obligatio, quæ perpetuo hæret in creditore, & conſequenter etiam actio: ſed vt alius, vel ex mandato creditoris, vel etiam citra mandatum vtilibus actionibus experiatur, non tamen citra voluntatem & factum aliquod præcedens creditoris, quod vtilibus actionibus præbet cauſam. Et ita nimirum ius eſt, vt per procuratorem quiſque inſtituere poſſit actionem ciuilem, ſed vt hic experiatur nomine creditoris, actionibus in ipſius creditoris perſona manentibus. Tum etiam hoc receptum eſt, vt creditor nomen & actionem vendere, donare, legare, & alijs modis poſſit transferre; non hoc effectu, vt actio, vel obligatio transferatur ad eum modum quo aliæ res venditæ corporales, ſed hoc effectu, vt ex contractu poſſit conueniri venditor, vt cedat actiones, quo facto emptor cõſtituitur procurator in rem ſuam, quia in ſuam vtilitatem agit, cum precium pro actione dederit, ſed & ſic manent directæ actiones apud venditorem, quas nomine eius, ſed in commodum ſuum exercet emptor. Quoniã autem fieri poterat, vt non cederentur actiones; ideo Impp. ex æquitate emptori actionem vtilem conceſſerunt *l. ſi cum* 16. *in princ. de pact.* quod obiter & ſummatim adiicere viſum fuit, quia plenius explicaui in *Tract. de action. diſput.* 4. Contrario modo res ſe habet in actionibus in rem. Et ſicut ius in re vna cum ipſa re plane poteſt à perſona in perſonam transferri, totum & directum: Ita ex altera parte quoque res quam ea actione perſequimur, in alium transferri, & per mille quoque manus, vt loquuntur Dd. ambulare poteſt. Itaque formula actionum in rem abſoluta eſt, Aio hanc rem meam eſſe: ſed perſonalium eſt relata: Aio TE mihi dare oportere, poſſit tamen ſi omnino à cauſa efficiente diſtinctionem ſumere velimus, etiam ſecundum verba, ita diſtingui actio; quod alia detur ex iure in rem, alia ex iure perſonali. Et forte ſi accuratius loqui volumus, fatendum omnino eſt, diuiſionem noſtri §. eſſe ab obiecto, ſed vt ratio ita diuidendi à cauſa efficiente ſumta dicatur. Eſt autem iſta oppoſitio membrorum commode accipienda: non quod hic per-

Digitized by Google

perſona, illic res conueniatur: (quamuis ita in caſibus ſingularibus loquantur, & aliquantum impropriè Iuriſconſulti in *l. Impp. 7. de public. l. denique 19. de iure fiſci*) ſed quod hinc perſona conueniatur propter rem, illic perſona non propter rem, ſed quoniam obligata eſt, vt tamē hoc reſpectiuè accipiatur; nam in obligationem deducuntur res, & quiſq; etiam ex obligatione agit, vt rem conſequatur, ſed actione in rem propter hoc ſolū quis tenetur, quod rem tenet, itaque etiam ſi rem defendere nolit, euitat actionem *l. vltim. de rei vindic.* ſed actione in perſonam quis tenetur, quod v. c. promiſit ſe quid daturum facturūue, & ſine conſideratione an rem teneat, necne, ob hoc ſolum quod promiſit, conuenitur.
2 Sed porro hic obiicitur, nō † duas, ſed tres eſſe ſpecies actionum, cum ſint quædam mixtæ in rem & perſonam ſimul, §. *quædam 20. inf. h. t.* quas verè tales & mixtas eſſe ꝓbauimus *Tract. de Act. diſp. 2.* Itaque reſpondere non poſſumus quod alij, & nimirum *Ioh. Fab. Nic. de Neapol. & Iaſon num. 27. hic*, eſſe reuera eas perſonales, licet ſecundum quid & minus principaliter in rem quoq; eſſe dicātur. Doctores poſt gl. ſimpliciter reſpondent, quod ſub ſimplicibus cōtineatur etiam mixtum; ſicut & conditiones & obligationes diſtinguuntur, ꝗ ſint vel in dando, vel in faciendo: & tamen eſt quædam mixta, vt docet ICtus in *l. cum ſeruus 82. de condit. & demonſtrat.* Et propter ſingulares quoq; ſpecies aliquas non protinus tertium membrum conſtituendum eſt; ſed & non poteſt dici tertium membrum omnino facere, & à duob. illis diuerſum eſſe, quod participat de vtroque; cum præſertim mixtæ actiones quas dicimus, quaſi duplices ſint actiones, in quibus & obligatio & dominium concurrit. Et ſi quis velit nimium vrgere, diſtinguā primo actionem in puram & mixtam, & tum puram, quæ vel ſolum realis, vel ſolum perſonalis ſit. Sed non ſunt iſta tanti.

Videamus porro verba textus, & inde in ſpecie de actione in rem aliqua tractemus. Ait Iuſtin.

Omnium actionum.] Actiones intelligit, quas definiuit; ſub quibus dubio procul etiam extraordinariæ perſecutiones continebuntur, quæ olim cognitiones prætoriæ erāt, hodie veræ, & propriæ ſunt actiones. At quid de officio iudicis, id eſt, imploratione officij iudicis: ita enim, (ne quis eos alius tam ineptos putet) Doctores intelligunt, dum quærunt, an officium † iudicis ſit actio, vt in- 3
primis explicat hoc *Iaſon ad princip. h. t. num. 54.* Et intelligitur imploratio officij nobilis, vt dicunt; nam de eo officio quod ſubſeruit actioni nulla quæſtio eſt. Animaduerto à Dd. officium iudicis ſiue implorationem officij valde confuſe & ambigue ſumi, & aliquando etiam officium mercenarium comprehēdere, aliquando etiam perſecutiones extraordinarias; aliquādo etiam, quæ à mero & puro arbitrio iudicis dependent. Velut vt probent, non naſci hanc implorationem ex obligatione, adducunt *l. per collationem 49. §. 1 de action. empt. Iaſ. n. 60 ad pr.* quæ perſpicue loquitur de officio mercenario, ex quo adiudicantur vſuræ ex mora; ex quo ſimul apparet, fallaciam committi in verbo obligationis; vſuræ enim illæ non debentur quidem ex cōuentione; ſed tamen reuera ita diſponente iure, debentur; quomodo paſſim Leges loquuntur; itaque etiam Iaſ. citato loco concedit, eſſe ex obligatione & in obligatione, latius ſumpta. Porro *Iaſon ad hunc §. 1. numer. 54. & 55.* vt probet officio iudicis accedere fideiuſſorem, hoc argumento vtitur, quod debito ex cauſſa fideicommiſſi potuerit accedere fideiuſſor; & nominatim ſcribit, quod non iure actionis, ſed tantum officio iudicis petita fuerint fideicommiſſa, per *l. pecuniæ 178. de Verb. Signif.* Vbi partim verum, partim falſum dicit, & ignorantia iuris veteris oſtendit; ordinariis actionibus in ſpecie ſumptis fideicommiſſa olim non petebātur, quia non cognoſcebat ſuper iis pedaneus iudex ex formula; ſed prætoriæ erant cognitionis, & vt ſæpe diximus, dicebantur extraordinariæ perſecutiones: Ceteroquin ab actionibus, ꝓprie & in ſpecie dictis eſſentia diuerſa non fuerunt; quippe cum prætor ſuper

ſuper fideicommiſſis ex cauſa iuſta (ſcilicet poſt Auguſtum, vt ſup. *lib.2. ad tit.d. fideicomm. hæred.* diximus) deſcendentibus, non minus quam ſuper legatis neceſſe haberet ius dicere; quæ & earum cognitionum fere ratio fuit, de quibus *lib.50.Dd.* proprio tit. tractatur. Itaque ambigue quin potius male ad ſimplicem officij iudicis implorationem referũtur. Denique ex Interpretibus refert ad *pr. huius tit. n.65.* Iaſon, quod officium iudicis misericorditer implorari debeat; quo nihil falſius dici poteſt, ſi hoc ad fideicommiſſorum & alias perſecutiones extraordinarias trãsferre quis velit, imo etiam ad alia, de quibus in *l. actionis 37. h. t.* nec verum eſſe poteſt niſi in ijs, ſuper quibus nihil Lege, aut aliquo edicto cautum eſt, aut quæ forte in proceſſu ex cauſa incidenter petuntur. Apparet igitur omnino de officio iudicis tam diuerſa, vitioſe proponi & affirmari. Itaque tironum cauſa ne quis hic decipiatur, iſta explicanda ſunt. Et quod ad officium attinet, quod mercenarium vocant, & quod ſubſeruit actioni, & per pedaneum iudicem exercebatur (officium ſcilicet in ſpecie dictum: Ceteroquin quidquid facit iudex etiam iuxta formulam & obligationem, ex officio ſuo facere dicitur) quæ ad illud ſpectant, ſunt tantum acceſſiones, veluti vſuræ ex mora, impenſæ litis, aut etiam impenſæ aliæ in rem in rei vindicatione *l. ſumptus 48. de rei vind.* itaque vna cum ipſa principali actione, aut pendente adhuc iudicio in bonę fidei & arbitrarijs actionibus petenda ſunt quibus alias per ſententiam finitis, nulli ſuper iis petitioni locus eſt, vt docet *d. l. per colluſionem 49. § 1. de act. empt.* Quod officium nobile attinet, rurſus ſecernenda ſunt, quæ in mero arbitrio prætoris poſita ſunt, (de quibus verum eſſe poteſt, quod quaſi miſericorditer imploranda ſint) & quæ talia non ſunt, ſed ſuper quibus prætor propoſuit edictum, velut, vt præſtetur cautio legatorum, aut damni infecti; quæ licet reuera & loquendo proprio obligationem aliquam præcedentem non habeant, tamen quoniam prætor ſemel in genere ſe ius de iis redditurum propoſuit, etiam illud ſuper ijs reddere neceſſum habet, quo pertinet *d. l. actionis 37. h. t.* Vitioſe autem huc referuntur, quæ olim perſecutiones extraordinariæ appellabantur, & quæ hodie à ceteris actionibus non differunt, & habent præexiſtentem aliquam obligationem, veluti petitiones fideicommiſſorum, &c. Hęc ad iſtam rem ſufficiant.

Quibus inter aliquos.] Suntne igitur actiones, quæ apud iudices arbitroſue non diſceptantur? Nullæ penitus; quod Doct. omnes agnoſcunt; & reſpondent, vt poſt eos refert *Iaſon hic numer. 24.* quod quando relatiuum quis, vel qui, adiiciatur qualitati, quæ competit vnicuique contento ſub genere antecedenti, tunc relatiuum ſtat declaratiue & non reſtrictiue. Sed nimis putidum eſt, in his laborare; quaſi ita accuratiſſime ſemper Iuriſconſulti locuti fuiſſent: ſatis eſt conſtare de re ipſa, quod actiones apud alios quam iudices, aut magiſtratus inſtitui non poſſint.

Iudices arbitroſue.] Iudices, qui ſint, alibi docetur; in ſpecie ſolet vſurpari iure noſtro hoc verbum de iudicibus pedaneis & datis; ſed generalius etiam continet magiſtratus, qui de cauſis cognoſcunt, & in ſumma nemo poteſt cognoſcere de cauſſa, & ſententiam ferre, niſi ſub qualitate iudicis, & vt iudex; adeo poterat ſufficere dixiſſe, *apud iudices*, ſed adiicere viſum fuit, quoniam ſunt iudices, qui in ſpecie appellantur arbitri. Nihil autem huc pertinent hi, quos Dd. vocant † arbitratores, qui tamquam amici & 4
quaſi tranſigendi gratia interueniunt, nihil etiam, qui iudice recuſato tantum de cauſis ſuſpicionis cognoſcũt iuxta ius Canonicum. ſed pertinent huc arbitri, qui iure ciuili ſuſpecto iudice eliguntur, quoniam hi non de cauſis ſuſpicionis, ſed ipſo negotio principali cognoſcunt, iuxta *l. apertiſſime 16. & l. vltim. C. de iudic.* adeoque miror a *Iaſone hic nu 9.* ſcribi, quod de his arbitris textus hic non loquatur; vtrique ad eos quoq; recte applicatur. Pertinent huc etiam arbitri, qui electi à partibus com-

liæ actione tenetur §. *Imperitia 7. ſup. ad L. Aquil.* Duplicem rationem differentiæ frequentius Interpp. afferre ſolent. Alteram, quod medicus profiteatur peritiam curandi non etiam iudex, qui & vt plurimum adſeſſores habere ſolet. Alteram, quod medicus præſtet operam voluntariam, ſed iudex vt plurimum neceſſariam, ex officio ſibi publice impoſito. Sed vtraque hæc differentiæ ratio, hoc vnico argumento conuellitur, quod per eam efficeretur, aduocatum, qui & peritiam profitetur, & operam ſuam fere clientibus offerre ſolet, imo hoc ipſo quod ſe pro aduocato gerit, offerre intelligitur, male aduocando, & conſulẽdo per imperitiam, committere verum delictum, quod quamuis Pet. de Bellapert. hic adfirmare auſit, falſum tamen habendum eſt, hoc argumento: quod aduocatus neque corpore nec in corpus damnum dat, vt adeo in Legem Aquiliam peccare dici non poſſit, & nec vtili quidem, ſed ad ſummum actione in factum ſubſidiaria teneri, per §. *vlt. ſup. ad L. Aquil.* Et imperitia tantum in artifice facit delictum, & extra Legem Aquiliam per imperitiam nullum committitur delictum. Supereſt igitur illa ratio differentiæ, quam Azo dedit, & quam licet improbatam fere à cæteris, ego puto eſſe veram: quod ſcilicet ſecare ſit delictum & male curare ęgrotum, iudicare autem non ſit delictum. Quod ex iam dictis explicandum, quod ſecare & male curare, ſit damnum dare in corpus, iudicando autem damnum in corpus non datur: & proinde nec iudex nec aduocatus ex vero delicto teneri poſſunt. Sed hæc forte nimis multa ad hunc locum.

TEXTVS.

1. Item is, ex cuius cœnaculo, vel proprio ipſius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, deiectum effuſumve aliquid eſt, ita vt alicui noceret, quaſi ex maleficio intelligitur obligatus. Ideo autem non intelligitur proprie ex maleficio obligatus: quia plerunque ob alterius culpam tenetur, aut ſerui aut liberi. Cui is ſimilis eſt, qui ea parte, qua vulgo iter fieri ſolet, poſitum aut ſuſpenſum id habet, quod ſi ceciderit, alicui poteſt nocere, quo caſu pœna eſt conſtituta decem aureorum. De eo vero quod deiectum effuſumve eſt, dupli, quantum damni datum ſit, eſt actio conſtituta, ob hominem vero liberum occiſum conſtituitur pœna quinquaginta aureorum. Si vero viuat, nocitumque ei eſſe dicatur, quantum ob eam rem æquum videtur iudici, actio datur. Iudex enim computare debet mercedes medicis præſtitas, cæteraque impendia, quæ facta ſunt in curatione: præterea operas quibus caruit, aut cariturus eſt, ob id quod inutilis eſt factus.

COMMENTARIVS.

HÆc eſt altera ſpecies quaſi maleficii, ſi quid ex ædibus alicuius vel propriis vel etiam conductis, deiectum effuſumve, & ita damnum datum fuerit *l. ſi quis 5. §. is quoque 5. de obligat. & action. l. 1. in pr. de his qui effud. &c.* Et ideo dicitur hic quaſi ex maleficio obligatus, quoniam non quæritur, an ipſe habitator, an alius qui in ædibus eſt, effuderit, ſed ſufficit, quid deiectum aut effuſum eſſe ex ipſius ædibus, h. §. vbi Iuſtin. ait, plerunque habitatorem teneri ob culpam alterius, & proinde non ex vero, ſed quaſi maleficio teneri. Quæ tamen ratio non eſt ſatis accurata: quoniam ſi conſideretur ſola alterius culpa, iniquum fuerit, alium teneri: itaque aliquam & habitatoris culpam ſaltem præſumptam concurrere neceſſe eſt & interuenire: Et ita eſt, vt inhabitans teneatur ex quaſi maleficio ob præſumptam negligentiam: quia eius eſt vitare, ne quem in ædes temere recipiat, cuius

adeo

Digitized by Google

adeo factum præſtare debet, quin ſimul & hoc, ne quid à domeſticis, ſeruis aut liberis, eo loci qua vulgo iter fit, cum damno prætereuntium deiiciatur aut effundatur, quæ ratio pręcipue, vt hoc edictum proponeret, mouit prætorem: quoniam publice vtile eſt, ſine metu & periculo per itinera commeari, vt tradit Vlpianus *in d. l. 1. §. 1. de his qui effuderint*. Datur autem damnum, aut ſeruis aliisve rebus, quæ ſunt in noſtro patrimonio, & eſt actio in duplum priuata *h. §. verſ. de eo d. l. 1. in pr.* aut homini libero, ita vt hic aut vulneratus fuerit, vel occiſus. Illo caſu iterum eſt actio priuata competens ſoli vulnerato, & fit æſtimatio impenſarum & operarum, & omnino quanti iudici æquum videtur, tanti condemnatur reus, iuxta hunc §. *in fi. & l. vlt. de his qui deiec.* Hoc caſu eſt actio pœnalis in quinquaginta aureos *h. §. verſ. ob hominem l. 1. in pr. d. t.* & quia nulla eſt corporis liberi æſtimatio, nec adeo hæredes priuatim agere poſſunt, iure ſpeciali, actio eſt pœnalis popularis *l. ſi vero. 5. §. hoc autem 5. d. t.* ita vt quiuis ex populo eam pœnam perſequi poſſit, & quidem hoc effectu, vt ſibi applicetur & adiudicetur, vt recte Ioh. Fab. hic: hæc enim eſt regularis & ordinaria popularium actionum natura per *l. v. ſi 12. de v. ſign. l. 3. in pr. de ſepulc. viol. l. vlt. de litigioſ.* à qua non recedimus niſi in caſibus nominatim exceptis, quibus cautum eſt, vt pœnæ vel pars, vel ea tota fiſco applicetur, vt *in l. 25. ad Silan. l. vlt. in pr. de term. mot.* de quo alibi.

Tertia ſpecies quaſi maleficii, hoc eodem §. traditur, & ea magis ſingularis, quia res imperfecta & necdum damnum datum eſt, quoniam prætor omnino itineribus publicis proſpectum voluit: Qua de cauſa quaſi ex maleficio tenetur, qui aliquid poſitum habet vel ſuſpenſum, quod ſi decidat tranſeuntibus damnum daret. *h. §. verſ. cui ſimilis l. 1. & l. 5. §. ſupra de his qui effuder.* Et cum necdum nocitum alicui priuato ſit, ſequitur neceſſario, quod actio pœnalis in decem aureos, de qua dd. textibus, ſit popularis.

TEXTVS.

2. Si filiusfamilias ſeorſum à patre habitauerit, & quid ex cœnaculo eius effuſum deiectumve fuerit, ſiue quid poſitum ſuſpenſumve habuerit, cuius caſus periculoſus eſt; Iuliano placuit nullam in patrem eſſe actionem, ſed cum ipſo filio agēdum eſſe. Quod & in filiofamil. iudice obſeruandum eſt, qui litem ſuam fecerit.

COMMENTARIVS.

1 *An ſi filiusfam. litem ſuam fecerit, pater teneatur ad* l. 15. in pr. de iudic.

EX contractibus filii patrem de peculio teneri conſtat de *quo inf. tit. 7.* ſed ex pœnalibus cauſis & delictis patrem non teneri, nec de peculio quidem, itidem pro regula traditum eſt *l. ex pœnalib. 58. de R. I.* Etenim cum illius hæc ratio ſit, quod pater peculium cōcedendo, & ius contrahendi permiſiſſe cenſeatur *l. 1. § 5. de adq. poſſ.* vtique ea conceſſione peculii, nunquam cenſetur permiſiſſe delictum, aut ius delinquendi, eoque ob delicta filii peculium obnoxium non ſit. Idque etiam in quaſi delictis obtinere docet *hic* §. duplici exemplo 1. ſi ex habitatione quam ſeorſim à patre incolit filius, aliquid deiectum fuerit vel effuſum: pater enim nulla actione ex hac cauſa poteſt conueniri *h. §. & l. is quoque 5. de oblig. & act.* quod ſi enim habitauerit cum patre ipſe pater ob deiecta & effuſa tenetur quaſi ex maleficio, vt eſt *in pr. §. præced.* quod & in ſeruo obtinet, ſi hic habitat ſeorſim, vt dominus ex hac cauſa de peculio non teneatur, ſed ſeruus extra ordinem coerceatur *l. 1. §. cum ſeruus de his qui effuder. vel deiec.* adeoque & in terminis *h. §.* agendum eſt cum ipſo filio non autē cum patre *h. §. & §. vlt. in fi. infr. de noxalib. action. d. l. 5. §. 5. de his qui effud. vel deiec.* Alterum exemplum eſt, ſi filiusfamilias litem ſuam fecerit male iudicando: vt pater nec hic teneatur *h. §. in fin.*

Digitized by Google

in fin. & l. ſi quis 5. §. quoque in fin. de oblig. & act. Sed valde obſtat *l. filiusfamilias 15. in princip. de iudic.* vbi Vlp. ſcribit ſi filiusfam. iudex litem ſuam fecerit, teneri in eam quantitatem, quæ eſt in peculio, cum ſententiam dicebat. Quod Accurſ. tentat. Patrem teneri de peculio, diſerte pugnat cum textu noſtro *& d. l. 5. de oblig. & act.* cum præſertim in actione de peculio non ſpectetur quantitas peculii, quæ fuit eo tempore quo obligatus fuit filius, ſed quo ex ipſa actione de peculio res iudicatur *l. quæſitum 30. in pr. de pecul.* Quod porro ita explicat *d. l. 15. de iudic.* Quod non pater ſed ipſe filius teneatur, ideo minus probari poſſe videtur, quod vbi actio ex delicto contra filium datur, peculium in eam actionem non venit, cuius adeo quantitas fruſtra hic conſideretur: & alias manifeſta fraus fieret iuri, quod ex delicto patrem de peculio teneri negat, ſatis autem teneretur, re ipſa, ſi actione mota contra filium, in condemnationem & in executionem porro peculium veniret. Enimuero cum dicimus, eum qui cum filio contrahit, habere duos debitores, filium in ſolidum, & patrem de peculio *l. 44. de pecul.* ſatis oſtendit ea oppoſitio, in actionem quæ contra filium datur peculium non venire: quod alias inſuper iniuria manifeſta inferretur patri, qui ita amitteret priuilegia, quæ habet vbi actione de peculio conuenitur, de quibus tit. 7. ſed & amplius contra filium ex contractibus & delictis eius in ſolidum agitur *d. l. 44. & l. 39. de obl. & act.* adeoque inepte & falſo hic diceretur ſpectari quantitas peculii. Idque erit apertum magis ſi ponas filiumfamilias dolo malo iudicaſſe, & ita ex vero delicto obligari, quod quidem ſuadet coniunctio *d. l. 15. in pr. cum* §. 1. vbi hic caſus proponitur. Nec rectius illi quorum meminit *Gothof. ad d. l. 15. & Cuiac. 13. obſ. 18.* qui in *d. l. 15. in pr.* pro *filiusfamilias* legunt, *filiifamilias*, quaſi ibi filiusfamil. in iudicio reus fuerit, & condemnatus à iudice per dolum, qui iudex in tantam ſummam teneri debeat, quanti tum fuit in peculio filii. Etenim præterquam quod omnia exemplaria conſtanter tuentur lectionem illam, *filiusfamilias*, inepte & abſurde reſpondeatur de quantitate peculii inſpicienda, cum filiusfam. ſuo nomine in ſolidum conueniatur. Cuiacius 13. *obſ.* 18. poſt Azonem ita explicat *d. l. 15. de iudic.* quod ibi filiusfam. non dolo, ſed per imprudẽtiam male iudicauerit, & teneatur in tantam ſummam, quanta fuit in peculio tum temporis, ita vt tamen non de peculio, ſed aliunde ſatisfaciat. Quæ mihi explicatio valde inſubtilis videtur: Et cur enim mentionem faciat peculii Iuriſconſultus, ſi de illo non ſit ſatisfaciendum: & quid adeo & cur ſpectetur ea quantitas peculii: quæ præſertim tum fuit, cum ſententiam diceret filius, & cur non potius ſpectetur ea quæ fuit cum condemnaretur, quod omnino dicendũ fuerat, ſi peculii tamquam patrimonii cuiuſdã filii ratio hic habetur. Supereſt adhuc alia interpretatio, quam etiam ſubinnuit Accurſius, vt ibi ſententia intelligatur dicta, non contra filiumf. qui litigauit: non etiã ſententia dicta à filio, qui male iudicauit: ſed ſententia dicta à iudice, qui filiumfam. ex cauſa quaſi delicti, eo quod litem ſuam feciſſet, cõdemnauit: vt videl. ſi ex ea ſententia contra filiũ lata, ex cauſa iudicati conueniatur pater, de peculio, tanti condemnetur, quanti tempore ſententiæ ab illo iudice cõtra filium dictæ, in peculio fuit. Etenim ita ius eſt, vt licet directo ex delictis filiifam. contra patrẽ actio de peculio non detur, tamen detur oblique, & in effectu, dum nimirum non quidem ipſa actio delicti, ſed actio iudicati ex ſententia, quæ in filium ex cauſa delicti conuentum, lata eſt: quoniam per litis conteſtationem quaſi contrahi, & nouatio quædã fieri, adeoq; iam pater non ex delicto, ſed quaſi ex noua obligatione cõueniri videtur, vt expreſſum eſt *in l. 3. §. idem 11. de pecul.* Sed ſane iſtam explicationem verba *d. l. 15.* niſi plane contorqueantur, vix ferunt, & iſtud quoq; obſtat, quod ſupra diximus, ex *l. quæſitum 30. in pr. de pecul.* ſpectari in actione de peculio eam quantitatem, quæ eſt, cum pater de peculio condemnatur. Quæ ratio etiam obſtat huic coniecturæ, quod cum conſtet ex Gellio fuiſſe collegium quod-

dam

dam iudicum pedaneorum, ex quo forte ducti cauſas cognoſcerent, intelligendum eſſe *in d. l. 15.* filiumfam. conſentiente & probante, aut magis, volente patre in ordinem iudicum fuiſſe allectum: quomodo tenetur pater, ſi eius voluntate filius decurio fuerit creatus *l. 3. §. vlt. D. de peculio.* A. Fab. in Rationalib. ea ſcribit ad *d. l. 15.* vt appareat hunc nodum ab eo non viſum, aut non intellectum fuiſſe.

TEXTVS.

Item exercitor nauis, aut cauponæ, aut ſtabuli, de dolo aut furto, quod in naui aut caupona, aut ſtabulo factum erit, quaſi ex maleficio teneri videtur: ſi modo ipſius nullum eſt maleficium, ſed alicuius eorum, quorum opera nauem aut cauponam, aut ſtabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu aduerſus eum hæc actio ſit conſtituta, & aliquatenus culpæ reus eſt, quod opera hominum malorum vteretur, ideo quaſi ex maleficio videtur teneri. In his autem caſibus competit actio in factum, quæ datur hæredi quidem, aduerſus hæredem autem non competit.

COMMENTARIVS.

IN quartam ſpeciem quaſi maleficii incidunt, caupones & exercitores nauis, ſi aliquid damni datum fuerit, aut ſubreptum vectoribus & hoſpitibus, qui apud eos diuerterunt, aut in naue eorum vehuntur: quoniam cum v. c. aperto hoſpitio omnes ſe recepturos profiteantur, hoc ipſo quandam ſecuritatem ipſis polliceri videntur, ab iis vtiq; quorum opera vtuntur, & quorum factum præſtare tenentur: eſt enim aut præſumitur in caupone ipſo culpa & negligentia in hoc, quod malorum hominum operam conduxit: in quo eſt cauſa & eſſentia huius quaſi maleficii, vt docet hic §. *verſ. cum enim.* Horum enim cauſa tenetur, quorum opera expreſſe vtitur in exercenda caupona. Et proinde ſi ſeruus alias furtum fecerit, nō vltra quam noxali actione conueniri poteſt caupo *l. vlt. § 4. naut. caup. ſtab. l. vn. §. pen. furt. adu. naut.* multo minus tenetur ex facto aliorum hoſpitum aut vectorum *l. 1. §. fin. d. tit.* niſi nominatim res ſaluas fore receperit, de quo caſu accipienda eſt *l. 1. §. vlt. cum l. ſeq. naut. caup. ſtab.* quo etiam pertinet *l. 3. in pr. eod. tit.* & ob hoc in plus & ſtrictius exercitorem, verbi cauſa obligari, inde apparet, quod eo caſu iuxta *d. l. 3.* tenetur exercitor, ſi res etiam extra nauem perierit, & quas videlicet cum recepiſſet opera mercenariorum ſuorum ad nauem deferri curauit: regulariter autem ex hoc quaſi maleficio non tenetur, niſi in naue damnum datum aut furtum factum ſit per eos quorum opera vtitur *l. vlt. in pr. naut. caup.* Et ſicut receptio ſpecialis facit, vt plenius & fortius obligentur nautæ & caupones, ita contra prædictio ſpecialis eorum, ſi in ea adquieſcant hoſpites & vectores, facit vt ne teneantur *l. vlt. in fin. princ. d. t.* quia tum ſuæ plane curæ ipſi rem recipere videntur. Sunt adeo hic duo extrema & medium. Medium eſt ſi ſimpliciter res inferri caupo paſſus ſit, & tenetur quaſi ex maleficio iure ordinario, ſi per eos quorum opera vtitur damnum datum, aut furtum factum ſit. Duo extrema ſunt, ſi ſpecialiter receperit rerum cuſtodiam: & contra ſi ſe nolle teneri prædixerit: in quibus conuentio quædam verſatur, derogans iuri communi. Quod *in fin. huius §.* traditur, commune eſt ad totum tit. 1. Quod hæc quaſi delicta & pene extraordinaria, vindicentur actionibus ſubſidiariis in factum. 2. Quod hæ actiones, dentur quidem hæredibus damnum paſſi, ſed non in hæredes cauponis: (niſi quantum forte ad eos peruenit) quod commune omnibus actionibus ex delicto eſſe probauimus *ad §. vlt. ſupra de furtis.*

Quod *in pr. §.* dicitur *de dolo aut furto.* pro eo malim legere *de damno aut furto.* Doli enim

Digitized by Google

appellatio etiam ad furtum pertinet: & tenetur caupo, ſi quid ſubreptum aut corruptum fuerit: & ita *in l. 5. §. vlt. de oblig. & act. & in l. nauta 5. §. 1. naut. caup. ſtab.* quam lectionem Cuiacius, Contius, Ruſſardus & Hottom. probant.

Ad Titvlvm VI.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE ACTIONIBVS.

TEXTVS.

Supereſt vt de Actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud eſt quam ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur.

Commentarivs.

1 *De obiecto iuris Actionibus.*

NObiliſſimus hic titulus eſt, in quo tamen explicando erimus breuiores, quod pleraq; executi ſumus in Tract. noſtro de Actionibus, ex quo ſingula huc deſcribere non libet nec licet. Supereſt, ait Iuſtin. vt de Actionibus loquamur, reſpiciens haud dubie ad diſtinctioné obiecti *ſup. §. vlt. de iure nat.* & quod poſt abſolutum Tractatum de Rebus & perſonis, ſuperſint explicandæ Actiones. Diximus porro ſupra *ad tit. de obligat.* quod obligationes ea conſideratione ſub ſecundum obiectum referantur, quatenus creditor obligationem ſibi adquirit: & videri poſſit eodem modo actiones poſſe ſub idem obiectum referri: cum Iuſtinianus actionem hic definiat IVS perſequendi: nam quatenus, vt ius conſideratur, non minus vt obligatio inter res adquiſitas videatur referri poſſe. Quod ſi obligatio pars eſt ſecundi obiecti, quatenus eſt ius ad rem, vt alii diſputant, adhuc magis actio eo referri poterit: quæ adhuc propius ius eſt quo rem conſequamur. Plane cum obligatio ſit cauſa actionis, non inepte fortaſſis ſub idem obiectum, vtraque referretur: & actio nimirum perſonalis ad obligationes: realis autem ad iura in re, ſed placuit, vt opinor diſtinguere remedia, quibus perſequimur & aſſerimus ea quæ noſtra ſunt aut nobis debentur, ab ipſis his ſuper quibus controuerſiæ ſunt. Perſonæ ſunt nimirum quibus adminiſtranda eſt iuſtitia: res ſunt, ſuper quibus adminiſtratur, actiones denique ſunt remedia, per quæ adminiſtratur. Qua ratione diſtinguendi admiſſa, vix eſt, vt obligationes recte debeant, aut poſſint referri ad res, ſed erunt ad actiones potius referendæ: neque enim per actiones perſequimur obligationes, ſed res in obligationem deductas. Et cum ſint aliæ actiones reales, quarum dominium cauſa eſt, hoc modo dominium etiam ad actionum tractatum fuerit referendum, & proinde modi quoque dominii adquirendi. Sed enim magis eſt, vt illa diſtinguendi ratio aliena ſit à mente Iuriſconſultorum, & fortaſſis an & à ratione. Neque enim Iuriſconſulti conſiderant aut tractant de rebus ipſis quę ſunt, veluti, fundo, ædibus, &c. Sed quatenus ſuper ipſis iuſtitia adminiſtratur, & quatenus in illis aut ad illas ius aliquod habemus: quæ duo conſiſtunt in dominio vel quo alio iure in re, & in obligatione: quæ duo quidam capita & membra vniuerſi iuris conſtituunt: Sed vtique perſonarum tractatio ſeparata eſt: & quia Iuſtiniano & Iuriſconſultis placuit, diuerſa membra facere cauſam & effectum: Dominia nimirum, obligationes, & actiones, poſſumus eorum iudicium & debemus etiam ſequi. Sed iam rem ipſam videamus.

Actio eſt ius.] Ex *l. nihil aliud 51. h. t.* obiicit Hottom. quod actio non ſit Ius, ſed formula, & reſpondet ita definitam, vt ſecundũ ea tempora comprehenderet etiam extraordinarias perſe-

Digitized by Google

perſecutiones. Perinepte & craſſe, v.c. qui cõtrahit, ſtatim actionem adquiret, id eſt, ius agendi, vt hic definitur, qui dominium habet, ius agendi in rem habet, quandocunq; amiſerit poſſeſſionẽ: & quis ſanæ mentis dicat, eos ita adquiſiuiſſe formulam. Enimuero licet actionem in exercitio & deductam in iudicium conſideres, ea tamen proprie loquendo formula non eſt, quemadmodum nec emancipatio, aut quæuis mancipatio manumiſſio, aditio hæreditatis, formulæ erant, ſed erant actus, qui per certas formulas expediebantur: quæ ſunt diuerſa.

Ius perſequendi.] Cum multa ſint iura & verbum quoque iuris pro poteſtate & facultate, vt in hac definitione ſumtũ, multas, imo plurimas habeat ſpecies, ideo genus iſtud IVS, per differentias fuit reſtringendum, quarum prima eſt, in hoc verbo, *perſequendi*, quod ſignificat ius aliquod petendi, & ita petendi, vt aliquid conſequatur ex iſta petitione, quam vim habet verbum *Perſequi*, ſcil. vt aliquid aſſequamur. Et ſumitur illud verbum generalius, ceteroquin in ſpecie olim extraordinariæ actiones perſecutiones dicebantur, *l. pecunia 178 de V.S.* ſed mutata hodie forma procedendi iſtæ proprie actiones ſunt. Quærit Hottom. quid differat actio à bonorum poſſeſſione, quæ & ipſa ius perſequendi dicitur, *l. 3. §. 2. de bon. poſſ.* Inſubtilis quæſtio, nec magis ſubtilior reſpõſio, in hoc differre, quod in bonorum poſſeſſione ſimul ſint iura, vt loquuntur ad paſſiua, & bonorum poſſeſſor & ipſe viciſſim obligatus ſit. Neq; enim qua hoc in ſe habet bonorum poſſeſſio, dicitur ius perſequendi. Et nimirum bonorum poſſeſſio abuſiue ita definitur, ſed ea eſt vniuerſitas quædam bonorum, quam qui apud prætorem agnouit, ex hoc conſequitur ius perſequendi omnia quæ defuncti fuerunt, & ita quoq; omnes actiones defuncti ad eum pertinere incipiunt.

In iudicio.] In iure noſtro ad ea tempora, quo iudices pedanei dabantur, inter ſe opponuntur, *In iure, & in iudicio.* In iure proprie dicebantur fieri, quæ apud prætorem fiebant, ante quam ad iudicem pedaneum ibatur: vel etiam quæ tota apud prætorem expediebantur: veluti extraordinariæ perſecutiones, & quæ erant cognitionis prætoriæ: itemque implorationes officii prætoris, verbi cauſa, pro præſtanda cautione damni infecti, &c. quæ & ipſa actionis verbo in genere ſumto comprehendebantur *l. actionis 37. de obligat. & act. on.* Mutato veteri proceſſu poſtquam ipſi magiſtratus iudicant hæc differentia ſublata eſt: aut dicemus hodieque in iure fieri, quæ ante litem conteſtatam peraguntur, & quæ olim ipſe prætor expediebat, antequam formulam daret, at in iudicio, quæ poſt litem cont. coram eodem magiſtratu peraguntur. Et adeo hæc differentia oſtendit, non eſſe actionem, quamuis petitionem, ſed quæ apud magiſtratum, ex iuris & iuſtitiæ ratione & præcepto inſtituatur.

Quod ſibi debetur.] Tertia hæc differentia eſt, ab obiecto. Equidem actionis verbum in ſpecie ſignificat actionem perſonalem *l. actio 28. de oblig. & act.* & proprie magis ex obligatione quid deberi dicitur. Verum cum & tota ſeries tractationis, & ſubiecta ſtatim diuiſio oſtendat, etiam de actione in rem hic agi: oportet & verbum actionis, & hanc quoque differentiam ita accipi, vt & actioni in rem conueniat. Et verbo *deberi* in genere accepto, debet etiã mihi rem meam, qui eam poſſidet, nec reſtituit. Atque ita ſeruitus etiam conſtituta, quæ vindicatur actione in rem, dicitur nobis deberi *l. arbor 19. §. 2. comm. diuid.* & verba ſecundum ſubiectam materiam ſunt accipienda: quomodo & verbum *debuit* acceptum videtur *in l. pecuniæ 178. de verb. ſign.* quod enim ait, *omnem omnino actionem* facit vt minus commode iſte locus de actionibus tantum perſonalibus accipiatur: nec adeo neceſſe eſt, cum Hottom. adiicere verba *ſuumve eſt*, & ita gl. notât, eum qui tenetur actione in rem, largo modo dici debitorem, de quo plura *Iaſon hic. numero 98.* Significant autem verba hæc, *Quod ſibi debetur* non definiri actionem ita in genere, vt etiam perſecutionem criminalem, quæ in ſpecie accuſatio dici ſolet, & qua intelligitur

Digitized by Google

tur peti & exigi, quod Reip. debetur & eius intereſt, comprehendat. Etenim Iuſtinianus iſtam tractationem accommodat ad præcedentia, in quibus egit de dominio & obligatione, & quatenus priuato aliquid adquiritur; ex quibus naſcuntur actiones ciuiles, quæ hic definiuntur. Popularis tamen actio ſub hanc definitionem commode referri poteſt, & forte etiam debet: quippe cum vna & altera popularis actionis ſpecies tit. præced. propoſita ſit, & quædam etiam proponantur *in §. pœnalis* 12. *infra h. tit.* Et ad §. 1. *eo. tit.* diximus eam eſſe actionum popularium naturam, vt pœnam conſequatur ipſe actor. Et vtcunque actiones hæ nulli propriæ ſint, ſed quiuis eas mouere poſſit *l. 1. de popul. act.* attamen lite conteſtata fiunt propriæ eius qui præuertit *l. vt ſi* 12. *de verb. ſign.* & tum adeo recte ei deberi dicitur: & id tum vel maxime obtinet, vbi is agit, cuius intereſt, qui etiam in concurſu aliis præfertur *l. 3. §. 1. de popularib. act.* Et quod aliquando ex cauſa popularium actionum pœna fiſco applicatur, id ſingulare eſt, nec propterea tollit regulam. Illud apparet, quod hic intelligatur debitum ciuiliter, non naturaliter tantum ex quo non eſt actio: & notat *Iaſon hic n.* 106. Et ſpectatur hic ius actoris, cui aliquid debetur, vel qui ius habet agendi, vt maxime non habeat reus quod ſoluat. Idque eo amplius ſpectat & pertinet, vt licet quis intuitu litis conteſtatæ non potuerit iure conueniri, conſiſtat tamen actio & ſequitur condemnatio, ſi tempore ſententiæ res ſit in eo ſtatu, vt tum reus conueniri ab initio iure poſſit, de quo & de ſuperuenienti iure poſt litem cont. agemus ad *§. ſeq.*

TEXTVS.

1. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitroſve de quacunque re quæritur, ſumma diuiſio in duo genera deducitur: aut enim in rem ſunt, aut in perſonam. Namque agit vnuſquiſque aut cum eo qui obligatus eſt ei vel ex contractu, vel ex maleficio: quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit, aduerſarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibuſdam modis: aut agit cum eo, qui nullo iure ei obligatus eſt, mouet tamen alicui de aliqua re controuerſiam: quo caſu proditæ actiones in rem ſunt: veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quam affirmet Titius ſuam eſſe, poſſeſſor autem dominum eius ſe eſſe dicat: nam ſi Titius ſuam eſſe intendat, in rem actio eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Vnde ſumta ſit hæc diuiſio, & actionum in rem & perſonam diſtinctio qualis.*
2 *De actionibus mixtis.*
3 *De officio iudicis vel eius imploratione.*
4 *Arbitri qui dicantur.*
5 *An obligatio recte dicatur actionis mater.*
6 *De cauſis actionis in perſonam.*
7 *Quid ſit facere & dare.*
8 *Qui ſint illi alii quidam modi.*
9 Ad l. 1. in pr. de obl. & act.
10 *An actio in rem habeat nullam obligationem.*
11 *Variæ diſtinctiones dominii.*
12 *Quid ſi poſt lit. cont. ſuperueniat dominium.*
13 *Quid ſi reus tum dolo poſſidere deſiit.*
14 *Quid ſi ante dolo poſſidere deſiit.*
15 *Sententia hoc caſu lata non poteſt mandari executioni contra poſſeſſorem.*
16 Ad l. 11. §. 1. & l. 13. §. 1. de iureiur. & ad l. 7. §. 7. de publ. act.

DEfinitionem ſequitur diuiſio actionum principalis in rem & in perſonam. At cur non præmittitur illa quæ eſt *in §. ſed iſtæ inf. h. t.* quod aliæ ſint ciuiles aliæ prætoriæ: quæ enim

enim eſt ratio cauſæ, eadem eſt effectus: atquin ita primo diuiduntur obligationes *ſupr. de obligat.* quod aliæ ſint ex prætorio, aliæ ex ciuili iure. Recte Iaſon ait *n. 25.* nihil in hoc eſſe vtilitatis, & nihil referre, vtra diuiſio præmittatur. Et poterant ita primo diuidi obligationes, quod aliæ eſſent ex contractu, aliæ ex maleficio; & rectius forte ex cauſa proxima, & ex qua magis eſſentia obligationum cognita fuiſſet; quæ non cognoſcitur ex cauſa remota, quæ eſt, ius prætorium & ciuile.

1 Et ita † quoque ab hac diuiſione actionum in rem, & in perſonam cognoſcimus, quę ſit natura actionum, à cauſa nimirum efficiente. Licet enim ſi verba ſpectemus, in rem & in perſonam, videatur diuiſio deſumpta ab obiecto, attamen dependet hoc à cauſa efficiente quod actiones in rem, aut in perſonā ſunt, & dicuntur, vt apparet ex *l. actionum 25. D. h. t.* Cauſa enim efficiens actionum in rem, eſt ius in re, actionum in perſonam cauſa eſt, obligatio: quæ ratio diſtinguendi *hoc ipſo §.* ſubiicitur. Hinc enim fit, vt actio quidem in rem detur contra quemcumque poſſeſſorem: ſed in perſonam detur in eum, qui obligatus eſt, & adeo ſemper in eundem *d. l. 25.* Quandoquidem ius in re non manet ſemper in eodem, ſed in alium transferri omnimodo totum poteſt, veluti eſt dominium: Sed obligatio à perſona eius, cui eſt adquiſita ſemel, auelli & ſeparari & in alium transferri non poteſt. Atquin dixerit quis hinc effici, non vt per actionem realem conueniri quiuis poſſeſſor, per perſonalem vnus tantum poſſit conueniri; ſed hoc, vt actio in rem cuicunque, qui dominium habet, vel ius in re, ſed in perſonam vni tantum competere poſſit. Sed iuuanda & explicanda ratio eſt, quod obligatio implicat relationem, & proponit & præſupponit obligatum, & cui obligatio adquiſita eſt; nec magis obligatio ab illo quam ab hoc poteſt ſeparari; imo effectu ab illo minus; nam inuito debitori nullus ſubſtitui poteſt debitor, ſed poteſt effectu alius ſubſtitui creditor, inuito etiam debitore: nimirum non ita vt alij adquiratur illa obligatio, quæ perpetuo hæret in creditore, & conſequenter etiam actio: ſed vt alius, vel ex mandato creditoris, vel etiam citra mandatum vtilibus actionibus experiatur, non tamen citra voluntatem & factum aliquod præcedens creditoris, quod vtilibus actionibus præbet cauſam. Et ita nimirum ius eſt, vt per procuratorem quiſque inſtituere poſſit actionem ciuilem, ſed vt hic experiatur nomine creditoris, actionibus in ipſius creditoris perſona manentibus. Tum etiam hoc receptum eſt, vt creditor nomen & actionem vendere, donare, legare, & alijs modis poſſit transferre; non hoc effectu, vt actio, vel obligatio transferatur ad eum modum quo aliæ res venditæ corporales, ſed hoc effectu, vt ex contractu poſſit conueniri venditor, vt cedat actiones, quo facto emptor cōſtituitur procurator in rem ſuam, quia in ſuū vtilitatem agit, cum precium pro actione dederit, ſed & ſic manent directæ actiones apud venditorem, quas nomine eius, ſed in commodum ſuum exercet emptor. Quoniā autem fieri poterat, vt non cederentur actiones; ideo Impp. ex æquitate emptori actionem vtilem conceſſerunt *l. ſi cum 16. in princ. de pact.* quod obiter & ſummatim adiicere viſum fuit, quia plenius explicaui in *Tract. de action. diſput. 4.* Contrario modo res ſe habet in actionibus in rem. Et ſicut ius in re vna cum ipſa re plane poteſt à perſona in perſonam transferri, totum & directum: Ita ex altera parte quoque res quam ea actione perſequimur, in alium transferri, & per mille quoque manus, vt loquuntur Dd. ambulare poteſt. Itaque formula actionum in rem abſoluta eſt, Aio hanc rem meam eſſe: ſed perſonalium eſt relata: Aio TE mihi dare oportere, poſſit tamen ſi omnino à cauſa efficiente diſtinctionem ſumere velimus, etiam ſecundum verba, ita diſtingui actio; quod alia detur ex iure in rem, alia ex iure perſonali. Et forte ſi accuratius loqui volumus, fatendum omnino eſt, diuiſionem noſtri §. eſſe ab obiecto, ſed vt ratio ita diuidendi à cauſa efficiente ſumta dicatur. Eſt autem iſta oppoſitio membrorum commode accipienda: non quod hic

ſuper fideicommiſſis ex cauſa iuſta (ſcilicet poſt Auguſtum, vt ſup. *lib.2. ad tit. d. fideicomm. hæred.* diximus) deſcendentibus, non minus quam ſuper legatis neceſſe haberet ius dicere ; quæ & earum cognitionum fere ratio fuit, de quibus *lib.50. Dd.* proprio tit. tractatur. Itaque ambigue quin potius male ad ſimplicem officij iudicis implorationem referũtur. Denique ex Interpretibus refert ad *pr. huius tit. n.65.* Iaſon, quod officium iudicis miſericorditer implorari debeat; quo nihil falſius dici poteſt, ſi hoc ad fideicommiſſorum & alias perſecutiones extraordinarias trãsferre quis velit, imo etiam ad alia, de quibus in *l. actionis 37. h. t.* nec verum eſſe poteſt niſi in ijs, ſuper quibus nihil Lege, aut aliquo edicto cautum eſt, aut quæ forte in proceſſu ex cauſa incidenter petuntur. Apparet igitur omnino de officio iudicis tam diuerſa, vitioſe proponi & affirmari. Itaque tironum cauſa ne quis hic decipiatur, iſta explicanda ſunt. Et quod ad officium attinet, quod mercenarium vocant, & quod ſubſeruit actioni, & per pedaneum iudicem exercebatur (officium ſcilicet in ſpecie dictum : Ceteroquin quidquid facit iudex etiam iuxta formulam & obligationem, ex officio ſuo facere dicitur) quæ ad illud ſpectant, ſunt tantum acceſſiones, veluti vſuræ ex mora, impenſæ litis, aut etiam impenſæ aliæ in rem in rei vindicatione *l. ſumptus 48. de rei vind.* itaque vna cum ipſa principali actione, aut pendente adhuc iudicio in bonę fidei & arbitrarijs actionibus petenda ſunt quibus alias per ſententiam finitis, nulli ſuper iis petitioni locus eſt, vt docet *d. l. per colluſionem 49. § 1. de act. empt.* Quod officium nobile attinet, rurſus ſecernenda ſunt, quæ in mero arbitrio prætoris poſita ſunt, (de quibus verum eſſe poteſt, quod quaſi miſericorditer imploranda ſint) & quæ talia non ſunt, ſed ſuper quibus prætor propoſuit edictum, velut, vt præſtetur cautio legatorum, aut damni infecti; quæ licet reuera & loquendo proprio obligationem aliquam præcedentem non habeant, tamen quoniam prætor ſemel in genere ſe ius de iis redditurum propoſuit, etiam illud ſuper ijs reddere neceſſum habet, quo pertinet *d. l. actionis 37. h. t.* Vitioſe autem huc referuntur, quæ olim perſecutiones extraordinariæ appellabantur, & quæ hodie à ceteris actionibus non differunt, & habent præexiſtentem aliquam obligationem, veluti petitiones fideicommiſſorum, &c. Hęc ad iſtam rem ſufficiant.

Quibus inter aliquos.] Suntne igitur actiones, quæ apud iudices arbitroſue non diſceptantur ? Nullæ penitus; quod Doct. omnes agnoſcunt; & reſpondent, vt poſt eos refert *Iaſon hic numer. 24.* quod quando relatiuum quis, vel qui, adiiciatur qualitati, quæ competit vnicuique contento ſub genere antecedenti, tunc relatiuum ſtat declaratiue & non reſtrictiue. Sed nimis putidum eſt, in his laborare ; quaſi ita accuratiſſime ſemper Iuriſconſulti locuti fuiſſent: ſatis eſt conſtare de re ipſa, quod actiones apud alios quam iudices, aut magiſtratus inſtitui non poſſint.

Iudices arbitroſue.] Iudices, qui ſint, alibi docetur; in ſpecie ſolet vſurpari iure noſtro hoc verbum de iudicibus pedaneis & datis ; ſed generalius etiam continet magiſtratus, qui de cauſis cognoſcunt, & in ſumma nemo poteſt cognoſcere de cauſſa, & ſententiam ferre, niſi ſub qualitate iudicis, & vt iudex; adeo poterat ſufficere dixiſſe, *apud iudices*, ſed adiicere viſum fuit, quoniam ſunt iudices, qui in ſpecie appellantur arbitri. Nihil autem huc pertinent hi, quos Dd. vocant † arbitratores, qui tamquam amici & 4
quaſi tranſigendi gratia interueniunt, nihil etiam, qui iudice recuſato tantum de cauſis ſuſpicionis cognoſcũt iuxta ius Canonicum. ſed pertinent huc arbitri, qui iure ciuili ſuſpecto iudice eliguntur, quoniam hi non de cauſis ſuſpicionis, ſed ipſo negotio principali cognoſcunt, iuxta *l. apertiſſime 16. & l. vltim. C. de iudic.* adeoque miror a *Iaſone hic nu. 9.* ſcribi, quod de his arbitris textus hic non loquatur; vtique ad eos quoq; recte applicatur. Pertinent huc etiam arbitri, qui electi à partibus

com-

compromiſſarij dicuntur, quoniam licet reuera iudices non ſint, tamen ad inſtar iudicum procedunt *l. 1. de recept. arbit.* & eorum pronunciata licet non directo, attamen obliquo, & vi ſtipulationis pœnalis effectum habere ſolent: Rurſus autem hic errat Iaſon cum alijs d. loco, quod ad iſtos reſtringit hunc locum. Sed enim crediderim, nec de illis, nec de his principaliter cogitaſſe Iuſtinianum, ſed magis de iudicibus, qui iudicijs arbitrariis & bonæ fidei addicebantur; quippe quibus laxior erat ex formula iudicandi poteſtas, & maxime quod in illis ſententia quædam quæ arbitrium dicebatur, præcedebat, vt dicemus ad *§. præterea 33. infr. h. t.* Et maxime in iudicijs diuiſoriis famil. erciſc. & iud. comm. diuid. arbitros appellatos fuiſſe pluſquam conſtat. Atque ita in *l. à diuo 15. in prin. de re iud.* arbitri à prætore dati dicuntur, & paſſim alibi.

Cum eo, qui ei obligatus eſt.] Subiicit, *vel ex contractu, &c.* Ita contractus obligationis, & hæc actionis cauſa eſt. Quibus verbis vti præſtat, quam tropicis & metaphoricis, quod obligatio ſit mater actionis, vt loquuntur Dd. & inde multas diſputationes & nugas concinnant, obligationem ciuilem patrem, & na-
5 turalem † appellantes matrem; & quid ni eadem ratione contractum patrem, aut matrem obligationis vocant? aut omnem cauſam vocant matrem effectus ſui? Non damno plane quo minus ita liceat loqui, ſed non fero, vt huiuſmodi tropis abutamur ad nugas; quarum aliquas examinabimus, ad *tit. de exception. infr.* vbi de exceptione rei iudicatæ; & cuiuſmodi eſt, quod Iaſon obiicit opinioni illi ad *princ. tit. num.* 8. non fieri poſſe, vt mater & filia exiſtant eodem tempore, cum tamen obligatio ſtatim poſita, ponat etiam actionem. Equidem ſi argutari liberet, dicerem matrem, qua relatiuum eſt, non exiſtere ante filiam, qua ſcilicet demum nata incipit eſſe mater. Sed ineptum nimirum eſt, ab appellationibus metaphoricis eiuſmodi ducere argumenta. Vtuntur vulgo textu in *l. licet 42. §. 2. de procur.* vbi obligatio dicitur parere actionem. Sed vt dixi, eſt locutio figurata; & effectum quoque cauſa recte dicitur parere.

Cum igitur obligatio ſit cauſa actionis, apparet non eſſe veram Placentini ſententiam ad *pr. h. t.* quod actio & cauſa ſit vnum & idem. Et cum ipſe vtatur hoc exemplo, *redde centum, quia tibi credidi*, vtique apparet hoc *quia credidi.* non eſſe actionem, de quo pluribus *Ioh. Fab. Angel. & Iaſon ad prin. tit. n. 23.* Nec moueor *l. & an eadem 14. §. 2. de exception. rei iud.* nam huiuſmodi quæſtiones ex textibus iuris decidendæ non ſunt, neque ſemper propriis verbis ICti vtuntur; & in fundamento actionis conſiſtit ſane vis actionis; & cauſa poteſt ſumi pro tota controuerſia quæ agitur in iudicio, quomodo verbum *cauſæ* in *d. l. 14.* accepiſſe videtur ICtus.

Vel ex contractu, vel maleficio.] Apparet ſubintelligi etiam quaſi contractus, & quaſi maleficia.

Proditæ ſunt actiones in perſonam.] Nam ex contractibus † & maleficiis ſolæ actiones perſo- 6
nales naſcuntur: Et hæ ſunt principales cauſæ actionum in perſonam: ſed tamen non omnino ſolæ; & dantur actiones in perſonam quæ nec ex contractu, nec ex maleficio naſcuntur: nimis enim varij & multi ſunt caſus, quibus ſæpe ex æquitate per actionem in factum ſuccurritur, quæ ſubſidiaria eſt: nec eſſet talis, ſi certam cauſam agendi, contractum, aut maleficium haberet; veluti qui ſeruum miſericordiæ cauſa ſoluit, & tenetur actione in factum *§. vltim. ſupr. ad L. Aquil.* vix eſt vt ex delicto poſſit dici obligatus; vix etiam ex contractu in ſpecie *l. ſi mé 32. de rebus cred.* & aliis plurimis cauſis; ſed & actiones quæ vocantur à Dd. datiuæ, de quibus infr. dicemus, nec contractum, nec maleficium cauſam habent. Quinimo, quidquid alii putent, pacta legitima ex quibus naſcuntur actiones perſonales, contractus non ſunt.

Dare, aut facere † oportere.] Verba hæc formu- 7
læ actionis perſonalis, ſunt explicanda ex diſtinctione obligationum & ſtipulationum, quod ſint vel de dando, vel de faciendo, §.

vlt.

vltim. ſupr. de Verb. obligat. l. 2. in princip. l. 5. §. 1. de Verb. obligat. Quod enim in hac diuiſione eſt, *dare facere*, idem eſt in hac formula. In ea autem diuiſione *Dare* eſt dominium transferre *l. vbi 75. §. vlt. de V. O.* hæ enim dicuntur obligationes dandi, & quæ nominatim diſtinguuntur ab obligationibus, de tradendo, & ſi quis promittat, tradere *l. ſi rem 28. de V. O.* idque eſt quod dicitur in *l. ſi ita 25. § 1. de contr. empt.* eum, qui fundum ſtipulanti ſpopondit, cogi, vt fundum eius faciat. Itaque ſiquidem illa ſtipulationum, & obligationum diuiſio, totum exhaurit, oportet, vt ſtipulationes de tradendo, referamus ſub eas, quæ ſunt de faciendo, quod præter *d. l. 28. de Verb. Oblig.* probat *d. lex vbi 75. §. quid 7. & l. ſtipulationes 72. in princip. eod. tit.* vbi nimirum hoc tantum agitur, vt ſtipulator poſſeſſionem rei conſequatur, itaque etiam hoc modo quiſque rem ſuam recte ſtipulatur, vt docuimus ſupra ad *§. 1. de inutil. b. ſtipulation.* Porro faciendi ſtipulationes eius naturæ ſunt, vt non ad ipſum factum, ſed tantum ad intereſſe agatur, *l. ſi quis 13. §. 1. de re iudic. d. l. ſtipulationis 72. in fi. prin. de Verb. Obligat.* & diximus ad *d. §. vltim. de V. Ob.* vbi propterea monet Iuſtinian. expedire, vt ſtipulationi de faciendo, ſubiiciatur ſtipulatio pœnalis certæ pecuniæ. Ex quibus intelligi volo, hanc formulam, *dare facereue* oportere, minime omnibus actionibus perſonalibus conuenire: quin nego eam conuenire omnibus actionibus ex contractu; nego, inquam, ita ex depoſito, commodato, aut pignore agi; neque enim commodans, aut deponens agunt, vt ſibi detur, cum vtiq; depoſitarius & commodatarius non ſint domini: nec etiam proprie ad faciendum ſunt obligati, ſed vt rem, quam à me acceperunt mihi reddant; nec ego ad intereſſe & pecuniam numeratam ago, ſed omnino vt res mea mihi reddatur & reſtituatur, quod non venit ſub verbo facere, prout in illa diſtinctione obligationum & ſtipulationum vſurpatur. Itaque ſtatuo à Iuſtiniano tantum pro exemplo hanc formulam propoſitam fuiſſe; & hinc expeditiſſime & ſimpliciſſime explico, quod ſequitur, *& aliis quibusdam* † *modis.* In quibus verbis ſe torquent 8
Interpp. vt præ ceteris videre eſt ex Iaſon. *hic numer. 33. & ſeqq.* Communius probant, vt intelligantur quaſi contractus & quaſi maleficia. Verum quidquid etiam diſputent, & vt maxime verbum contractus proprie ſumptum non ſemper comprehendat quaſi contractus, tamen hic per contractus & maleficia Iuſtinianum comprehenſa voluiſſe quaſi maleficia & contractus, dubitari vix poteſt: Ceteroquin ipſum verbum *quaſi* nullo negotio adieciſſet; & parum credibile eſt, ea ſignificari voluiſſe per verba *aliis quibusdam modis.* Tum vero præcipue inepte & abſurde hæc verba referuntur, ad remotius illud de contractu & maleficio; cum vltro apertum ſit, ad formulas, agendi pertinere, quod perſonalibus actionibus intendamus, *dare facere oportere*, & alijs quibuſdam modis & ſcilicet formulis quod & rectiſſime expreſſit Theoph. his verbis, *καὶ ἑτέροις δὲ τρόποις δυνατὸν γίνεσθαι τὴν ἀγωγήν*. Et adeo quod attinet ad *l. 1. in pr. de* † *Ob. & Act.* dico male il- 9
lum locum ad hunc textum explicandum transferri; quoniam ibi non de formulis agendi, ſed de obligationibus & earum cauſis quæritur. Et longe aliud eſt dicere, naſci obligationes ex variis cauſarum figuris: &, agi *aliis quibuſdam modis.* Itaque vt maxime concedam, in *d. l. 1.* ſignificari quaſi contractus & maleficia, non tamen ſequitur eundem eſſe ſenſum horum verborum in h. §. *aliis quibuſdam modis.* Et tamen, nec probo, vt in *d. l. 1.* intelligantur quaſi contractus & maleficia: ſed puto Iuriſconſultum innuere voluiſſe, quod in tanta diuerſitate actionum & obligationum fontes earum non poſſint ad certa omnino capita reuocari; ſed eſſe quaſdam obligationes, quæ nec ex contractu, aut quaſi, nec ex maleficio, aut quaſi deſcendunt. Longe ineptior eſt altera explicatio Accurſij de qua *Iaſon numer. 49.* de condictione furtiua: Quid enim ineptius, quam ſingularis actionis originem deducere ex varijs cauſarum figuris, aut dicere, quod ex ea agatur alijs qui-

buſdam modis; plures enim actiones & plures agendi modos plurali iſto modo deſignari apertiſſimum eſt. Et cum in *d.l.1.de O. & A.* agatur de obligationibus, non poteſt explicari de condictione. Sed & condictio furtiua, aut oritur ex maleficio vero, aut nullo modo ex maleficio oritur, de quo agemus *infr. h. t.§.ſi itaque* 14. Ergo vt redeam vnde diuerti, ſenſus Iuſtiniani hoc loco eſt, quod actionibus perſonalibus non tantum *dare facere*, intendamus, ſed etiam aliter & aliis modis aliiſque agendi modis vtamur, & experiamur. Hinc apparet ineptire & *A.Fab.* qui 19. *coniect.* 20. hæc verba *aliis quibuſdam modis*, ad cauſas obligationum refert: Ex aduerſo apparet, ſine iudicio à Fabro reprehendi Hottomannum, qui rectiſſime etiam animaduertit, in actionib. commodati depoſiti &c. non vſum fuiſſe actorem verbo dandi, aut faciendi, ſed alio quodam: Nec longe abit Cuiacius, qui actiones ad exhibendum, *quod metus cauſa*, & ex cauſa interdictorum profert: quamuis actionem ad exhibendum non concedam eſſe perſonalem proprie loquendo, de quo in *§.præterea* 31. *infr. h.t.* Sed & exhibere facere eſt, nec omnium ex interdictis actionum eadem eſt ratio. Non animaduerto, qui hinc opinionem Cuiacij improbet Faber; cum tamen ipſe in *ſi.cap.* explicet Iuſtini. ex *l.1.de O. & Act.* (ſed vitioſe) & adducat ipſas has actiones in rem ſcriptas, & *quod metus cauſa.* Sed in eo inſigniter eſt ineptus, 1. quod ait iis agi, *facere oportere*, cum tamen perſpicuum ſit, à Iuſtinian. intelligi actiones, quibus aliis modis, ex non *dare facere oportere*, intendimus, ſed longe, 2. ineptior & plane ridiculus, quod negat actionem *quod metus cauſa*, eſſe ex delicto; ex ridiculiſſima ratione, quod delictum non admittatur in volentem, quod etiam coacta voluntas ſit voluntas; turpiſſimo & puerili errore, quem caſtigent pueri, qui principia Ethica à limine ſalutarunt. Nimirum, qui metu agit, vult hactenus, quia principium internum in ipſo eſt; & vult reſpectiue minus malum, vt euitet maius; quod minus malum hac conſideratione ſortitur naturam boni, & ſit ita obiectum voluntatis; Ceteroquin ſi liceret libere, vtique hoc minime vellet, quod facit, & hinc negare illum committere delictum, v.c. latronem, qui metu mortis intentato, extorquet pecuniam, vel quid aliud, non eſt hominis ſani, nec ratione vtentis; adeo vbique Faber nihil niſi nugas & errores fundit. Et non miror, ſed rideo iudicium iſtius hominis, qui contra Hottomann. vt probet, etiam *reſtituere, exhibere* comprehendit ſub verbo facere, producit *l. verbum* 218. *de V.S.* vbi ſub verbo *facere*, etiam dandi cauſa contineri dicitur. Quanta hæc ſtupiditas? Ergo ne in hac formula quoq;, dare erit facere? Idem in *l.faciendi* 175. *de V. S.* Et conſtat text. illos ſub *tit. de R. I.* ad certas fere materias referēdas eſſe: nec dubium eſt eum aliquid facere, qui rem dat; ſed alio ſenſu eo verbo hic vtimur.

Cum eo, qui nullo iure obligatus.] Ergo actio in rem nullo modo eſt ex obligatione, & cum eo, qui nullo modo nobis obligatus eſt. At contra, qua actione peto quod mihi debetur, & cum eo ago, qui quid mihi debet, illa ago † cum eo, qui aliqua mihi eſt obligatus: 1 ſiquidem debere præſupponit obligationem aliquã. Atqui actione in rē ago cũ eo, qui debet mihi aliquid: vt definitio in *pr. tit.* docet. Ergo, &c. Additur hoc argumentum. Actio de peculio eſt ex aliqua obligatione. Atqui actio de peculio eſt in rem. Ergo actio quædã in rem eſt ex obligatione. Ad ꝓbationem maioris adducunt, quod actioni de peculio, vel pro eo quod peti à patre poteſt, recte accipitur fideiuſſor *l. creditorem* 18. *ad Macedonian.* vbi autem fideiuſſio ibi oportet obligationem aliquam ſubeſſe. Minorem conãtur probare ex *l. quæſitum* 30. *in pr. D. de peculio.* Equidem omnino cēſeo fatendum eſſe improprie deberi dici, & multo magis, eſſe in obligatione, ꝗ per actionem in rem petere poſſum; cũ nihil inter me & poſſeſſorem actũ ſit, & nec contractus vllus, aut quaſi, nec maleficium, aut quaſi interceſſerit; quo reſpectu Iuſtin. ita loqui, dum ait in rem agi cum eo, qui nullo iure nobis obligatus eſt, vltro perſpicuum eſt, ſiquidem

dem

dem hos fontes, actiones in perſonam præmiſit, nimirum contractum & maleficium. omnino poſſeſſorem rei noſtræ obligatum nobis eſſe non niſi improprie & abuſiue dici poteſt, vt quidem in materia hac verbum obligationis vſurpatur. Idque ſatis eſt ad defendendum Iuſtinian. hoc loco, & quod recte dixerit, in rem actionem cum eo eſſe, qui nobis nullo iure eſt obligatus. Quod attinet actionem de peculio, quæ eius natura ſit *infr. ad tit. quod cum eo, qui in al. &c.* dicemus. Interim illud certum eſt, proprie eam non eſſe actionem in rem, vtpote quæ ex iure aliquo in re non oriatur: Sed eſt aliqua obligatio tum ex conceſſione peculij, tum etiam ex edicto prætoris, quæ ad hoc vtique ſufficit, vt fideiuſſor recte pro eo debito accipiatur; nec vt fideiuſſioni locus ſit, oportet omnino propriam obligationem adeſſe, ex contractu, vel delicto præcedentem.

Quo caſu prodita ſunt actiones in rem.] Apparet ex ſeqq. cauſam actionum in rem conſtituendam eſſe *Ius in re.* Et principale nimirum ius in re eſt dominium, ex quo naſcitur actio in rem per excellentiam ita dicta, & quæ intelligitur in dubio, vbi actionis in rem fit mentio *l. 1. de rei vind.* & de qua hoc loco aliquid attingit Iuſtinian. Ceteroquin cum etiam ſint vtiles actiones in rem, & ex aliis quoque iuribus deſcendentes, dominium principalis quidem, ſed non ſola cauſa actionum in rem ſtatuenda eſt. Et nota eſt vulgata diſtin-
11 ctio † dominii Dd. in directum & vtile, ſiue hoc (neq; enim de verbis litigandum eſt) dominio ius proximum, aut affine dicere malis; ex quo eſt vtilis actio, quæ datur emphyteuticariis, ſuperficiariis &c. *l. in ſpeciali 73. §. 1. cum 2. ll. ſeqq. de rei vindicat.* Rurſus cum ſit & actio publiciana in rem, quę datur ſub prætextu vſucapionis completæ, dominium cum Dd. aliud verum, aliud quaſi ſtatuendum eſt. Amplius, cum & bonorum poſſeſſor, & qui ex decreto ſecūdo in poſſeſſionem miſſus eſt, v. c. ex cauſa damni infecti haud dubie habeant in rem actionem cum domini dicātur & ſint iure prætorio *l. 1. de bonor. poſſeſſ. l. communi 7. §. plane 9. Commun. diuid. lex ſi finita 15. §. Iulian. 16 & §. poſteaquam 33. de damn. inf. l. 5. §. 3. in f. de reb. eor. qui ſub tut.* dominium in ciuile & prætorium ſubdiſtinguendum eſt. Hoc autem textu præcipue agitur de actione in rem directa, quæ ex dominio ciuili competit: de qua quæ dicuntur proportionaliter in ceteris ſpeciebus dominij & iuribus in rem obtinebunt.

Si rem corporalem poſſideat, quam Titius ſuam, &c.] Hic locus probat, quod Interpp. vulgo & latiſſime *Ioh. Fab. Angel. & Iaſon* hic tractant, In actione in rem requiri duo; vt loquuntur, extrema, dominium ex parte actoris, & poſſeſſionem ex parte Rei conuenti; ſicut enim actio in perſonam requirit, vt actor reum ſibi habeat obligatum; ita actio in rem requirit, vt actor habeat ius in re, & reus rem reſtituere poſſit. Sed quid ſi quis per errorem, vel mendacium impetret actionem in rem, & poſt litem demum conteſtatam ſuperueniat † ei dominium? Ius Cano- 12
nicum definit in *cap. 3 abbate, de re iudic. in VI.* nihilominus condemnandum reum; quod aliqui ſimpliciter ꝓponunt, alij, vt Ioh. Faber tantum de æquitate Can. procedere putant. Et ſane à parte actoris cum res in iudicium deducatur, non recte argumentamur à perſona Rei cui poſt litem conteſtat. poſſeſſio ſuperuenit, de quo ſtatim dicemus. Aut an dicimus tempus quo dominium ſuperuenit retrotrahi ad tempus litis conteſtatæ, & formulæ, *ſi ponet rem Titij eſſe,* videtur ſatisfactum, ſi iudici poſtea probet actor rem ſuam eſſe. Sed reſiſtit *l. non videtur 23. de iudic.* non poſſe videri in iudiciū veniſſe, quod poſt litē cont. accidit. Quod ſi dominium illud q̃ poſt conſecutus eſt actor, negemus veniſſe in iudicium, fieri non poteſt, vt ex eo ſententiam ferat & reum condemnet iudex. Et hoc videntur animaduertiſſe Doctores, qui diſtinguunt inter iudicem ordinarium & delegatum, qui nimirum inſtar pedanei iudicis eſt, (quamuis delegato ſuo plura tribuant Dd.) Nam ſane vbi ipſe ordinarius magiſtratus iudicat, abſurdum ſit, vt abſoluat reum,

AAA 2 vbi

vbi actor iam ſaltem dominum ſe eſſe probat. Sed olim limitata & adſtricta iudicis pedanei poteſtas, faciebat vt in terminis propoſitis condemnare non poſſet reum. Sed neceſſum erat, vt à prætore aliam formulam peteret actor, iuxta *dict. leg.* 23. vbi dicitur, noua interpellatione eſſe opus; neque actori ex noua cauſa petenti poterat obiici exceptio iudicati. At vbi ipſe magiſtratus iudicat, non habet actor à quo nouam formulam petat; & putidæ eſſent ambages, ſi magiſtratus abſolueret reum, quem mox alio iudicio neceſſario condemnaret. Impenſas tamen forte actor præſtare cogitur, de quo agemus *inf. in materia plus petitionis.*

Si rem corporalem.] Agit enim hic de vindicatione magis in ſpecie dicta, & de vindicatione rerum incorporalium tractatur *§ ſeq.*

Poſſeſſor autem.] Ex parte Rei requiritur, vt ſit poſſeſſor: quoniam, vt dicemus, *in fin. §. præterea* 31. eſt hæc actio arbitraria, qua iubetur reus reſtituere rem; & actor propter ius in re quod habet, rem ſibi aſſerit, eamque ſibi reſtitui petit; nec reſtituere rem poteſt, qui eam non poſſidet. Hic autem certo iure traditum eſt, ſi modo poſt litem conteſtatam poſſeſſionem adeptus ſit reus, recte eum condemnari *l. ſin autem* 27. *§.* 1. *de rei vindicat.* quin amplius dicunt Dd. vt refert *Iaſon hic numer.* 23. ſi poſt ſententiam ſuperueniat poſſeſſio Reo, ſententiam mandari exſecutioni per *l.* 9. *§.* 1 *de except. rei iudic.* qui tamen textus hoc non probat, ſed magis oſtendit, noua opus eſſe actione, quæ eadem ratio facit, vt ſi qui initio poſſidebat, poſt ſine culpa ſua amiſerit poſſeſſionem, debeat abſolui *d. l.* 27. *§.* 1. *l. ſi rem de except. rei iud.* Quod ſi enim dolo poſſidere deſierit, ſuccedit regula iuris, quæ pro poſſeſſione ait eſſe dolum *l. qui dolo* 131. *& l. parem* 150. *de Reg. Iur.* id eſt perinde damnatur ac ſi adhuc poſſideret; & nimirum, quæ natura iſtius iudicij eſt, iubet eum reſtituere, primum iudex, quod ſi non faciat reus, condemnatur, quanti actor in litem iurauerit. Nec enim attendit iudex quod reus, qui dolo poſſidere deſijt, rem reſtituere non poteſt; ſed quia dolus pro poſſeſſione eſt, & vt locus poſſit fieri ſententiæ finali in æſtimationem iuratam, arbitrium illud de reſtituendo, non minus ac ſi vere poſſideret, præmittit; quomodo in petitione hereditatis malæ fidei poſſeſſor iubetur, res, licet apud alium exſtent, reſtituere, & ſi non faciat, contra ipſum in litem iuratur *l. item* 20. *§. vltim. de petit. hæredit.* Quæ ſi attendiſſent, aut intellexiſſent Interpp. non multa inepte quæſiuiſſent, & reſpondiſſent, velut pro re magna hic tractant, vt refert *Iaſon num.* 82. an vbi poſt litem cont. Reus deſijt † dolo poſſidere, condemnari poſſit virtute directæ actionis, an noua inſtantia & nouo iudicio opus ſit: Poſtquam enim conſtat, dolum iſtum nō poſſe prodeſſe Reo, & eum pro poſſeſſore haberi, vtique neceſſario conſequitur quod Reus ex eadem actione condemnetur: ſiquidem, vt dixi, iudex nihilominus iuxta naturam actionis procedit, &, ſi res non reſtituatur, quanti in litem iurauerit actor, condemnat. Quæ ratio facit, vt etiam contra eum debeat & poſſit dari rei vindicatio, qui ante litem conteſtatam dolo deſijt poſſidere. Quod quia poſt Abbat. Panorm. diſerte negant magnæ autoritatis ICti *Iaſon in h. §. num.* 78. *& ibid. Zaſius numer.* 22. iuuat paulo accuratius confirmare. Et 1. regula indefinite proponitur ſupra citatis textibus quod dolus pro poſſeſſione † habeatur, & in *l. ad ea* 157. *verſ. ſemper de R. I.* ait ICtus eum, qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendum ac ſi haberet. 2. Confirmatur exemplis aliarum actionum. Actio noxalis ſequitur caput quod noxam cōmiſit, & contra poſſeſſorem ſerui datur *§. omnis* 5 *inſ. de noxal. act.* Sed non minus tenetur, qui ſeruum dolo poſſidere deſijt *l. ſi bona* 12. *l. electio* 26. *§.* 1. *de noxal. act.* Ita Interdictum datur, vt reſtituatur quod in loco publico factum eſt, *l.* 2. *§. prætor* 15. *Ne quid in loco public.* & tamen etiam tenetur, qui dolo malo fecit, quominus poſſideret *d. l.* 2. *§. hoc interdictum* 42. Tertio & magis ad rem, ſi actio ad exhibendum datur aduerſus eum, qui dolo malo poſſidere deſijt:

13

14

deſiit. Ergo etiam actio hæc in rem. At verum prius. Ergo &c. Si dari actionem probamus, efficimus vtique, ante litem cont. poſſeſſionem amiſſam: quoniam vbi poſt lit. cont. deſiit poſſidere, iam non de danda, ſed continuanda actione quæritur. Ratio connexi eſt, quod non magis exhibere poteſt, qui non poſſidet, quam reſtituere. Aſſumptum probatur textibus expreſſis *in l. 1. §. vlt. de tign. iunct. l. Iulianus 9. in pr. ad exhib. l. in rem 22. §. pen. de rei vindic.* Et quod ad ipſam vindicationem attinet, eam competere contra eum, qui dolo malo poſſidere deſiit, probat *d. l. 23. §. pen. iunct. l. qui res 98. in fin. de ſolut.* vbi dicitur tignum poſſe vindicari: quod non niſi de vtili vindicatione tamquam contra eum, qui dolo poſſidere deſiit, accipi poteſt. Expreſſus textus & in terminis eſt *in l. ſin autem 27. §. 3. de rei vind.* Equidem notat ibi Acc. non ſatis bene inferri à petitione & iudicio vniuerſali ad ſingulare: & ſtilus arguit eum locum corruptum à Triboniano. Sed tamen ſi ponas etiam eum, qui pro hærede mala fide ſe geſſit, nihil amplius poſſidere, ſed quidquid habuit dolo malo poſſidere deſiiſſe, & contra eum nihilominus dari petitionem hereditatis. (Et loquuntur textus generaliter *in l. item 20. §. præter 6. in fi. l. ſed etſi 25. §. ſi ante 7. in fin. de petit. hered.*) optima illatio eſt, & faciunt prædicta vt *in d. l. 27. §. 3. de rei vind.* nihil contra rationem iuris reſponſum videri poſſit. Accedit *l. qui petitoris 36. de rei vind.* vbi dicitur, eum qui vſurus eſt rei vindicatione ne fruſtra agat, diſpicere debere, an is quem conuenire vult, poſſideat, aut dolo deſierit poſſidere, quibus verbis innuit ICtus, etiam hoc caſu recte fundari rei vindicationem: Vnica obiectio colligitur ex Iaſone & Zaſ. *dd. locis,* quod prætor ſpeciale Edictum propoſuerit contra eos, qui metu futuri iudicii in fraudem actoris rem alienant: quo iudicio & edicto non fuiſſet opus, ſi conueniri potuiſſet vindicatione. Sed cum iſtud edictum polliceatur actionem non tantum contra eum, qui metu actionis in rem, ſed etiam ad eludendas alias actiones rẽ alienauit ſequeretur, nullam actionem dari poſſe in eum, qui dolo malo poſſidere deſiit, tamquam adhuc poſſideret, quod ex prædictis manifeſto falſum eſſe apparet.

Et igitur fatendum eſt, poſſe vtrumque remedium alternatiue concurrere. Et actio ex illo Edicto competit ſimpliciter ad id quod intereſt, manente ſalua actione directa contra eum qui poſſidet: ſicut & tum eum qui dolo deſiit poſſidere, æſtimationem litis præſtitit, (quippe pro dolo ſuo & quaſi in pœnam) *l. nec vllam 11. pen. in fin. de petit. hered. l. Stichum 95. §. dolo 9. de ſolutionib.* Rurſus nihil obſtat *l. 3. §. vlt. de alien. iud. mut. cauſ.* quoniam hoc quidem verum eſt, eum qui vult ſuſcipere vtile iudicium tamquam poſſeſſor, euitare iudicium de alien. iud. mut. cauſ. tum enim nihil intereſt actoris: ſed non verum eſt, quod qui vult ſuſcipere actionem ex Edicto, euitare poſſit vtile iudicium rei vindicationis. Quinimo dupliciter probatur ex *d. l. 3. §. vlt.* ſententia quam defendo: tum quod ſi ratio iuris aduerſaretur, & impediret, ne actio in rem daretur contra eum qui dolo deſiit poſſidere, non poſſet facere voluntas Rei, vt recte inſtitueretur actio: tum, quod ſi vtile iudicium habet locum contra eum & in eum datur, qui dolo deſiit poſſidere: ſequitur neceſſario, quod deſierit poſſidere ante litem conteſtatam, quoniam ſi poſſideat tempore litis conteſtatæ, actio eſſet directa, quæ ob euentum & dolum ſecutum non poteſt mutari in vtile, per ea quæ paulo ante diſputauimus.

Ex his etiam apparet, ineptam eſſe ſententiam Dd. quos refert *Iaſon hic n. 83.* qui putant, ſententiam latam † contra eum qui dolo poſ- 15
ſidere deſiit, poſſe executioni mandari contra poſſeſſorem ſine nouo libello: quoniã ſententia fertur contra ipſum reum, qui dolo poſſidere deſiit, & contra ipſum mandatur executioni: non quidem iuſſum de reſtituendo, ſed quæ ſequitur ſententia, quanti actor in litem iurauerit. Qua executione non obſtante, vt paulo ante probauimus, competit domino adhuc actio contra verum poſſeſſorem: adeo id quoque ineptum & ex ignoran-

tia veteris iuris profectum, quod Iaſon menti tenendum eſſe monet: licet ſit opus nouo proceſſu, non tamen eſſe opus nouo libello.

Poſſeſſor dominum ſe dicat.] Antiquiſſimo iure ita obtinebat, vt *Boet. in comment. ad Topica Cicer.* docet, vt poſſeſſor conuentus rei vindicatione & ipſe contra vindicaret: & ita mutua fieret vindicatio, vt Gellius refert *lib.* 20. *cap.* 9. Conſtat id poſtea neceſſarium non fuiſſe, nec hoc quoque, vt poſſeſſor titulum poſſeſſionis ſuæ diceret *l. cogi* 11. *C. de petit. hered.* & abſolutum fuiſſe poſſeſſorem, dominio per actorem non probato, licet ipſe poſſeſſor nihil præſtitiſſet *§. retinendæ* 4. *verſ. commodum infra de Interdict.* adeo vt licet ex ſuperfluo in ſe ſuſceperit onus probandi dominii, & in eo ſuccubuerit, non tamen auferatur ei poſſeſſio, ſi actor intentionem ſuam non probauerit, vt recte *Iaſon hic n.* 111. vbi monet cautius facturum reum ſi nihil in ſe ſuſcipiat, niſi actor probauerit: ſane enim adhuc audietur ſi velit probare ſe eſſe dominum *arg. l. ſiquidem* 9. *C. de except. & l. exceptionem* 19. *C. de probation.* cuius probationis hunc effectum notant Dd. vt petere poſſit, pronuntiari pro ſe, quod ipſe ſit dominus: quæ ſententia ipſum contra quemcunque alium agentem faciet tutum, quę ſententia tamen vera non videtur: quoniam res inter alios acta, non poteſt tertio nocere, tum officium iudicis hoc eſt in hac actione, ſicut & in aliis, vt iubeat reſtitui aut vt abſoluat: niſi forte hunc effectum tribuimus iſti probationi, vt ſi poſſeſſio amiſſa ſit, & ad actorem peruenerit, actionem in rem demus ei qui probauit, contra poſſidentem qui ante egerat, non autem contra alium: *arg. l. ſed*
16 *ſi* 11. † *§.* 1. *de iureiur.* Vbi dicitur, ſi poſſeſſor deferente actore iurauerit, rem ſuam eſſe, amiſſa poſſeſſione actionem in factum ei competere contra eum qui detulit iuramentum: quamuis haud ſciam, an iſta recte comparentur: quoniam communi iure & autoritate prætorii Edicti ei datur actio, qui iurauit: atquin ex probatione ſimplici nulla datur actio: neque putarim iuris fuiſſe, vt iudex pronuntiaret rem eſſe actoris: quo alias poſito, defendi poſſet, actionem poſſe dari contra actorem qui ſuccubuit. Cæterum, vt hoc obiter addam, in quo ſe torquet Accurſius, non pugnat cum *d. l.* 11. *§.* 1. *de iureiur.* textus *in l. ſed et ſi* 7. (alias *l. eum qui*) *§. ſi petenti* 7. *de public. act.* vbi in iiſdem terminis, ei qui iurauit, datur publiciana in rem contra eum qui detulerat iuramentum. Etenim quod in aliis caſibus obtinet, quibus ex contractu actum eſt, vt concurrat actio in factum ex iuramento, cum actione ex contractu, ſuper quo iuratum fuit, *l. ſi duo* 13. *§. ſi quis* 3. *& §. ſeq. de iuram.* idem in actione in rem obtinet. Et nimirum iuramentum, quaſi titulum præbet ei qui iurauit, vt proinde poſt iuramentum etiam locus fiat actioni publicianæ. Ex quo præter mentẽ aliorum explico *d. l. ſi duo* 13 *§.* 1. *de iureiur.* vbi ICtus ait, ei qui iurauit rem ſuam eſſe poſt longi temporis præſcriptionem etiã vtilem actionem dari: nimirum contra quem cunq; poſſeſſorem: cum ante præſcriptionem actio publiciana vel in factum tantum contra eum detur, qui iuramentum detulit: vt nimirum pro titulo ſufficiat, iuraſſe, nam ſine titulo, longo tempore rem poſſediſſe, ad actionem vtilem non ſufficit. Dd. ſolent pro conciliatione iſtorum textuum diſtinguere, an iuramentũ fuerit delatum à domino vero, an, non domino. Sed eſt puta puta diuinatio: nec in dubio dum actor nihil probat, conſtare poteſt, an dominus ſit nec ne, *v. Iaſon. ad §. ſed iſtæ infra h. t. n.* 62. Quæ hic obiter data occaſione adiicere viſum fuit, quæ alias commodius referentur ſub *§. item ſi quis* 11. *infra h. t.*

TEXTVS.

2. Æque ſi agat quis, ius ſibi eſſe, fundo forte vel ædibus, vtendi fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicino aquam deducendi, in rem actio eſt. Eiuſdem generis eſt actio de iure prædiorũ Vrbanorum: veluti ſi quis agat ius ſibi eſſe altius ædes

des ſuas tollendi, proſpiciendive vel proiiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoq; de vſufructu, & de ſeruitutibus prædiorum ruſticorum, item prædiorum vrbanorum inuicem quoq; actiones ſunt proditæ, vt ſi quis intendat, non eſſe ius aduerſario vtendi fruendi, eundi, agendi, aquam ducendi: item altius tollendi, proſpiciendive, vel proiiciendi, immittendive: iſtæ quoque actiones in rem ſunt, ſed negatiuæ. Quod genus actionis in controuerſiis rerum corporalium proditum non eſt. Nam in his agit, qui non poſſidet: ei vero qui poſſidet, nō eſt actio prodita, per quam neget, rem actoris eſſe. Sane vno caſu qui poſſidet, nihilominus is actoris partes obtinet: ſicut in latioribus libris Digeſtorum oportunius apparebit.

COMMENTARIVS.

1 *An [illegible] poſſeſſionis, obligationis &c.*
2 *An actiones pro ſeruitutibus dentur poſſeſſori an contra poſſeſſorem.*
3 *Aſſertio textus contra Hottom.*
4 *De vno caſu quo agat poſſeſſor.*
5 *Ius altius tollendi an ſit ſeruitus.*

SEquitur de vindicatione rerum incorporalium, & nominatim, ſeruitutum. Sed an dominii an quo alio iure competit hæc vindicatio? Vt breuiter hic aliquid dicam, animaduerto dominii effectum in duobus fere conſiſtere, in iure rem perſequendi, & ſibi aſſerendi, (& ſcilicet plene) & in iure de re diſponendi. Ex quo iudicium facere licet, de opinione Cuiacii & Gœddei, qui etiam poſſeſ-
1 ſionis, † obligationis & cuiuſcunq; iuris, veluti quod creditor in pignore, quod ſuperficiarius & emphyteuta habent, dominium ſtatuunt: qui ſane ita eadem ratione & iuſtiori dominii ſtatuerent dominium. Et videmus toto iure dominium & poſſeſſionem, itemque dominium & obligationem opponi, vt iſtorum dominium non recte videatur & ſine confuſione ſtatui poſſe: & duo illi effectus hic non deprehenduntur: quoniam nec obligationem nec poſſeſſionem proprie loquendo perſequimur, ſed ipſam rem quæ in obligationem deducta, aut in qua tale ius vel ad quam habemus, vt ea nobis reſtituenda ſit. Ita non ius pignoris, aut ſuperficiarium, ſed propter ius adquiſitum, ipſas res, pignoratas, & quarum emphyteuſin aut ſuperficiem habemus, perſequimur, ac de his, vendendo quoq; & aliis modis diſponimus: qua de cauſa recte Dd. ipſius rei dominium, ſed vtile, ſuperficiario & emphyteutæ tribuunt. Equidem video creditorem præter actionem perſonalem habere aliquod ius diſponendi de obligatione, dum nomen & ita obligationem vendere, legare, & ita in alium transferre poteſt, ſed cum hoc ſingulari iure ſit receptum, & inſuper reuera obligatio nō transferatur, ſed neceſſum ſit, vt creditor mandet actiones, aut citra hoc tantū vtiles ex æquitate beneficio principum conceſſas actiones habeat emptor nominis, haud ſcio an ex hoc dominium obligationis defendi poſſit. Ad eundem modum, quod creditor ius pignoris cedere & in alium transferre poteſt, nō ſufficit, vt eum propterea dominium iuris pignoratitii dicamus: ſeruitutum autem propria ratio eſt, neq; enim hæ nobis quæſitæ faciunt, vt ipſum v.c. fundum in quo ſeruitutem habemus perſequi & quidquam de eo diſponere liceat: ſed tantum ipſius ſeruitutis perſecutio eſt: vt forte non abſurde aliquod dominium ſeruitutum conſtitui poſſit, ſiue illud verū, ſiue quaſi appellare velis, quod & proportionatis modis per quaſi traditionem & vſum adquiritur *l. 3. de vſufr. l. 1. in fin. de ſeru. ruſt. præd.* Et de hac re quoad ſeruitutes reales, diximus *ad §. vlt. ſup. de ſeru. reb. præd.* Et ſuper his iurib. ait eſſe Iuſtin. *in pr. h. §.* actiones in rē: ſiue ſit ſeruit⁹ perſonalis, videl. vſusfructus, ſiue realis, & hæc rurſus ſiue ruſtici ſiue vrbani prędii: q̄ ſingula exemplis illuſtrat. Sed videamus an conueniant hic quæ ad *§. præced.* neceſſa-

neceſſaria diximus in actione in rem. Dominium ſiue ius ex parte agentis, & poſſeſſionem ex parte Rei. Dominium ſiue ius & conſtitutam recte eſſe ſeruitutem, haud dubie actori probandum eſt. Sed alterum requiſi-
2 tum deficere & actio hæc † etiam poſſeſſori dari videtur, quod quidem de actione negatoria diſerte *in fin. huius* §. traditur, ita vt hic actiones pro rebus corporalibus & ſeruitutibus inter ſe opponantur. Sed & confeſſoria actione poſſeſſorem vti, confirmatur ex textu *in l. et ſi 6. § 1. ſi ſeru. vindic.* vbi ICtus ait quod idem ſit poſſeſſor iuris & petitor. Si tamen paulo ſubtilius conſideretur hæc res, deprehendemus, & hic quoque non omnimodo iuris eſſe poſſeſſorem, qui agit. Nam cum ſeruitutis poſſeſſio conſiſtat in vſu, vbi primum vicinus contra ſeruitutem aliquid facit, iam me turbare in poſſeſſione & ea quaſi ſpoliare videtur, quod euidentius apparet in ſeruitutibus, quæ conſiſtunt in faciendo, velut, eundo, agendo: in quo iure ſi impediar, iam poſſeſſionem amiſiſſe videor. Atqui in his quæ ſunt in eo, vt vicinus quid non faciat, velut vt ne altius tollat ædes, res minus eſt conſpicua, ſed tamen vbi primum vicinus ædes altius tollere incipit, iam poſſeſſio mea incipit conuelli. Dixerit quis non eſſe in actione in rem ſatis, vt actor non poſſideat, ſed etiam requiri vt reus poſſideat: quod vtique ad has actiones transferri non poſſe videatur. Et fatendum eſt, æquales terminos, & qui ſunt in vindicatione rerum corporalium hic poni non poſſe: vbi eadem res in ſpecie vindicatur, quæ ab altero tenetur. Hic in altero quaſi poſſeſſionem ſeruitutis, in altero quaſi poſſeſſionem libertatis conſideramus, quam dum [illegible] aſſerit vicinus, hoc ipſo de poſſeſſione ſeruitutis alter deiici videtur & vice verſa. Et hic quoque non eadem ratio eſt libertatis & ſeruitutis. Nam libertas [illegible] hoc facit, vt nihil alteri in fundo iuris ſit: [illegible] aliquid ponit, nimirum ius eundi, [illegible] vt tamen rurſus non eadem ſit ra-[illegible] quæ ſunt in non faciendo, velut ne [illegible] ædes ſuas tollat. Pro qua diuerſitate ſubtiliores aliquando ſunt [illegible] dicationes, ſed ſunt tamen. Vt redeamus ad prius illud, de poſſeſſione, & an poſſeſſor [illegible] nec ne, dicimus, ſubtilius loquendo, eum agere qui non poſſidet. Sed quoniam in vſu poſſeſſio conſiſtit, & turbatio aliqua aut attentatum non plene tollit vſum, dum alter contra nititur, fit, vt adhuc poſſidens experiri videatur: dum quauis turbatione interueniente & vel leuiter impeditus, vti poteſt hac actione. Quod ſi impedimentum ſit grauius & omnino vſum tollat, veluti ſi quis in loco per quem via debetur ædificauerit, iam omnino poſſeſſio ſeruitutis videtur amiſſa: adeo tum vere non poſſeſſori iuris dicitur competere actio confeſſoria. Idem ad actionem negatoriam transferri poteſt: nam ſiquidem leuiter contra libertatem prædii mei attentetur, ego adhuc poſſeſſor iuris recte videor: ſin v. c. vicinus paulo longiori tempore ſeruitutem ſibi vſurpauerit, aut quid contra libertatem prædii mei fecerit, iam ille magis in poſſeſſione ſeruitutis, & ego quaſi poſſeſſione libertatis deſtitutus videor, itaque tunc ego agam qui iuris non ſum poſſeſſor, quod & docent *d. l. 6. § 1. & l. ſicut 8. §. ſed ſi 3. ſi ſeru. vindic. l. vlt 5. §. vlt. ſi vſuſfr. pet.* Et itaque negatoria actione aliquando agens, procul dubio non eſt poſſeſſor iuris. Et proinde male videtur *in fi.* §. Iuſtinianus oppoſuiſſe actioni huic negatoriæ vindicationem rerum corporalium, in quibus ait eum agere qui non poſſidet. Cum enim ſemper in controuerſiis rerum corporalium agat, qui non poſſidet, ſiquidem recta eſt oppoſitio, ſequetur ſemper in incorporalibus actione negatoria eum experiri qui poſſidet. Atque ita quidem Hottoman. hic diſputat, ſcribens, nec ſe, nec alios à ſe adhibito, defendere Iuſtiniani argumentationem Iuſtiniani potuiſſe adeo implorat hic opem eruditiorum. Ego quidem inter eruditiores me non profiteor, ſed aut valde fallor, † aut in [illegible] Hottomannus lapſus eſt. 3
Et non adeo valde verſati in Logicis non difficulter hanc rem [illegible]. Neque enim Iuſtin. [illegible] hanc [illegible] propoſitionem,

de actione negatoria, quod ſemper ea detur poſſidenti: ſed tantum opponit vindicationem pro re corporali, quod ea ſemper detur non poſſidenti. Atquin non tantum cum vniuerſali negatiua, verbi cauſa; Numquam dari poſſidenti: pugnat vniuerſalis affirmatiua: ſemper dari poſſidenti, ſed etiam & quidem contradictorie, particularis affirmans. Quandam actionem negatoriam dari poſſidenti: & manet nihilominus verum & veriſſimum, quod tale genus actionis pro rebus corporalibus non ſit prodi[illegible]: quoniam qui has poſſidet, numquam agit, & nulla in his talis eſt formula, per quam neget poſſeſſor rem eſſe actoris. Atque hoc vnum eſt, quod contra hunc textum mouet Hottomannus.

Duo alia mouet, contra verba iam relata. Ei qui poſſidet non eſt prodita actio, per quam neget rem eſſe actoris. 1. Quod ſtultum ſit monere non competere ei actionem, qui poſſidet, cum nulla tam excors anus ſit, quæ de eo dubitare poſſit. 2. Quod his verbis, *per quam neget rem actoris eſſe*, moneatur, aduerſus actorem non dari actionem: quod itidem abſurde moneatur: qui enim detur actio contra actorem. Itaque quo ad primum pene putat, legendum eſſe *ei qui non poſſidet*, ſcilicet quod huic quidem pro rebus corporalibus detur actio, ſed quâ non neget alterius rem eſſe, ſed ſe dominum eſſe intendat: vt ita tantum ad formulam agendi hoc pertineat: alias qui ſe dominum eſſe intendit, hoc ipſo alterum dominum eſſe negat. Et propter hoc ipſum inepta eſt hæc emendatio Hottomanni: tum vel maxime, quia Iuſtiniani propoſitum eſt, opponere actionem negatoriam & vindicationem rei corporalis: quod nimirum illa etiam detur poſſidenti: hæc autem poſſidenti non detur. Itaque ait, hic agere eum qui non poſſidet, poſſidenti autem actionem proditam non eſſe: cæteroquin eſſet in genere accipiendum, quod pro ratione ponitur, non poſſidenti non dari actionem qua rem alterius eſſe neget: quod vtique in aſſertione iuris libertatis & in actione negatoria falſum eſt. Et vero plane friuola eſt obiectio Hottomanni, quod adfirmatiua lectio nō habeat rationem dubitandi: neque enim id neceſſe eſt, cum hoc ſaltem docere velit Iuſtinianus, in hac re differre vindicationem libertatis à rerum corporalium vindicatione, quod illa etiam qui adhuc eſt in quaſi poſſeſſione libertatis, vtatur: hac autem adhuc poſſidens non vtatur.

Quod ad alterum attinet, non diſplicet quidem, quod Hottom. ſuſpicatur, pertinere hoc ad veteres contradicendi formulas: & quod vt ad fin. §. præced. diximus, poſſeſſor conuentus contra vindicet & ſe dominum contendat, non autem neget rem eſſe actoris, Sed ideo tamen hoc minus placet, aut non ſatis placet, tum quod qui contra, te dominum eſſe dicit, vtique ſimul negat alterum dominum eſſe: tum quod dum contradicit, vtique hoc non facit agendo, ſed potius excipiendo: Iuſtinianus autem de formula agendi loquitur. Itaque dico hanc ſententiam Iuſtiniani eſſe (& neque ſemper exacta accuratio verborum exigenda eſt) quod in rebus corporalibus ita comparatum ſit, vt poſſeſſor alio agente conueniatur: & quod non ſit prodita formula, quæ præuertat poſſeſſor, & contra eum quem ſuſpicatur ſibi moturum controuerſiam, (quem paulo abuſiue actorem appellat) iudicio experiatur, & rem ipſius eſſe neget. Qua in re elucet differentia rerum corporalium, & iurium, & verbi cauſa libertatis. Rerum enim corporalium poſſeſſio ita eſt comparata, vt dum rem teneo, alter mihi (niſi per vim) poſſeſſionem rei interuertere non poſſit. Atquin rerum incorporalium poſſeſſio in nudo vſu conſiſtit, itaque cum poſſit alius me tacente per vſum ſibi ius ſeruitutis acquirere, & ita me quaſi ſpoliare iure libertatis, permiſſum mihi eſt, vt etiamſi needum ſit amiſſa poſſeſſio libertatis, experiri iudicio poſſim, & libertatem prædii mei aſſerere, hoc effectu, vt alter ne amplius iure quod ſibi aſſerit, vti poſſit. Atque hæc pro

BBB aſſerendo

aſſerendo textu contra corruptiones Hottomanni.

4 Difficilior tractatio eſt de † exceptione *in verſ. ſane vno in fi. §.* proponit regulam Iuſtin. quod poſſeſſori rerum corporalium non ſit prodita actio : à qua excipit vnum caſum, quo poſſeſſor agat, pro quo quærendo nos ad latiores Pandectarum libros remittit. Nuſquam magis verum eſt, quod dici ſolet : tot eſſe ſententias quot capita. Alii captant verba *actoris partes obtinet* : quaſi intelligeret reum & poſſeſſorem excipientem, & probantem, quo reſpectu cum loco actoris eſſe notiſſimum eſt *l. 1. de except.* Sed ita inepta eſſet exceptio ad regulam, quæ de actione proprie dicta loquitur, & inepte diceretur vnus eſſe caſus, & ineptum ſit, Iuſtinianum de huiuſmodi generali caſu exaudire. Et eodem redit exemplum Ioh. Fabri & aliorum, ſi poſſeſſor ſuſcipiat onus probandi, fit enim hoc per modum excipientis: & recte hoc refutat *Iaſon hic n. 59. & 60.* vbi probat primum exemplum gloſſæ de duplicibus iudiciis mixtis. Neotericorum non vnus quærit exemplum *in l. officium 9. de rei vindicat.* quod ibi agat ipſe commodans aut deponens, qui retineat poſſeſſionem. Verum licet ita communiter accipiatur d. l. 9. teſte quoque *Iaſone nu 58. hic*, tamen non probat hoc, ſed ſaltem quod commodatarius poſſit conuenire rei vindicatione : & nimirum ab alio, non vero ipſo commodante, qui fruſtra hac actione vtatur contra eum, qui nullam ipſi dominii aut poſſeſſionis controuerſiam mouet, quod ſi enim rem commodatam eſſe neget & eam ſibi aſſerat, iam poſſeſſio commodanti interuerſa eſt, arg *l. 3. §. ſi rem 18. de adqu. r. poſſ.* Et plane ſi agat commodans rei vindicatione, non poteſt agere qua poſſeſſor, ſed qua non poſſeſſor, dum hoc agit, vt res ſibi reſtituatur : cæteroquin verum eſt, quod non propterea videatur ſtatim renuntiaſſe poſſeſſioni, vt non mutato conſilio, aut actione commodati, aut Interdicto poſſeſſorio experiri poſſet, de quo *Iaſon hic n. 59.* Longum ſit ire per ſingula, & examinare omnes opiniones, quarum incommoda oſtendere facilius eſt, quam afferre meliora. Non abs re eſt, quod monent Donell. & Hottomannus, abſurdum videri, & hoc eſſe torquere non docere, vt pro vno caſu inquirendo, ad quē facile digitū intendere vno verbo potuiſſet, Iuſtinianus nos ad latiſſimos libros Pandectarum remiſerit. Neque ſimile eſt, quod à quibuſdam affertur ex §. *rurſus 5. in fin. h. t.* vbi quoque remiſſione vtitur ad latius volumen Pandectarum. Etenim ibi de certa materia agit Iuſtin. nimirum de reſtitutione eorum qui læſi ſunt: & cum exemplum propoſuiſſet de vſucapta re alterius, alios caſus quibus prætor reſtitutionem concedit, petendas ex Dig. docet: & quiuis intelligit vnde petendi ſint, & ſcilicet *ex lib. 4. Pandect.* vbi de reſtitutionibus tractatur: atqui actionum materia per totum corpus iuris eſt diffuſa. Et rectiſſime (Cuiac. hic, relegari nos ait à Iuſtiniano aliquando ad titulos aut libros, vt *d. §. rurſus in fin. vit. infra de publ. iud.* Sed numquam ad vnum caput & legem. Ea autem ratio Donellum & alios mouit, vt emendato textu putarint legendum, *ſane non vno caſu.* Qua admiſſa lectione, (quamuis & Theoph. legat ἐν ἑνὶ μόνῳ θέματι) hæc verba non pro exceptione propriȩ dicta fuerint accipienda (neque enim multi ſunt caſus, quibus poſſeſſor agit) ſed ita explicanda, quod licet poſſeſſor pro rebus corporalibus nō agat, ſint tamen aliqui caſus, quibus inſtar ſit actoris, & eius partes obtineat, velut in iudiciis mixtis, in præiudiciis, in interdictis &c. Qui autem legunt, *ſane in ho. caſu*, vel *ſane illo caſu*, vt Hottom. & referunt ad vindicationem rerum incorporalium & ipſarum ſeruitutum, in hoc incommodum incidunt : quod ita ieiune & inepte repeteret Iuſtin. id quod iam dixerat : & iſte *verſ.* non poteſt citra vitium ad aliud quam quod proxime præceſſit, de vindicatione rerum corporalium referri, quod arguit particula *ſane.* cæteroquin ad prius illud reſponderi poſſit, Iuſtin. non expreſſe dixiſſe in præcedd. quod negatoria detur poſſidenti. Et hanc lectionem Baro quoque & Cuiac. probant.

Super-

Supereſt vnum h. §. de formulis actionis confeſſoriæ & negatoriæ,& vtriuſque exemplis h.§. propoſitis. Conſtat actionem confeſſoriam dici, qua quis aſſerit ſeruitutem, & alterius prædium ſibi vel ſuo prædio ſeruitutem debere contendit negatoriam, qua quis libertatem ſui prædii aſſerit, & alteri ius ſeruitutis ſiue perſonalis, ſiue realis in eo competere negat: ſecundum quæ non leuem ſcrupulum mouet, quod *in pr. §.* inter exempla
5 confeſſoriç actionis, refertur ea qua quis † intendit ius ſibi eſſe altius tollendi, aut proſpiciendi: cum hoc modo aſſerat libertatem prædii ſui, iuxta quam, niſi impoſita ſeruitute, altius ædes tollere poteſt *l. altius C. de ſeruit.* Ex aduerſo vitioſe poſitum videtur inter exempla negatoriæ actionis *in verſ. contra* ea, qua quis intendit alteri non eſſe ius ædes ſuas altius tollendi: cum hoc modo vicinus ſuis ædibus ſeruitutem deberi affirmet & adſerat; Hæc res fecit vt Interpp. confingerent quandam ſpecialem ſeruitutem altius tollendi: ita tamen vt in varia dilapſi ſint, & alius aliud exemplum comminiſcitur, quos refutauimus *ad tit. de ſeru. præd. ſup. in §. prædiorum.* Impulit eo Doctores, quod religioſe nimis an ſuperſtitioſe ſenſerunt de Triboniano & Iuſtiniano,& pro abſurdo habuerunt dicere, aliquid offendiſſe hic Tribonianum, itaque vt teſtatur *Iaſon hic n.40. in fin.* omnes reprehenderunt primum intellectum gloſſæ, quod inter exempla actionis confeſſoriæ, ſint relata exempla negatoriæ, & vice verſa. Sed præſtat ſane ita potius ſtatuere, quam manifeſte nugari, & ſeruitutem aliquam altius tollendi, quæ nuſquã eſt, comminiſci. Itaq; cum gloſſa ego omnino ſentio, & rem hanc ita explico. Confeſſoria ſiue aſſertoria & negatoria conſiderantur vel ſecundum eſſe, quatenus reuera & effectu ſeruitutem aſſerunt, aut negant; vel ſecundum dici, quatenus formula externa vel affirmat vel negat. Quam duplicẽ conſiderationem inducit diuerſitas ſeruitutum; quarum aliæ ſunt in patiendo, vt vicinus aliquid in ſuo pati cogatur, quod nos faciamus, veluti tignum immittere, proiicere, & in ruſticis, ire, agere, & in perſonalibus, vti frui, aliç vero ſimpliciter in non faciendo, vt aliquid in noſtro facere non poſſimus, vicino nihil faciente, veluti ne ædes noſtras altius tollamus, ne vicini luminibus officiamus. In priori ſpecie actio qua quis vindicat ſeruitutem, & formula verborum & re ipſa confeſſoria & affirmatiua eſt. Aio mihi ius eſſe, vtendi fruendi, immittendi, eundi agendi &c. in poſteriori autem formula agendi negatiua eſt: veluti, Aio tibi ius non eſſe extollere ædes, officiendi luminibus meis: quo modo ædes tuas meis ſeruire aſſero. Ex aduerſo in priori ſpecie actio negatoria re & verbis talis eſt. Nego tibi ius eſſe, vel Aio tibi ius non eſſe, vtendi fruendi, agendi, immittendi &c. in poſteriori autem, re negatiua actio, ſed formula affirmatiua eſt. Aio mihi ius eſſe altius tollere ædes meas. Hac diuerſitate actionum, formularum & ſeruitutum non accurate ſatis conſiderata, videtur Tribonianus per iniuriam actiones eas, quæ commune nihil præter externam formam habebant, cum aliis coniunxiſſe. Quod ſi conſideramus rem ipſam, exempla, altius tollendi & non tollendi, tranſponi, & locum debent mutare. Ex his controuerſia etiam decidi poteſt inter Placentinum & Accurſium, Placentinus referente Accurſio dixit indefinite, negatoriam negatiuis, confeſſoriam affirmatiuis verbis concipi, quam ſententiam Accurſ. in ſeruitute altius tollendi falſam eſſe dicit, & recte, ſiquidem formulam externam verborum conſideramus: ceteroquin ſi effectum conſideramus, recte ſenſit Placent. quem ita etiam ſaluant Dd. & ipſe poſt eos *Iaſon hic n. 46. & 47.* quod in hac formula, Aio ius mihi eſſe altius tollendi, effectus verborum ſit negatiuus: cum & amplius alia forma negatiua dari poſſit eiuſdem effectus. Aio tibi ius non eſſe prohibendi, quo minus ædes meas altius tollam, & vice verſa in confeſſoria: Aio mihi ius eſſe prohibendi, ne altius tollas ædes tuas, ſed abrumpo.

(?)

TEXTVS.

3. Sed iſtæ quidem actiones, quarum habuimus mentionem, &, ſi quæ ſimiles ſunt, ex cauſis legitimis & ciuilibus deſcendunt. Aliæ autem ſunt quas prætor ex ſua iuriſdictione comparatas habet, tam in rem quam in perſonam: quas & ipſas neceſſarium eſt exemplis oſtendere, vt ecce plerumque ita prætor in rem agere permittit: vt vel actor dicat, ſe quaſi vſucepiſſe, quod non vſuceperit: vel ex diuerſo poſſeſſor dicat, aduerſarium ſuum non vſucepiſſe, quod vſuceperit.

COMMENTARIVS.

1 *An actiones ſint ex iure gentium.*

DIximus *ad* §.1. potuiſſe hanc primam ſtatui diuiſionem actionum in prætorias & ciuiles, & inde vtraſque ſubdiuidi in reales & perſonales. Sed eodẽ res redit, dum actiones primo in reales & perſonales, & vtraque in ciuiles & prætorias diſtinguuntur: vt *hoc* §. vbi Iuſtin. cum propoſuiſſet actiones in rem ciuiles: ſubiicit eſſe & prætorias in rem & in perſonam: vbi hoc vitium notari poſſe videatur, quod nulla exempla ciuilium in perſonam præmiſit. Sed Iuſtiniano ſatis viſum fuit *in pr.* notaſſe fontes & cauſas actionum in perſonam, quæ maximam partem ſunt ciuiles: vt ſuperuacuum exiſtimauerit, aliquas exempli loco proponere: & vel ideo, quod in tractatu præcedenti de contractibus & maleficiis vbique fere & actionum ipſarum fecit mentionem. Ait Iuſtinianus:

Iſtas actiones, & ſi quæ ſunt iis ſimiles, ita vt iuxta modo dicta haud dubio ſignificet & actiones in perſonam, deſcendere ex legitimis & ciuilibus cauſis, opponit, vt apparet ita actiones ciuiles prætoriis: & appellat actiones ciuiles eo ſenſu, quo obligationes ciuiles dicimus ex quibus naſcuntur actiones, quas fere omnes eſſentia ſua, ſicut & ipſos contractus à iure gentium eſſe conſtat *l. ex hoc* 5. *de iuſt. & iur.* §. *ſed ius in fin. ſupra de iur. nat.* Sed qui approbatione ſunt iuris ciuilis, & in Republ. Romana recepti, & obligationes receptæ, iuxta notata *ſupra de oblig at.* & porro eodem reſpectu & actiones quoque ciuiles recte appellantur: & adeo prorſus nihil agunt, qui hinc actiones † non eſſe à iure 1 gentium, probare volunt: quorum opinionem & *ad Treutl. & in Tract. de Actionib.* ſolide confutauimus, quamuis Dd. communiter eundem errent errorem *in d. l.* 5. *de iuſtit. & iur. & ad pr. ſup. h. tit. vbi Iaſon nu.* 39. *& ſeqq.* quorum præcipua ratio, quod actiones dicantur ciuiles & ex ciuilibus cauſa deſcendere *h. text. l. in commodato* §. *ſicut D. Commod. l.*1. §.1. *de ſuperfic. & ſi qui ſunt ſimiles*, vt in *l.* 4. §. *ex hoc edicto. Naut. caup. ſtab.* §. *non autem infra de perpet. & temp. act.* ex eo quod iam paucis verbis attigi, corruit. Iaſon autem *num.* 44. *ibid.* ait, ſe multum moueri hac ratione. Ex quo iure non naſcitur obligatio efficax ad producendam actionem, ex illo non poteſt nata dici actio. Atquin ex iure gentium non naſcitur talis obligatio. Ergo Aſſumtum probat, quod ex iure gentium ſit obligatio naturalis, quam conſtet non producere actionem. Et, quomodo igitur inquit, poſſibile eſt dicere, quod actiones ſint de iure gẽtium, quo iure nondum erat ciuilis obligatio: alias ſequeretur maximum abſurdum, quod cauſatum fuiſſet in eſſe productum ante ſuam cauſam. Addit quod actio ſit ius perſequendi in iudicio, iudicia autem omnia ſint à iure ciuili. Hoc argumentum, quod Iaſon putat eſſe Achilleum, quod pace ipſius dictum ſit, ſtramineum eſt: & nimis puerile, velle argumenta mutuari ex textibus iuris ciuilis, ad deciſionem quæſtionis huius, quæ ex rationibus politicis dependet: ita vt maxime ICtorum aliquis affirmaret eſſe actiones ex iure Romano, non ob id fides ipſi habenda eſſet, ſed nullus eſt qui id affirmet: nec

Digitized by Google

nec quod iure Romano ex naturali obligatione non naſcitur actio, facere poteſt, vt ex ratione iuris gentium ex ea actio dari non debeat, nam vnumquodque ius ciuile hic ſtatuendi habet poteſtatem. Sed & in verbis *naturalis obligatio*, eſt ambiguitas. Nec quiſquam eſt, qui dubitet, vel maxime ex iuris gentium contractibus eſſe naturalem obligationē, at nimirum ius ciuile, quandam obligationem naturalem, v. c. quæ ex pacto ſimplici naſcitur, noluit eſſe efficacem ad actionem in Rei publ. Romana producendam, ſed nec videntur noſtri Dd. ſatis intellexiſſe, quid non eſſet ius gentium. Eſt illud, in Idea, ſi conſideres, nullibi, ſed deprehenditur in ſingulis Rebuspublicis; & ad illud referuntur, quæ ratio communis omnibus gentibus dictauit. Itaque penitus falſum eſt, quod iudicia & magiſtratus iuri ciuili ſint accepta referenda. Quin imo, qui inſtinctus quaſi naturæ homines ad coeundum in communem ſocietatem & in ciuitates compulit, idem iudicia & magiſtratus, ſine quibus nulla Reſpublic. conſiſtere poſſit, introduxit, & vtique quæcunque apud gentes fuerunt, ea ad ius gentiū ſunt referenda. Et veriſſima igitur eſt ſententia, quam teſte Iaſone d. loco, Vltramontani defenderunt, actiones eſſe à iure gentium; ſed inepta plane ratione, (ſi fides Iaſoni eam referenti) quod deportatus, qui retinet ea quæ ſunt iuris gentium, retineat actiones, ex *l. ſi mandauero 22. §. is, cuius 5. Mandati.* Non dicam quod aliqui eum locum de relegato accipiunt, ſed dicam, quod hoc ipſum habeat deportatus beneficio iuris ciuilis & humanitate, vt actiones ſaltem vtiles mouere poſſit; dum videl. Lex permittit ei vſum bonorum poſt quæſitorum; ſed vſum tantum; nam ei mortuo nihilominus in bonis etiam poſt damnationem quæſitis, ex ratione veteris iuris ſuccedit fiſcus; vt alibi tractatur. Alias pro hac ſententia, quod actiones ſint iuris gentium, facit quod ipſe Iaſon ſcribit *infr. in §. in perſonam nu.* 1. iure gentium omnem conuentionem fuiſſe efficacem pro conſequēda manu regia; id eſt, vt hoc modo promittens cogatur ſeruare fidem. Quæ imploratio manus regiæ eſſentia ſua eſt actio. Neq; ex iure gentium omnes Reſpubl. monarchicæ ſunt. Sed nolo plura de hac quæſtione.

Vt ecce pleruunque.] Proponit duas ſpecies actionum prætoriarum in rem, (nam perſonalium prætoriarum exempla ſequuntur in §. *in perſonam 8. inf. h. t.*) quæ habent cauſam, quaſi, & fictum dominium: & quidem duplex ſiue dupliciter, vt hic locus oſtendit, 1. cum dominium fingitur adquiſitum, quod needum reuera eſt adquiſitum, 2. cum dominium adhuc durare fingitur, & needum amiſſum, quod tamen reuera ſecundum rationem iuris ciuilis amiſſum eſt. De priori eſt in *verſ. vt ecce*, quod in rem prætor permittat agere, vt actor ſe dicat quaſi vſucepiſſe, quod tamen, needum vſucepit; quæ eſt actio Publiciana, de qua in §. *ſeq.* De poſteriori in *verſ. vel ex diuerſo*, vt quis aduerſarium non vſucepiſſe dicat (& ita ſe adhuc dominum) quod tamen reuera vſucepit; quæ eſt actio reſciſſoria de qua in §. *ſurſus 5.* Itaque in *fin. huius §.* legendum eſt *poſſeſſorem* (non vt in vulgatis, *poſſeſſor*) quam lectionem Ferretus, Ruſſardus, Cuiac. Hotomann. Weſembec. probant, & ipſa ratio ſuadet; & inconcinnum eſt, quod Acc. coactus eſt, ita explicare, *poſſeſſor quondam, nunc petitor*, aut, *pro domino, ad quem nunc rediit poſſeſſio*: nec enim de poſſeſſore per exceptionem ſe defendente, ſed de eo, qui mouet actionem hic agitur. Duriuſculum tamen eſt, *poſſeſſorem dicat aduerſarium ſuum*, & verbum *dicat* præcedere deberet; tum & ſatis conſtat, actionem in rem non niſi contra poſſeſſorem dari. Itaque omnino probo eos, quos refert Contius, hoc verbum *poſſeſſor* expungere. Ita enim rectiſſime legitur, vt vel actor dicat ſe quaſi vſucepiſſe, quod non vſuceperit; vel ex diuerſo dicat (ſcilicet actor) aduerſarium ſuum non vſucepiſſe, &c.

Digitized by Google

TEXTVS.

4. Namque ſi cui ex iuſta cauſa res aliqua tradita fuerit (veluti ex cauſa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) nec dum eius rei dominus effectus eſt: ſi eius rei caſu poſſeſſionem amiſerit, nullam habet in rem directam actionem, ad eam perſequendam: quippe ita proditæ ſunt iure ciuili actiones, vt quis dominium ſuum vindicet: ſed quia ſane durum erat, deficere eo caſu actionem, inuenta eſt à prætore actio: in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe vſucepiſſe, quam vſu non cepit, & ita vindicat ſuam eſſe, quæ actio Publiciana appellatur: quoniam primum à Publico prætore in edicto propoſita eſt.

COMMENTARIVS.

Aſſumit Iuſtin. prius membrum ex *fin. §. præc.* vbi quis dicit ſe vſucepiſſe quod non vſucepit; quod fit per actionem Publicianã, ab autore prætore ita appellatam, cuius introducendæ ratio fuit, difficultas probandi dominij, quod tranſire in eum, qui ex quamuis iuſto titulo rem accepit, non poteſt, niſi ipſe tradens fuerit dominus; quod cum difficilime oſtendi poſſet, & tamen non probato dominio, in rei vindicatione ciuili, ſuccumbendum eſſet actori, quod iniquum viſum fuit prætori; vt quiuis poſſeſſor hoc modo vinceret, & potior eſſet; dedit hanc actionem prætor, qua obtineret, qui bona fide & iuſto titulo rem ſe accepiſſe, adeoque vtique in conditione vſucapiendi fuiſſe, probaret: quo probato præſumetur interim dominus, & ei quaſi domino poſſeſſor reſtituere rem tenetur; eoque ne qua offenderentur regulæ ſubtiles iuris ciuilis, placuit ſub colore dominij & quaſi impletæ vſucapionis hanc actionem intentari, vt in *fin. §. præc. & h. §. infi.* docet Iuſtinianus.

Et nimis temerarie ne quid grauius dicam Hottom. hic, totum hoc ait eſſe falſum & nugatorium: Nec credibile eſt, quidquam hic de ſuo commentum eſſe Tribonianum, ſed iſta ex veteri ICto deſcripta plane probabile eſt. Et cum ignoremus exactam rationem formularum veterum, modeſtius ſentire & ſcribere debemus. Et ita legimus, quod teſtamẽtum parentum per liberos exhæredatos, aut præteritos, ſub colore furoris impugnetur, cum tamen nil prohiberet ſub alia forma liberis ſuccurrere. Apparet autem hinc turpiter errare *Iaſonem hic n. 82.* vbi contendit, in hac actione expreſſe ponendum eſſe, quod quis non ſit dominus. Ex his etiam apparet eum quoque, qui in rei veritate eſt verus dominus, ſi dubitet an probare dominium poſſit recte vti publiciana; Ceteroquin vero domino qua tali hanc actionem non competere poſſe verius eſt, de quo late *Iaſon hic nu. 59. & ſeqq.* Et quoniam igitur hæc actio fundatur in colore vſucapionis, conſequẽter oportet eum, qui ea agere vult, fuiſſe in ea cauſa, vt rem vſucapere potuerit. Itaque requiſita vſucapionis hic adeſſe neceſſum eſt, & nimirum, vt res fuerit tradita, & ita poſſeſſio translata in accipientem, ſine qua vſucapio non procedit, *l. ſine 25. de vſucapion.* tum ſecundo, vt fuerit tradita ex iuſta cauſa & titulo, & 3. vt accepta fuerit bona fide; quod poſtremum huic §. adiiciendum eſt; quoniam alias non haberet locum vſucapio. Hæc enim res inducit æquitatem huius actionis, & vt *hoc* §. ait Iuſtinian. faciebat, vt durum haberetur deficere actionem.

Et hinc enim eſt, quod hæc actio regulariter contra dominum non datur *l. penult. de publie. act.* hic enim ceſſat æquitas actionis, cum domini conditio ſit potior. Hinc etiam eſt, quod nec contra eum poteſt obtinere & vincere agens hac actione, qui habet titulum *l. ſiue autem 9. §. ſi duobus 4. de public. act. Iaſon hic nu. 19. & Zaſ. num. 24.* quoniam oportet in actore, qui

qui rem euincere vult, ius eſſe potius, *argum. l. vlt. de public. act.* & cum actor non neceſſe habeat probare dominium, ſed tantum titulum & bonam fidem, ſi poſſeſſor idem ius probare poſſit, merito agente potior erit. Cetera quæ ad hanc rem pertinent, prolixe in *tracta- tu de act. diſp.* 3. explicauimus. Hottom. ſaltem qui cornicum oculos configere vult, ſententia nobis explicanda eſt. Statuit ille, hanc publicianam actionem pro iis fuiſſe introductam, qui non iure Quiritiũ facti dominij fuiſſent, & nimirum, qui citra mancipationem, in iure ceſſionem, & eos modos quos refert *Vlp tit.* 20. rem accepiſſent, ſimplici traditione. Atq; ita ex ſententia Hottom. etiam dominij bonitarij, & vt maxime à vero domino rem accepiſſent, hac actione vtebantur: quoniam vt maxime verus dominus rem, ſed citra nexum tradidiſſet, dominium bonitarium tantum ex ratione iuris veteris tranſibat. Vlp. tit. 1. §. *qui tantum.* Hanc ſententiam falſam eſſe dico, & ſcrupuloſitatem illam mancipationis iam magnam partem tempore ICtorum noſtrorum in vſu deſijſſe exiſtimo. Et vero quod actio in rem directa, fuerit data nõ tantum his, qui ſpeciali modo iuris Quiritium dominium cõſecuti eſſent, ſed etiam, qui iure gentium, expreſſum eſt, in *l. in rem* 23. *de rei vindic.* quem cum ipſe Hottoman. adducat, apparet eum ſtudio nouandi, aut contradicendi in tam abſurdam ſententiam abreptũ. Et paſſim noſtro iure vſucapere ille dicitur, qui à non domino rem accepit in *pr ſup. de vſucap.* & patet ex *l. 1. de vſucap.* vbi hic finis vſucapionum dicitur, ne dominia ſint in incerto. Atquin & olim, qui tantum bonitarium dominium habebat, licet poſſidẽdo per annum aut biennium conſequeretur & dominium Quiritarium argum. *l. ſi ſi ...* 15 §. *Iulianus* 16. *de damn. inf.* tamen etiam propter ſolum bonitarium dominium ſeruus erat, neq; qui nudus dominus Quiritarius manſerat, vllam bonitario controuerſiam poterat mouere. Sed & diſerte in *l. 1. de public. act.* prætor proponit hanc actionem, vbi res eſt tradita à non domino, & in *l. ſi ab eo* 18. *de pign.* dicitur ei competere publiciana, qui dominium non habuit; & in *l. ſi inter* 21. §. 1. *eod.* qui à non domino accepit; idem in *leg. ſiue* 9. §. 4 *& paſſim de Publiciana action.* Aut an ea omnia à Triboniano corrupta dicimus? Ita belle iura tractabimus. Accedit, quod cum, vt diximus, exceptio dominij obſtet Publicianæ actioni, & dominus potior ſit, vtique dominium bonitarium domino nudo Quiritario conſtat fuiſſe potiorem.

TEXTVS.

5. Rurſus ex diuerſo, ſi quis cum Reipublicæ cauſſa abeſſet, vel in poteſtate hoſtium eſſet, rem eius, qui in ciuitate eſſet, vſuceperit: permittitur domino, ſi poſſeſſor Reipubl. cauſſa deſierit abeſſe, tunc intra annum reſciſſa vſucapione eam petere, id eſt, ita petere, vt dicat poſſeſſorem vſu non cepiſſe, & ob id ſuam eſſe. Quod genus actionis quibuſdam, & aliis ſimili æquitate motus prætor accommodat, ſicut ex latiore Digeſtorum, ſeu Pandectarum volumine intelligere licet.

COMMENTARIVS.

1 *Non valenti agere, an currat præſcriptio.*
2 *De remed o reſcindente & reſciſſorio.*

ALterum hoc eſt, quod in *fin.* §. *ſed iſta* propoſuit Iuſtinianus, cum dicit actor aduerſarium non vſucepiſſe quod vſucepit reuera; quod diſerte & *hoc* §. repetit; & ita docet in actione Publiciana & reſciſſoria, de qua hoc §. fuiſſe contrarias quodammodo formulas, ſed ad diuerſas perſonas actorem & reum relatas. In illa dicebat actor ſe vſucepiſſe, quod non vſuceperat: in hac dicebat reum non vſucepiſſe, quod vſuceperat: illo caſu

caſu dominium pro adquiſito; hoc pro non amiſſo habebatur; vt vel hinc confutetur Hottomannus, qui vt ad §. *praeced.* retulimus, falſum & nugatorium eſſe ait, quod de formula Publicianæ actionis ſcribit Iuſtinianus: & enim cumulat errorem, & imprudentiam dum hanc quoque formulam reſciſſoriæ actionis hic propoſitam ineptam eſſe arguit. Et quis vero credere poſſit, hæc conficta à Triboniano?

Duobus autem caſibus principaliter hæc actio competit, & ita vt dixi, actor intendit, 1. quando abſens vſucepit rem præſentis, qui in ciuitate erat; quem ſolum hic proponit Iuſtin. 2. quando, qui in ciuitate eſt, vſucepit rem abſentis, quem vtrumque caſum cõiungit ICtus in *l. item 21. in princip. ex quibus cauſ. maior.* quod prætor hoc agat, vt abſentes, nec capiantur (id eſt, damnum patiantur,) nec capiant, & videl. alijs damnum inferant. Vtriuſque enim communis ratio eſt, quod nec abſens, nec abſenti iniqua conditio debet inferri; nec me, aut abſentem, aut per abſentiam alterius lædi æquum eſt. Itaque licet ſummo iure vſucapio impleta ſit, adeoque iure ciuili ei cuius res, vel abſentis, vel per abſentem vſucapta ſit, actio non competat, tamen ex æquitate prætor conceſſa reſciſſoria actione eo rem deducit, vt perinde ſit, ac ſi res vſucapta non fuiſſet. Et quia æquitatem conſiderat prætor, ideo quo ad abſentiæ ſpecies & cauſas intereſſe voluit, an abſens vſuceperit, an abſentis res vſucapta ſit. Illo caſu inter abſentiæ cauſas non diſtinguimus; quæcunque enim cauſa abſentiæ ſit, non æquum eſt eam mihi nocere; idque ex h. §. apparet, ex quo reſtitutio & actio datur contra eum, qui Reipubl. cauſa abeſt, aut ab hoſtibus (quod iuſtiſſimum eſt impedimentum) captus eſt. Hoc autem ſuccurri tantum ei qui ex iuſta, aut neceſſaria cauſa abeſt, communiter notant Dd. & probant ex *l. item hi 4. cum ſeqq. l. reipub. 36. l. non vere 42. ex quibus cauſ. maior.* His præmiſſis videamus textum noſtrum, & eius verba; nam ex eo intelligetur quid in altero caſu, vbi abſentis res vſucapta fuit, iuris fuit: cum præſertim hanc rem late in *Tract. de actionib. diſp. 3.* explicauerimus. Ait Iuſtinianus:

Rurſus ex diuerſo.] Ait *ex diuerſo*, quia oppoſitus eſt hic caſus ei de quo in §. *praeced.* &, vt diximus, Publiciana agit, qui dominiũ numquam habuit, tamquam ſi illud per vſucapionem adquiſiuiſſet: Sed hac actione agit, qui habuit dominium, perinde ac ſi adhuc dominus eſſet, cum tamen alius ipſo iure per vſucapionem hoc adquiſiuiſſet.

Vel in hoſtium poteſtate eſſet.] Vt hoc procedat, & contra reuerſum detur reſciſſoria actio, oportet poni terminos habiles, quibus ab hoſtibus captus vſucapionem poteſt implere; nimirum ſi capti ab hoſtibus filius, aut ſeruus teneant aliquam rem ex cauſa peculiari, *text. in l. ait, 23 §. 3. ex quib. cauſ. maior. l. iuſto 44. §. vltim. de vſucap.* Ceteroquin ſi ab hoſtibus quis capitur, & poſſeſſio & vſucapio interrũpitur, & nec eo quidem reuerſo redintegratur, tantum abeſt, vt retro ſemper poſſeſſor fuiſſe fingatur, quoniam hic poſtliminij fictio eiuſque effectus ceſſat *l. denique 19. Ex quibus cauſ. maiores. l. ſi is, qui 15. in princip. de vſucapionib.*

Rem vſuceperit.] Et igitur abſens poteſt vſucapere, neq; enim abſentia ſi nihil aliud accedat, interrumpit poſſeſſionem. Vbi obiicitur; quod vulgo iactatur: contra eum, qui agere † non poteſt, non currere præſcriptionem. 1
Atquin præſens contra abſentem agere non potuit. Hæc enim eſt huius reſtitutionis cauſa, quod præſens rem ſuam à poſſeſſore abſente non vindicare, & ita præſcriptionem interrumpere non valuit. Ex quo fit, vt ſi vel procurator relictus, vel quicunque alius abſentis defenſionem ſuſcipere paratus fuerit, reſtitutio non detur, *l. item 21. §. 1. cum ſeqq. & l. ſeq. ex quibus cauſ. maior.* Nec enim facile vſucapio iure ciuili, reſcindi, & prior dominus audiri debet, vbi communi iure ſibi aduerſus abſentem potuit conſulere. Ex quo & illud conſectarium deducitur, iure Iuſtinianeo nouiſſimo, ex hac cauſa amplius reſtitutionem non dari; poſtquam præſenti remedium

Digitized by Google

medium proditum eſt, quo vſucapionem cõtra ſe cœptam, vel maxime abſente poſſeſſore interrumpere poſſit, in *l. vt perfectus* 2. *C. de annal. except.* nimirum per conteſtationem coram magiſtratu factam, quamuis Dd. contra frequentius exiſtimare videantur; ſed ex friuola ratione, quam refert hic *Iaſon numer.* 23. quod iſto remedio non poſſit ipſam rem conſequi præſens; neque enim in terminis quos tractamus, & quibus reſtitutio olim dabatur, hoc conſequi contra abſentem præſens poteſt, vt res reſtituatur ipſa: itaque hoc ſatis eſt, quod hodie beneficio *d. l.* 2. interrumpere poteſt vſucapionẽ, qui præſens eſt, & ita ſibi contra quandocunq; reuerſum conſeruare directam actionem, quæ ſi conſeruari integra alia ratione potuiſſet, prætor ſuo edicto & actione propoſita, remedium reſtitutoriũ nõ dediſſet. Iam vt ad ꝑpoſitionem maiorẽ redeam⁹ argum. propoſiti, quod non valẽti agere non obiiciatur, imo non currat pręſcriptio: cõmuniter diſtinguũt Dd. inter impedimentũ facti & iuris; quod hoc demum, non itidem illud inhibeat & ſiſtat vſucapionẽ. Quę diſtinctio optimã & perſpicuam rationẽ habet; neq; n. ius quod introduxit vſucapionem factorum ſingulorum, aut quæ in facto poſſunt agendi afferre impedimentum, poteſt habere rationem; Ceteroquin nimis ſæpe inhiberetur vſucapio & eſſet in incerto. At vbi ipſum pariter ius iniicit impedimentum agendi, tunc & ipſam inhiberi vſucapionem ratio ſuadet. Atquin impedimentum de quo hic agimus, non iuris eſt ſed facti. Atq; hinc contra filiumfamilias, quia ratio iuris facit, quominus agere poſſit, præſcriptio quoque non currit *l.* 1. *in fin. Cod. de ann. except.* nec contra mulierem, interim dum ratione iuris obſtante actionem mouere non poteſt *l. in rebus* 30 *verſ. omnis Cod. de iure dot.* nec vbi obligatio conditionem, aut diem habet *l. cum notiſſimi* 7. *§. illud* 4. *Cod. de præſcr.* 30. *annorum*. Quæ ita obtinent in impedimento iuris, vt ita dicã, intrinſeco, ordinario & perpetuo, & quod ipſam perſonam inhabilitat aut obligationem, ſec⁹ in extraordinario & extrinſeco, veluti, propter ferias, aut quod prętor ſui copiam nõ facit, aut Imp. ſpeciale beneficium dilationis concedit, vt *l.* 2. *Cod. de preib. Imp. off.* hic enim præſcriptio inchoata currit, ſed datur reſtitutio, de quo *v. Gomez. hic n.* 14. *& ſeq. Bald. in l. quibus* 2. *C. d. t. col.* 1. *&* 2. Quæ interim annotare viſum fuit contra A. Fabrum, qui de errorib. pragm. *decad.* 3. *cap.* 9. *& dec.* 88. *err.* 8. abſurde contendit, nec iuris impedimento inhiberi, & ſiſti vſucapionem.

Permittitur domino.] Ita dicitur, vel temporis præteriti conſideratione, vel quia vt diximus, hoc colore hanc intendit actionem, quaſi etiam num dominus eſſet.

Tunc reſciſſa vſucapione.] Hic aliquid dicendum eſt, de opinione Dd. qua hic duplex remedium † ei, qui læſus eſt, dari & neceſſarium eſſe putant, reſcindens & reſciſſorium. 2
Ita nimirum ſtatuunt; primo libellum eſſe offerendum pro reſcindenda vſucapione, & ita iuxta libellum iſtum prætorem officio nobili reſcindere quaſi vſucapionem: & tum reſciſſa vſucapione, per hoc reſcindens iudiciũ, tum demum prætorem dare reſciſſoriam actionem, per quam ipſam rem actor conſequatur. Equidem iure veteri in omnibus actionibus fere duplicis iudicij ſpecies apparebat; quædam enim in iure fiebant apud prætorem, formula petebatur, exceptiones, replicationes proponebantur, pro qualitate actionum, & formulæ inſerebantur, tum demum partes cum formula ad iudicem pedaneum mittebantur. At enim tractatio illa apud prætorem iudicium non dicebatur; & Doctor. proprium quid hic ab alijs actionibus ſtatuunt obtinere; cum præſertim non de veteri, ſed de eo proceſſu & iure diſputẽt, quo ipſi magiſtratus iudicant; & putant (ꝙ longe ab aliis iudiciis erat alienum) duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem duplicem etiam pronuntiationem interuenire, nimirum decretum magiſtratus quo reſcindatur vſucapio; tum ſententia iudicis, quo res reſtitui iubeatur. Quod ego falſum eſſe dico.

Fatebor quidem & amplius, accidere ali-

CCC quan-

quando, vt duplex quaſi pronuntiatio intercedat;& hoc ſcilicet in reſtitutionibus minorum; veluti ſi manus ſint porrigendæ contra tertium:&vbi v.c.qui rem a minore emit,iam in alium transtulit; hoc enim caſu cognita cauſa, ſi minoris ipſam rem habere interſit, prætor eum contra tertium, & ſcilic. rei poſſeſſorem reſtituet,licet hic nihil cum minore contraxerit, vt eſt in *l.in cauſæ* 13.§. *1.de minoribus*.Et tamen magis puto, nec in his terminis duplex pronuntiatum interueniſſe, aut prætorem per proprium quoddam decretũ contractum reſcidiſſe,& tum demum in rẽ actionem minori dediſſe,ſed ſi prætor cauſa cognita deprehendiſſet,æquum eſſe, vt res minori reſtitueretur,recte ei reſciſſoriã actionẽ contra tertium poſſeſſorem conceſſiſſe, ſed ꝙ ex *d.l.*13.§. 1. probatur, dum ait ICtus, quod minori contra tertium ſuccurratur, aut cognitione prætoria, aut data in rem actione; id eſt; vt prætor, vel det iudicem pedaneum, vel ipſe negotium totum decidat, & rem recta minori reſtitui iubeat: Ineptum autem ſit putare, prætorem primum per decretum, actum ſiue cõtractum reſcidiſſe, & tum demũ quaſi ſeparato iudicio rem reſtitui iuſſiſſe. Et igitur duplicitas hæc iudicij reſcindentis, & reſciſſorii apparet nuſquam; quæ & longe abſurdior ſit futura in noſtro caſu, vbi tantum agitur cum vno. Et ita omnino ſtatuendum eſt, quod ſicut in edicto quod metus cauſſa, & de dolo, non alio modo prætor reſtituere dicitur, quam dum concedit actionem metus & doli. Ita & hic reſtitutionem poſitam eſſe in ipſa actionis reſciſſoriæ conceptione: dũ prætor cauſa cognita actionem contra eum, qui rem vſucepit, cõcedit. Et teſtatur *Iuſtinian.in* §.*ſed iſtæ* 5.*inf.h.t.* quod in hac actione actor dicat poſſeſſorem non vſucepiſſe, quod tamen vſucepit, quæ formula non conueniret, ſi iam alio iudicio reſciſſa eſſet vſucapio; &, ſi id ita eſſet, iam veteri actioni locus eſſet, nec neceſſaria noua actio prætoria, quæ vtilis & reſciſſoria dicitur *l.vlt.Cod.quib.ex cauſ.maior.l.3. de reſtitut. milit l.ab hoſtibus* 18.*Cod.de poſtlim.reuerſ.* Poſſit fortaſſe hic explicari, quod prætoris decretum nõ habeat eam vim, vt completam iure ciuili vſucapionem reſcindere & nullam reddere, & rurſus eodem iure ciuili extinctam actionem reſtituere & reducere poſſit: itaq; vtcunque decreto reſcindente præuio, nihilominꝰ tamen ita agendum, & nouam actionem neceſſariam fuiſſe, ſed, vt hoc ita ſit, cui bono igitur fuerit, vt prætor decreto proprio ſuper reſciſſione vſucapionis pronuntiaret? Vidi qui pro duplici iudicio adſtruendo produceret *l.vltim.§.vltim.ad Sc.Velleian.* vbi ait Iuriſconſultus reſciſſa interceſſione in dominum reſtitui actionem. Sed conſtat ſane, in materia huius SCti, nullum duplex iudicium reſcindens & reſciſſorium eſſe: Sed nimirum aut mulier tantum acceſſit obligationi, & mulieri tantum ſuccurritur; aut ita interuenit,vt prior obligatio perimeretur & vetꝰ debitor liberaretur; & tunc in veterem debitorem actio reſtituitur,quæ & ſimpliciter in eũ dare dicitur in *leg.quamuis* 8.§.*quoties* 7.*&* §.*Marcellus* 9.*ad Velleian.* eademque ratio eſt ſi pro ſeruo interuenerit, vt in dominum reſtituatur actio *d.l.vltim.*§.*vlt.* quod ſimplicius proponitur in *leg.ſed ſi* 9.*eod.tit.* Ceteroquin non aliunde rectius quam ex *d.l.vlt.* §.*vltim.* explicari poteſt, quod in *h.*§. *& in l.in honorariis* 35. *in fin.de O.& Act.* dicitur, reſciſſa vſucapione rem peti; quibus verbis Dd. ad tuendum errorem ſuum abutuntur, nihil enim aliud ſignificant, quam quod in *d.l.vltim.* ſignificat, reſciſſa interceſſione actionem in dominium dari, aut reſtitui, & videlicet vt interceſſio mulieris pro nulla habeatur, & prætor tamquam ſi ea non interueniſſet, in dominũ det actionem; Ita & hic dicitur idem, quoniam prætor cauſa cognita,vſucapionem pro nulla habet; & ſignificatur effectus reſciſſoriæ actionis, quæ non obſtante vſucapione rem à poſſeſſore euincit; adeo vt ipſa dum prætor actionem hanc concedit; vſucapionem quaſi reſcindit.

Eodem ſenſu dicitur in *l.metum* 9.§.*volenti* 4.*quod met.cauſ.* in perſonam dari actio reſciſſa acceptilatione; ſi videlicet quis per vim, inten-

tentato metu coegerit ſibi accepto ferri debitum; eſt enim & hic vtilis in perſonam, vt acceptilatio pro nulla habeatur, itemque in §. *ſeq. reſciſſa traditione rem peti*, ex quo non niſi ridicula duplex iudicium quis introduxerit. Poſſit etiam quis pro ſententia Dd. moueri ex *l. nouiſſime 7. §. penultim. quod falſ. tut. aut.* Vbi dicitur venire in iudicium illud fructus, quos quis in reſtitutorio iudicio eſt facturus: adeo per illud iudicium poſſit intelligi iudicium aliquod reſtituens, poſt quod ſequatur reſtitutorium. Quæ autem iudicij reſtituentis & reſtitutorij, eadẽ reſcindentis & reſciſſorij ratio eſt. Sed naſcitur iſta obiectio ex falſa iſtius loci interpretatione: & iudicum iſtud in quo habetur ratio ſumptuum futurorum, non eſt aliquod iudicium reſtituens, quod agitetur coram prætore, & quo hoc tantũ agatur, vt reſtituatur actio; ſed eſt vera actio, quæ tractatur coram iudice pedaneo, & ſcilicet alio in factum in tutorem falſum, qui tamquam tutor præbuit autoritatem puberi cum actio contrahenti, & eſt actio quaſi ex delicto & quæ coercet dolum *l. huius 9. §. 1. l. falſus 11. quod falſ. tut.* & in conceſſione huius actionis, ipſa reſtitutio conſiſtit, quam edicto ſuo pollicitus eſt prætor *l. 1. §. vlt eod. tit.* à quo plane diuerſum eſt iudicium reſtitutorium, cuius eſt mentio in *d. l. 7. §. pen.* & quod datur in pupillum, qui forte ex contractu factus eſt locupletior. Ex quibus etiam confutatur alia opinio Dd. relata à *Iaſ. hic n. 16.* qua hanc actionem ab alijs diſtinguunt; quod hæ ſimpliciter ob ius quæſitum competant; ſed pro illa ſit implorandum officium iudicis, nam omnes actiones olim à prætore erant petendæ, ſed hanc ſaltem agnoſco rationem differentiæ; quod aliẹ actiones verbi cauſa ex contractu quæſitæ ſimpliciter concedebantur, ſed hæc ſicut & aliæ reſtitutoriæ cauſa cognita dabantur, & ſæpe à prætore negabantur: Cetera explicata ſunt in *tractat. de Action. diſput. 3.*

Intra annum.] Præcedens error quem confutaui, alij & grauiori errori cauſam dedit; vt nimirum ſtatuerent duplex tempus; alterum pro iudicio reſcindente, alterum pro reſciſſorio, & illud quidem intra quadrienniũ continuum durare, quo referunt *l. vlt. Cod de temp. in int. reſtitut.* hoc autem finiri anno vtili referunt hunc textum & ceteros, qui vtilis anni faciunt mentionem, *l. in honorariis 35. de O. & A. l vlt. Cod. Ex quib. cauſ. maior. l. ab hoſtib. 18. C. de poſtlim. reuerſis*, omnino abſurde, cum nuſquam in Digeſtis & Cod. niſi vtilis anni mentio fiat, & Iuſtin. in *d. l. vlt. C. de temp. reſtit.* annum vtilem in quadriennium continuũ mutauerit. Et nimirum prætor petita reſtitutione protinus hanc actionem dabat, adeo aliud tempus conſtituere, intra quod ea moueatur penitus ineptum & ridiculum eſt; quoniam ipſa actio à prætore petebatur, qua petita & impetrata iam non amplius ſupereſt quæſtio, intra quod moueri poſſit. Itaque vnicum tantum eſt tempus intra quod reſtitutio & hæc actio reſciſſoria petitur, vt pluribus oſtẽdi *d. diſp. 3. th. 29* Et eſt iſta noua actio prętoria & falſum quod reſciſſo obſtaculo veterem dari actionem poſt Dd. *ſcrib. Iaſ. h. t. n. 14.*

Illud autem ſingulare eſt, quod hoc tempus quadriennij continui, præter naturam aliarum actionum, non tantum introducendo negotio, & inſtituendæ actioni, ſed etiam finiendæ præfinitum eſt, *d. l. vltim. Cod. de temp. reſtit.* idemque probat *l. pen. & l. 5. C. eod. tit.* iuncto textu, ex quo deſumpta eſt, in *l. 2. Cod. Theod de in int. reſtitut.* & quod iudicium quoque doli intra biennium voluit finiri. Conſtantinus in *l. vltim. Cod. de dolo.* Et hoc forte, quia hæc iudicia ſunt extraordinaria, quæ dantur contra actus iure ciuili perfectos. Nec diſſimile eſt; quod ſpeciali fauore cauſæ fiſcales intra ſex menſes finiendæ ſunt, *leg. vlt. vbi Cuiacius Codic. de iure fiſci*: & ſuper cauſis excuſationum quæ agitatur controuerſia; intra quatuor menſes abſolui debet *l. quinquagint. 38. de excuſat. tut.* quæ tamen omnia accipienda ſunt cum mica ſalis, vt ſi qua iuſta cauſa interueniat, aut mora contradictoris, vel iudicis, tempora prorogentur, aut vtique reſtitutio concedatur, *arg. l. ſi cum 39. de excuſat.* quod enim ibi reſponſum eſt, in ſimilibus

CCC 2 quo-

aſſerendo textu contra corruptiones Hottomanni.*

4 Difficilior tractatio eſt de † exceptione *in verſ. ſane vno in fi.* §. proponit regulam Iuſtin. quod poſſeſſori rerum corporalium non ſit prodita actio : à qua excipit vnum caſum, quo poſſeſſor agat, pro quo quærendo nos ad latiores Pandectarum libros remittit. Nuſquam magis verum eſt, quod dici ſolet : tot eſſe ſententias quot capita. Alii captant verba *actoris partes obtinet* : quaſi intelligeret reum & poſſeſſorem excipientem, & probantem, quo reſpectu eum loco actoris eſſe notiſſimum eſt *l. 1. de except.* Sed ita inepta eſſet exceptio ad regulam, quæ de actione proprie dicta loquitur, & inepte diceretur vnus eſſe caſus, & ineptum ſit, Iuſtinianum de huiuſmodi generali caſu exaudire. Et eodem redit exemplum Ioh. Fabri & aliorum, ſi poſſeſſor ſuſcipiat onus probandi, fit enim hoc per modum excipientis: & recte hoc refutat *Iaſon hic n. 59. & 60.* vbi probat primum exemplum gloſſæ de duplicibus iudiciis mixtis. Neotericorum non vnus quærit exemplum *in l. officium 9. de rei vindicat.* quod ibi agat ipſe commodans aut deponens, qui retineat poſſeſſionem. Verum licet ita communiter accipiatur d. l. 9. teſte quoque *Iaſone nu. 58. hic*, tamen non probat hoc, ſed ſaltem quod commodatarius poſſit conuenire rei vindicatione : & nimirum ab alio, non vero ipſo commodante, qui fruſtra hac actione vtatur contra eum, qui nullam ipſi dominii aut poſſeſſionis controuerſiam mouet, quod ſi enim rem commodatam eſſe neget & eam ſibi aſſerat, iam poſſeſſio commodanti interuerſa eſt, arg *l. 3. §. ſi rem 18. de adquir. poſſ.* Et plane ſi agat commodans rei vindicatione, non poteſt agere qua poſſeſſor, ſed qua non poſſeſſor, dum hoc agit, vt res ſibi reſtituatur : cæteroquin verum eſt, quod non propterea videatur ſtatum renuntiaſſe poſſeſſioni, vt non mutato conſilio, aut actione commodati, aut Interdicto poſſeſſorio experiri poſſet, de quo *Iaſon hic n. 59.* Longum ſit ire per ſingula, & examinare omnes opiniones, quarum incommoda oſtendere facilius eſt, quam afferre meliora. Non abs re eſt, quod monent Donell. & Hottomannus, abſurdum videri, & hoc eſſe torquere non docere, vt pro vno caſu inquirendo, ad quē facile digitū intendere vno verbo potuiſſet, Iuſtinianus nos ad latiſſimos libros Pandectarum remiſerit. Neque ſimile eſt, quod à quibuſdam affertur ex §. *rurſus 5. in fin. h. t.* vbi quoque remiſſione vtitur ad latius volumen Pandectarum. Etenim ibi de certa materia agit Iuſtin. nimirum de reſtitutione eorum qui læſi ſunt: & cum exemplum propoſuiſſet de vſucapta re alterius, alios caſus quibus prætor reſtitutionem concedit, petendas ex Dig. docet : & quiuis intelligit vnde petendi ſint, & ſcilicet *ex lib. 4. Pandect.* vbi de reſtitutionibus tractatur : atquin actionum materia per totum corpus iuris eſt diffuſa. Et rectiſſime (Cuiac. hic, relegari nos ait à Iuſtiniano aliquando ad titulos aut libros, vt *d. §. rurſus in fin. vlt. infra de publ. iud.* Sed numquam ad vnum caput & legem. Ea autem ratio Donellum & alios mouit, vt emendato textu putarint legendum, *ſane non vno caſu.* Qua admiſſa lectione, (quamuis & Theoph. legat ἐν ἑνὶ μόνῳ θέματι) hæc verba non pro exceptione proprie dicta fuerint accipienda (neque enim multi ſunt caſus, quibus poſſeſſor agit) ſed ita explicanda, quod licet poſſeſſor pro rebus corporalibus nō agat, ſint tamen aliqui caſus, quibus inſtar ſit actoris, & eius partes obtineat, velut in iudiciis mixtis, in præiudiciis, in interdictis &c. Qui autem legunt, *ſane in hoc caſu*, vel *ſane illo caſu*, vt Hottom. & referunt ad vindicationem rerum incorporalium & ipſarum ſeruitutum, in hoc incommodum incidunt : quod ita ieiune & inepte repeteret Iuſtin. id quod iam dixerat : & iſte *verſ.* non poteſt citra vitium ad aliud quam quod proxime præceſſit, de vindicatione rerum corporalium referri, quod arguit particula *ſane.* cæteroquin ad prius illud reſponderi poſſit, Iuſtin. non expreſſe dixiſſe in præcedd. quod negatoria detur poſſidenti. Et hanc lectionem Baro quoque & Cuiac. probant.

Super-

Supereſt vnum h. §. de formulis actionis confeſſoriæ & negatoriæ, & vtriuſque exemplis h. §. propoſitis. Conſtat actionem confeſſoriam dici, qua quis aſſerit ſeruitutem, & alterius prædium ſibi vel ſuo prædio ſeruitutem debere contendit negatoriam, qua quis libertatem ſui prædii aſſerit, & alteri ius ſeruitutis ſiue perſonalis, ſiue realis in eo competere negat: ſecundum quæ non leuem ſcrupulum mouet, quod *in pr. §.* inter exempla
5 confeſſoriæ actionis, refertur ea qua quis † intendit ius ſibi eſſe altius tollendi, aut proſpiciendi: cum hoc modo aſſerat libertatem prædii ſui, iuxta quam, niſi impoſita ſeruitute, altius ædes tollere poteſt *l. altius C. de ſeruit.* Ex aduerſo vitioſe poſitum videtur inter exempla negatoriæ actionis *in verſ. contra* ea, qua quis intendit alteri non eſſe ius ædes ſuas altius tollendi: cum hoc modo vicinus ſuis ædibus ſeruitutem deberi affirmet & adſerat: Hæc res fecit vt Interpp. confingerent quandam ſpecialem ſeruitutem altius tollendi: ita tamen vt in varia dilapſi ſint, & alius aliud exemplum comminiſcitur, quos refutauimus *ad tit. de ſeru. præd. ſup. in §. prædiorum.* Impulit eo Doctores, quod religioſe nimis an ſuperſtitioſe ſenſerunt de Triboniano & Iuſtiniano, & pro abſurdo habuerunt dicere, aliquid offendiſſe hic Tribonianum, itaque vt teſtatur *Iaſon hic n. 40. in fin.* omnes reprehenderunt primum intellectum gloſſæ, quod inter exempla actionis confeſſoriæ, ſint relata exempla negatoriæ, & vice verſa. Sed præſtat ſane ita potius ſtatuere, quam manifeſte nugari, & ſeruitutem aliquam altius tollendi, quæ nuſquā eſt, comminiſci. Itaq; cum gloſſa ego omnino ſentio, & rem hanc ita explico. Confeſſoria ſiue aſſertoria & negatoria conſiderantur vel ſecundum eſſe, quatenus reuera & effectu ſeruitutem aſſerunt, aut negant; vel ſecundum dici, quatenus formula externa vel affirmat vel negat. Quam duplicē conſiderationem inducit diuerſitas ſeruitutum; quarum aliæ ſunt in patiendo, vt vicinus aliquid in ſuo pati cogatur, quod nos faciamus, veluti tignum immittere, proiicere, & in ruſticis, ire, agere, & in perſonalibus, vti frui, aliæ vero ſimpliciter in non faciendo, vt aliquid in noſtro facere non poſſimus, vicino nihil faciente, veluti ne ædes noſtras altius tollamus, ne vicini luminibus officiamus. In priori ſpecie actio qua quis vindicat ſeruitutem, & formula verborum & re ipſa confeſſoria & affirmatiua eſt. Aio mihi ius eſſe, vtendi fruendi, immittendi, eundi agendi &c. in poſteriori autem formula agendi negatiua eſt: veluti, Aio tibi ius non eſſe extollere ædes, officiendi luminibus meis: quo modo ædes tuas meis ſeruire aſſero. Ex aduerſo in priori ſpecie actio negatoria re & verbis talis eſt. Nego tibi ius eſſe, vel Aio tibi ius non eſſe, vtendi fruendi, agendi, immittendi &c. in poſteriori autem, re negatiua actio, ſed formula affirmatiua eſt. Aio mihi ius eſſe altius tollere ædes meas. Hac diuerſitate actionum, formularum & ſeruitutum non accurate ſatis conſiderata, videtur Tribonianus per iniuriam actiones eas, quæ commune nihil præter externam formam habebant, cum aliis coniunxiſſe. Quod ſi conſideramus rem ipſam, exempla, altius tollendi & non tollendi, transponi, & locum debent mutare. Ex his controuerſia etiam decidi poteſt inter Placentinum & Accurſium, Placentinus referente Accurſio dixit indefinite, negatoriam negatiuis, confeſſoriam affirmatiuis verbis concipi, quam ſententiam Accurſ. in ſeruitute altius tollendi falſam eſſe dicit, & recte, ſiquidem formulam externam verborum conſideramus: ceteroquin ſi effectum conſideramus, recte ſenſit Placent. quem ita etiam ſaluant Dd. & ipſe poſt eos *Iaſon hic n. 46. & 47.* quod in hac formula, Aio ius mihi eſſe altius tollendi, effectus verborum ſit negatiuus: cum & amplius alia forma negatiua dari poſſit eiuſdem effectus. Aio tibi ius non eſſe prohibendi, quo minus ædes meas altius tollam, & vice verſa in confeſſoria: Aio mihi ius eſſe prohibendi, ne altius tollas ædes tuas, ſed abrumpo.

(?)

TEXTVS.

3. Sed iſtæ quidem actiones, quarum habuimus mentionem, &, ſi quæ ſimiles ſunt, ex cauſis legitimis & ciuilibus deſcendunt. Aliæ autem ſunt quas prætor ex ſua iuriſdictione comparatas habet, tam in rem quam in perſonam: quas & ipſas neceſſarium eſt exemplis oſtendere, vt ecce plerumque ita prætor in rem agere permittit: vt vel actor dicat, ſe quaſi vſucepiſſe, quod non vſuceperit: vel ex diuerſo poſſeſſor dicat, aduerſarium ſuum non vſucepiſſe, quod vſuceperit.

COMMENTARIVS.

1 *An actiones ſint ex iure gentium.*

DIximus *ad* §. 1. potuiſſe hanc primam ſtatui diuiſionem actionum in prætorias & ciuiles, & inde vtraſque ſubdiuidi in reales & perſonales. Sed eodẽ res redit, dum actiones primo in reales & perſonales, & vtraque in ciuiles & prætorias diſtinguuntur: vt *hoc* §. vbi Iuſtin. cum propoſuiſſet actiones in rem ciuiles ? ſubiicit eſſe & prætorias in rem & in perſonam: vbi hoc vitium notari poſſe videatur, quod nulla exempla ciuilium in perſonam præmiſit. Sed Iuſtiniano ſatis viſum fuit *in pr.* notaſſe fontes & cauſas actionum in perſonam, quæ maximam partem ſunt ciuiles: vt ſuperuacuum exiſtimauerit, aliquas exempli loco proponere: & vel ideo, quod in tractatu præcedenti de contractibus & maleficiis vbique fere & actionum ipſarum fecit mentionem. Ait Iuſtinianus:

Iſtæ actiones, & ſi quæ ſunt iis ſimiles, ita vt iuxta modo dicta haud dubio ſignificet & actiones in perſonam, deſcendere ex legitimis & ciuilibus cauſis, opponit, vt apparet ita actiones ciuiles prætoriis: & appellat actiones ciuiles eo ſenſu, quo obligationes ciuiles dicimus ex quibus naſcuntur actiones, quas fere omnes eſſentia ſua, ſicut & ipſos contractus à iure gentium eſſe conſtat *l. ex hoc* 5. *de iuſt. & iur.* §. *ſed ius in fin. ſupra de iur. nat.* Sed qui approbatione ſunt iuris ciuilis, & in Republ. Romana recepti, & obligationes receptæ, iuxta notata *ſupra de obligat.* & porro eodem reſpectu & actiones quoque ciuiles recte appellantur: & adeo prorſus nihil agunt, qui hinc actiones † non eſſe à iure 1 gentium, probare volunt: quorum opinionem & *ad Treutl. & in Tract. de Actionib.* ſolide confutauimus, quamuis Dd. communiter eundem errent errorem *in d. l.* 5. *de iuſtit. & iur. & ad pr. ſup. h. tit. vbi Iaſon nu.* 39. *& ſeqq.* quorum præcipua ratio, quod actiones dicantur ciuiles & ex ciuilibus cauſis deſcendere *h. text. l. in commodato* §. *ſicut D. Commod. l.* 1. §. 1. *de ſuperfic. & ſi qui ſunt ſimiles.* vt in *l.* 4. §. *ex hoc edicto. Naut. caup. ſtab.* §. *non autem infra de perpet. & temp. act.* ex eo quod iam paucis verbis attigi, corruit. Iaſon autem *num.* 44. *ibid.* ait, ſe multum moueri hac ratione. Ex quo iure non naſcitur obligatio efficax ad producendam actionem, ex illo non poteſt nata dici actio. Atquin ex iure gentium non naſcitur talis obligatio. Ergo Aſſumtum probat, quod ex iure gentium ſit obligatio naturalis, quam conſtet non producere actionem. Et, quomodo igitur inquit, poſſibile eſt dicere, quod actiones ſint de iure gẽtium, quo iure nondum erat ciuilis obligatio: alias ſequeretur maximum abſurdum, quod cauſatum fuiſſet in eſſe productum ante ſuam cauſam. Addit quod actio ſit ius perſequendi in iudicio, iudicia autem omnia ſint à iure ciuili. Hoc argumentum, quod Iaſon putat eſſe Achilleum, quod pace ipſius dictum ſit, ſtramineum eſt: & nimis puerile, velle argumenta mutuari ex textibus iuris ciuilis, ad deciſionem quæſtionis huius, quæ ex rationibus politicis dependet: ita vt maxime ICtorum aliquis affirmaret eſſe actiones ex iure Romano, non ob id fides ipſi habenda eſſet, ſed nullus eſt qui id affirmet: nec

Digitized by Google

nec quod iure Romano ex naturali obligatione non naſcitur actio, facere poteſt, vt ex ratione iuris gentium ex ea actio dari non debeat, nam vnumquodque ius ciuile hic ſtatuendi habet poteſtatem. Sed & in verbis *naturalis obligatio*, eſt ambiguitas. Nec quiſquam eſt, qui dubitet, vel maxime ex iuris gentium contractibus eſſe naturalem obligationẽ, at nimirum ius ciuile, quandam obligationem naturalem, v. c. quæ ex pacto ſimplici naſcitur, noluit eſſe efficacem ad actionem in Republ. Romana producendam, ſed nec videntur noſtri Dd. ſatis intellexiſſe, quid non eſſet ius gentium. Eſt illud, in Idea, ſi conſideres, nullibi, ſed deprehenditur in ſingulis Rebuspublicis; & ad illud referuntur, quæ ratio communis omnibus gentibus dictauit. Itaque penitus falſum eſt, quod iudicia & magiſtratus iuri ciuili ſint accepta referenda. Quin imo, qui inſtinctus quaſi naturæ homines ad coeundum in communem ſocietatem & in ciuitates compulit, idem iudicia & magiſtratus, ſine quibus nulla Respublic. conſiſtere poſſit, introduxit, & vtique quæcunque apud gentes fuerunt, ea ad ius gentiũ ſunt referenda. Et veriſſima igitur eſt ſententia, quam teſte Iaſone d. loco, Vltramontani defenderunt, actiones eſſe à iure gentium; ſed inepta plane ratione, (ſi fides Iaſoni eam referenti) quod deportatus, qui retinet ea quæ ſunt iuris gentium, retineat actiones, ex *l. ſi mandauero 22. §. is, cuius 5. Mandati.* Non dicam quod aliqui eum locum de relegato accipiunt, ſed dicam, quod hoc ipſum habeat deportatus beneficio iuris ciuilis & humanitate, vt actiones ſaltem vtiles mouere poſſit; dum videl. Lex permittit ei vſum bonorum poſt quæſitorum; ſed vſum tantum; nam ei mortuo nihilominus in bonis etiam poſt damnationem quæſitis, ex ratione veteris iuris ſuccedit fiſcus; vt alibi tractatur. Alias pro hac ſententia, quod actiones ſint iuris gentium, facit quod ipſe Iaſon ſcribit *infr. in §. in perſonam nu.* 1. iure gentium omnem conuentionem fuiſſe efficacem pro conſequẽda manu regia; id eſt, vt hoc modo promittens cogatur ſeruare fidem. Quæ imploratio manus regiæ eſſentia ſua eſt actio. Neq; ex iure gentium omnes Reſpubl. monarchicæ ſunt. Sed nolo plura de hac quæſtione.

Vt ecce plerumque.] Proponit duas ſpecies actionum prætoriarum in rem, (nam perſonalium prætoriarum exempla ſequuntur in §. *in perſonam 8. inf. h. t.*) quæ habent cauſam, quaſi, & fictum dominium: & quidem duplex ſiue dupliciter, vt hic locus oſtendit, 1. cum dominium fingitur adquiſitum, quod necdum reuera eſt adquiſitum, 2. cum dominium adhuc durare fingitur, & necdum amiſſum, quod tamen reuera ſecundum rationem iuris ciuilis amiſſum eſt. De priori eſt in *verſ. vt ecce*, quod in rem prætor permittat agere, vt actor ſe dicat quaſi vſucepiſſe, quod tamen, necdum vſucepit; quæ eſt actio Publiciana, de qua in *§. ſeq.* De poſteriori in *verſ. vel ex diuerſo*, vt quis aduerſarium non vſucepiſſe dicat (& ita ſe adhuc dominum), quod tamen reuera vſucepit; quæ eſt actio reſciſſoria de qua in *§. rurſus 5.* Itaque in *fin. huius §.* legendum eſt *poſſeſſorem* (non vt in vulgatis, *poſſeſſor*) quam lectionem Ferretus, Ruſſardus, Cuiac. Hottomann. Weſembec. probant, & ipſa ratio ſuadet; & inconcinnum eſt, quod Acc. coactus eſt, ita explicare, *poſſeſſor quondam, nunc petitor*, aut, *pro domino, ad quem nunc rediit poſſeſſio*: nec enim de poſſeſſore per exceptionem ſe defendente, ſed de eo, qui mouet actionem hic agitur. Duriuſculum tamen eſt, *poſſeſſorem dicat aduerſarium ſuum*, & verbum *dicat* præcedere deberet; tum & ſatis conſtat, actionem in rem non niſi contra poſſeſſorem dari. Itaque omnino probo eos, quos refert Contius, hoc verbum *poſſeſſor* expungere. Ita enim rectiſſime legitur, vt vel actor dicat ſe quaſi vſucepiſſe, quod non vſuceperit; vel ex diuerſo dicat (ſcilicet actor) aduerſarium ſuum non vſucepiſſe, &c.

Digitized by Google

TEXTVS.

4. Namque ſi cui ex iuſta cauſa res aliqua tradita fuerit (veluti ex cauſa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) nec dum eius rei dominus effectus eſt; ſi eius rei caſu poſſeſſionem amiſerit, nullam habet in rem directam actionem, ad eam perſequendam: quippe ita proditæ ſunt iure ciuili actiones, vt quis dominium ſuum vindicet: ſed quia ſane durum erat, deficere eo caſu actionem, inuenta eſt à prætore actio: in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe vſucepiſſe, quam vſu non cepit, & ita vindicat ſuam eſſe, quæ actio Publiciana appellatur: quoniam primum à Publico prætore in edicto propoſita eſt.

COMMENTARIVS.

Aſſumit Iuſtin. prius membrum ex *fin. §. præc.* vbi quis dicit ſe vſucepiſſe quod non vſucepit; quod fit per actionem Publicianã, ab autore prætore ita appellatam, cuius introducendæ ratio fuit, difficultas probandi dominij, quod tranſire in eum, qui ex quamuis iuſto titulo rem accepit, non poteſt, niſi ipſe tradens fuerit dominus; quod cum difficilime oſtendi poſſet, & tamen non probato dominio, in rei vindicatione ciuili, ſuccumbendum eſſet actori, quod iniquum viſum fuit prætori; vt quiuis poſſeſſor hoc modo vinceret, & potior eſſet; dedit hanc actionem prætor, qua obtineret, qui bona fide & iuſto titulo rem ſe accepiſſe, adeoque vtique in conditione vſucapiendi fuiſſe, probaret: quo probato præſumetur interim dominus, & ei quaſi domino poſſeſſor reſtituere rem tenetur; eoque ne qua offenderentur regulæ ſubtiles iuris ciuilis, placuit ſub colore dominij & quaſi impletæ vſucapionis hanc actionem intentari, vt in *fin. §. præc. & h. §. inſi.* docet Iuſtinianus.

Et nimis temerarie ne quid grauius dicam Hottom. hic, totum hoc ait eſſe falſum & nugatorium: Nec credibile eſt, quidquam hic de ſuo commentum eſſe Tribonianum, ſed iſta ex veteri ICto deſcripta plane probabile eſt. Et cum ignoremus exactam rationem formularum veterum, modeſtius ſentire & ſcribere debemus. Et ita legimus, quod teſtamẽtum parentum per liberos exhæredatos, aut præteritos, ſub colore furoris impugnetur, cum tamen nil prohiberet ſub alia forma liberis ſuccurere. Apparet autem hinc turpiter errare *Iaſonem hic n. 82.* vbi contendit, in hac actione expreſſe ponendum eſſe, quod quis non ſit dominus. Ex his etiam apparet eum quoque, qui in rei veritate eſt verus dominus, ſi dubitet an probare dominium poſſit recte vti publiciana; Ceteroquin vero domino qua tali hanc actionem non competere poſſe verius eſt, de quo late *Iaſon hic nu. 59. & ſeqq.* Et quoniam igitur hæc actio fundatur in colore vſucapionis, conſequẽter oportet eum, qui ea agere vult, fuiſſe in ea cauſa, vt rem vſucapere potuerit. Itaque requiſita vſucapionis hic adeſſe neceſſum eſt, & nimirum, vt res fuerit tradita, & ita poſſeſſio tranſlata in accipientem, ſine qua vſucapio non procedit, *l. ſine 25. de vſucapion.* tum ſecundo, vt fuerit tradita ex iuſta cauſa & titulo, & 3. vt accepta fuerit bona fide; quod poſtremum huic §. adiiciendum eſt; quoniam alias non haberet locum vſucapio. Hæc enim res inducit æquitatem huius actionis, & vt *hoc* §. ait Iuſtinian. faciebat, vt durum haberetur deficere actionem.

Et hinc enim eſt, quod hæc actio regulariter contra dominum non datur *l. penult. de publ. act.* hic enim ceſſat æquitas actionis, cum domini conditio ſit potior. Hinc etiam eſt, quod nec contra eum poteſt obtinere & vincere agens hac actione, qui habet titulum *l. ſiue autem 9. §. ſi duobus 4. de public. act. Iaſon hic nu. 19. & Zaſ. num. 24.* quoniam oportet in actore,

qui

qui rem euincere vult, ius eſſe potius, *argum. l. vlt. de public. act.* & cum actor non neceſſe habeat probare dominium, ſed tantum titulum & bonam fidem, ſi poſſeſſor idem ius probare poſſit, merito agente potior erit. Cetera quæ ad hanc rem pertinent, prolixe in *tractatu de act. diſp.* 3. explicauimus. Hottom. ſaltem qui cornicum oculos configere vult, ſententia nobis explicanda eſt. Statuit ille, hanc publicianam actionem pro iis fuiſſe introductam, qui non iure Quiritiū facti domini fuiſſent, & nimirum, qui citra mancipationem, in iure ceſſionem, & eos modos quos refert *Vlp. tit.* 20. rem accepiſſent, ſimplici traditione. Atq; ita ex ſententia Hottom. etiam domini bonitarij, & vt maxime à vero domino rem accepiſſent, hac actione vtebantur: quoniam vt maxime verus dominus rem, ſed citra nexum tradidiſſet, dominium bonitarium tantum ex ratione iuris veteris tranſibat. Vlp. tit. 1. §. *qui tantum.* Hanc ſententiam falſam eſſe dico, & ſcrupuloſitatem illam mancipationis iam magnam partem tempore ICtorum noſtrorum in vſu deſijſſe exiſtimo. Et vero quod actio in rem directa, fuerit data nō tantum his, qui ſpeciali modo iuris Quiritium dominium cōſecuti eſſent, ſed etiam, qui iure gentium, expreſſum eſt, in *l. in rem* 23. *de rei vindic.* quem cum ipſe Hottoman. adducat, apparet eum ſtudio nouandi, aut contradicendi in tam abſurdam ſententiam abreptū. Et paſſim noſtro iure vſucapere ille dicitur, qui à non domino rem accepit in *pr. ſup. de vſucap.* & patet ex *l. 1. de vſucap.* vbi hic finis vſucapionum dicitur, ne dominia ſint in incerto. Atquin & olim, qui tantum bonitarium dominium habebat, licet poſſidēdo per annum aut biennium conſequeretur & dominium Quiritarium argum. *l. ſi finita* 15. §. *Iulianus* 16. *de damn. inf.* tamen etiam propter ſolum bonitarium dominium ſeruus erat, neq; qui nudus dominus Quiritarius manſerat, vllam bonitario controuerſiam poterat mouere. Sed & diſerte in *l.* 1. *de public. act.* prætor proponit hanc actionem, vbi res eſt tradita à non domino, & in *l. ſi ab eo* 18. *de pign.* dicitur ei competere publiciana, qui dominium non habuit; & in *l. ſi inter* 21. §. 1 *eod.* qui à non domino accepit; idem in *leg. ſiue* 9. §. 4 *& paſſim de Publiciana action.* Aut an ea omnia à Triboniano corrupta dicimus? Ita belle iura tractabimus. Accedit, quod cum, vt diximus, exceptio dominij obſtet Publicianæ actioni, & dominus patior ſit, vtique dominium bonitarium domino nudo Quiritario conſtat fuiſſe potiorem.

TEXTVS.

5\. Rurſus ex diuerſo, ſi quis cum Reipublicæ cauſſa abeſſet, vel in poteſtate hoſtium eſſet, rem eius, qui in ciuitate eſſet, vſuceperit: permittitur domino, ſi poſſeſſor Reipubl. cauſſa deſierit abeſſe, tunc intra annum reſciſſa vſucapione eam petere, id eſt, ita petere, vt dicat poſſeſſorem vſu non cepiſſe, & ob id ſuam eſſe. Quod genus actionis quibuſdam, & aliis ſimili æquitate motus prætor accommodat, ſicut ex latiore Digeſtorum, ſeu Pandectarum volumine intelligere licet.

COMMENTARIVS.

1 *Non valenti agere, an currat præſcriptio.*
2 *De remed o reſcindente & reſciſſorio.*

ALterum hoc eſt, quod in *fin.* §. *ſed iſta* propoſuit Iuſtinianus, cum dicit actor aduerſarium non vſucepiſſe quod vſucepit reuera; quod diſerte & *hoc* §. repetit; & ita docet in actione Publiciana & reſciſſoria, de qua hoc §. fuiſſe contrarias quodammodo formulas, ſed ad diuerſas perſonas actorem & reum relatas. In illa dicebat actor ſe vſucepiſſe, quod non vſuceperat: in hac dicebat reum non vſucepiſſe, quod vſuceperat: illo caſu

caſu dominium pro adquiſito; hoc pro non amiſſo habebatur; vt vel hinc confutetur Hottomannus, qui vt ad §. *praced*, retulimus, falſum & nugatorium eſſe ait, quod de formula Publicianæ actionis ſcribit Iuſtinianus: & enim cumulat errorem, & imprudentiam dum hanc quoque formulam reſciſſoriæ actionis hic propoſitam ineptam eſſe arguit. Et quis vero credere poſſit, hæc conficta à Triboniano?

Duobus autem caſibus principaliter hæc actio competit, & ita vt dixi, actor intendit, 1. quando abſens vſucepit rem præſentis, qui in ciuitate erat; quem ſolum hic proponit Iuſtin. 2. quando, qui in ciuitate eſt, vſucepit rem abſentis, quem vtrumque caſum cõiungit ICtus in *l. item 21. in princip. ex quibus cauſ. maior.* quod prætor hoc agat, vt abſentes, nec capiantur (id eſt, damnum patiantur,) nec capiant, & videl. alijs damnum inferant. Vtriuſque enim communis ratio eſt, quod nec abſens, nec abſenti iniqua conditio debet inferri; nec me, aut abſentem, aut per abſentiam alterius lædi æquum eſt. Itaque licet ſummo iure vſucapio impleta ſit, adeoque iure ciuili ei cuius res, vel abſentis, vel per abſentem vſucapta ſit, actio non competat, tamen ex æquitate prætor conceſſa reſciſſoria actione eo rem deducit, vt perinde ſit, ac ſi res vſucapta non fuiſſet. Et quia æquitatem conſiderat prætor, ideo quo ad abſentiæ ſpecies & cauſas intereſſe voluit, an abſens vſuceperit; an abſentis res vſucapta ſit. Illo caſu inter abſentiæ cauſas non diſtinguimus; quæcunque enim cauſa abſentiæ ſit, non æquum eſt eam mihi nocere; idque ex h. §. apparet, ex quo reſtitutio & actio datur contra eum, qui Reipubl. cauſa abeſt, aut ab hoſtibus (quod iuſtiſſimum eſt impedimentum) captus eſt. Hoc autem ſuccurri tantum ei qui ex iuſta, aut neceſſaria cauſa abeſt, communiter notant Dd. & probant ex *l. item hi 4. cum ſeqq. l. reipub. 36. l. non vere 42. ex quibus cauſ. maior.* His præmiſſis videamus textum noſtrum, & eius verba; nam ex eo intelligetur quid in altero caſu, vbi abſentis res vſucapta fuit, iuris fuit: cum præſertim hanc rem late in *Tract. de actionib. diſp.* 3. explicauerimus. Ait Iuſtinianus:

Rurſus ex diuerſo.] Ait *ex diuerſo*, quia oppoſitus eſt hic caſus ei de quo in §. *praced.* &, vt diximus, Publiciana agit, qui dominiũ numquam habuit, tamquam ſi illud per vſucapionem adquiſiuiſſet: Sed hac actione agit, qui habuit dominium, perinde ac ſi adhuc dominus eſſet, cum tamen alius ipſo iure per vſucapionem hoc adquiſiuiſſet.

Vel in hoſtium poteſtate eſſet.] Vt hoc procedat, & contra reuerſum detur reſciſſoria actio, oportet poni terminos habiles, quibus ab hoſtibus captus vſucapionem poteſt implere; nimirum ſi capti ab hoſtibus filius, aut ſeruus teneant aliquam rem ex cauſa peculiari, *text. in l. ait, 23 §. 3. ex quib. cauſ. maior. l. iuſto 44. §. vltim. de vſucap.* Ceteroquin ſi ab hoſtibus quis capitur, & poſſeſſio & vſucapio interrũpitur, & nec eo quidem reuerſo redintegratur, tantum abeſt, vt retro ſemper poſſeſſor fuiſſe fingatur, quoniam hic poſtliminij fictio eiuſque effectus ceſſat *l. denique 19. Ex quibus cauſ. maiores. l. ſi is, qui 15. in princip. de vſucapionib.*

Rem vſuceperit.] Et igitur abſens poteſt vſucapere, neq; enim abſentia ſi nihil aliud accedat, interrumpit poſſeſſionem. Vbi obiicitur; quod vulgo iactatur: contra eum, qui agere † non poteſt, non currere præſcriptionem. 1
Atquin præſens contra abſentem agere non potuit. Hæc enim eſt huius reſtitutionis cauſa, quod præſens rem ſuam à poſſeſſore abſente non vindicare, & ita præſcriptionem interrumpere non valuit. Ex quo fit, vt ſi vel procurator relictus, vel quicunque alius abſentis defenſionem ſuſcipere paratus fuerit, reſtitutio non detur, *l. item 21. §. 1. cum ſeqq. & l. ſeq. ex quibus cauſ. maior.* Nec enim facile vſucapio iure ciuili, reſcindi, & prior dominus audiri debet, vbi communi iure ſibi aduerſus abſentem potuit conſulere. Ex quo & illud conſectarium deducitur, iure Iuſtinianeo nouiſſimo, ex hac cauſa amplius reſtitutionem non dari; poſtquam præſenti remedium

Digitized by Google

medium proditum eſt, quo vſucapionem cõtra ſe cœptam, vel maxime abſente poſſeſſore interrumpere poſſit, in *l.vt perfectius 2. C. de annal. except.* nimirum per conteſtationem coram magiſtratu factam, quamuis Dd. contra frequentius exiſtimare videantur; ſed ex friuola ratione, quam refert hic *Iaſon numer.*23. quod iſto remedio non poſſit ipſam rem conſequi præſens; neque enim in terminis quos tractamus, & quibus reſtitutio olim dabatur, hoc conſequi contra abſentem præſens poteſt, vt res reſtituatur ipſa: itaque hoc ſatis eſt, quod hodie beneficio *d.l.2.* interrumpere poteſt vſucapionẽ, qui præſens eſt, & ita ſibi contra quandocunq; reuerſum conſeruare directam actionem, quæ ſi conſeruari integra alia ratione potuiſſet, prætor ſuo edicto & actione propoſita, remedium reſtitutoriũ nõ dediſſet. Iam vt ad ꝓpoſitionem maiorẽ redeam⁹ argum. propoſiti, quod non valẽti agere non obiiciatur, imo non currat præſcriptio: cõmuniter diſtinguũt Dd. inter impedimentũ facti & iuris; quod hoc demum, non itidem illud inhibeat & ſiſtat vſucapionẽ. Quę diſtinctio optimã & perſpicuam rationẽ habet; neq; n. ius quod introduxit vſucapionem factorum ſingulorum, aut quæ in facto poſſunt agendi afferre impedimentum, poteſt habere rationem; Ceteroquin nimis ſæpe inhiberetur vſucapio & eſſet in incerto. At vbi ipſum pariter ius iniicit impedimentum agendi, tunc & ipſam inhiberi vſucapionem ratio ſuadet. Atquin impedimentum de quo hic agimus, non iuris eſt ſed facti. Atq; hinc contra filiumfamilias, quia ratio iuris facit, quominus agere poſſit, præſcriptio quoque non currit *l.1. in fin. Cod. de ann. except.* nec contra mulierem, interim dum ratione iuris obſtante actionem mouere non poteſt *l. in rebus 30 verſ. omnis Cod. de iure dot.* nec vbi obligatio conditionem, aut diem habet *l. cum notiſſimi 7. §. illud 4. Cod. de præſcr. 30. annorum.* Quæ ita obtinent in impedimento iuris, vt ita dicã, intrinſeco, ordinario & perpetuo, & quod ipſam perſonam inhabilitat aut obligationem, ſec⁹ in extraordinario & extrinſeco, veluti, propter ferias, aut quod prętor ſui copiam nõ facit, aut Imp. ſpeciale beneficium dilationis concedit, vt *l.2. Cod. de precib. Imp. off.* hic enim præſcriptio inchoata currit, ſed datur reſtitutio, de quo *v. Gomez. hic n.14. & ſeq. Bald. in l. quibus 2. C. d. t. col.1. & 2.* Quæ interim annotare viſum fuit contra A. Fabrum, qui de erroribus pragm. *decad.3. cap.9. & dec.88. err.8.* abſurde contendit, nec iuris impedimento inhiberi, & ſiſti vſucapionem.

Permittitur domino.] Ita dicitur, vel temporis præteriti conſideratione, vel quia vt diximus, hoc colore hanc intendit actionem, quaſi etiam num dominus eſſet.

Tunc reſciſſa vſucapione.] Hic aliquid dicendum eſt, de opinione Dd. qua hic duplex remedium † ei, qui læſus eſt, dari & neceſſarium eſſe putant, reſcindens & reſciſſorium. 2
Ita nimirum ſtatuunt; primo libellum eſſe offerendum pro reſcindenda vſucapione, & ita iuxta libellum iſtum prætorem officio nobili reſcindere quaſi vſucapionem: & tum reſciſſa vſucapione, per hoc reſcindens iudiciũ, tum demum prætorem dare reſciſſoriam actionem, per quam ipſam rem actor conſequatur. Equidem iure veteri in omnibus actionibus fere duplicis iudicij ſpecies apparebat; quædam enim in iure fiebant apud prætorem, formula petebatur, exceptiones, replicationes proponebantur, pro qualitate actionum, & formulæ inſerebantur, tum demum partes cum formula ad iudicem pedaneum mittebantur. At enim tractatio illa apud prætorem iudicium non dicebatur; & Doctor. proprium quid hic ab alijs actionibus ſtatuunt obtinere; cum præſertim non de veteri, ſed de eo proceſſu & iure diſputẽt, quo ipſi magiſtratus iudicant; & putant (ꝙ longe ab aliis iudiciis erat alienum) duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem duplicem etiam pronuntiationem interuenire, nimirum decretum magiſtratus quo reſcindatur vſucapio; tum ſententia iudicis, quo res reſtitui iubeatur. Quod ego falſum eſſe dico.

Fatebor quidem & amplius, accidere ali-

tentato metu coegerit ſibi accepto ferri debitum; eſt enim & hic vtilis in perſonam, vt acceptilatio pro nulla habeatur, itemque in *§. ſeq. reſciſſa traditione rem peti*, ex quo non niſi ridicula duplex iudicium quis introduxerit. Poſſit etiam quis pro ſententia Dd. moueri ex *l. nouiſſime 7. §. penultim. quod falſ. tut. aut.* Vbi dicitur venire in iudicium illud fructus, quos quis in reſtitutorio iudicio eſt facturus: adeo per illud iudicium poſſit intelligi iudicium aliquod reſtituens, poſt quod ſequatur reſtitutorium. Quæ autem iudicij reſtituentis & reſtitutorij, eadē reſcindentis & reſciſſorij ratio eſt. Sed naſcitur iſta obiectio ex falſa iſtius loci interpretatione: & iudicum iſtud in quo habetur ratio ſumptuum futurorum, non eſt aliquod iudicium reſtituens, quod agitetur coram prætore, & quo hoc tantū agatur, vt reſtituatur actio; ſed eſt vera actio, quæ tractatur coram iudice pedaneo, & ſcilicet alio in factum in tutorem falſum, qui tamquam tutor præbuit autoritatem puberi cum actio contrahenti, & eſt actio quaſi ex delicto & quæ coercet dolum *l. huius 9. §. 1. l. falſus 11. quod falſ. tut.* & in conceſſione huius actionis, ipſa reſtitutio conſiſtit, quam edicto ſuo pollicitus eſt prætor *l. 1. §. vlt eod. t. t.* à quo plane diuerſum eſt iudicium reſtitutorium, cuius eſt mentio in *d. l. 7. §. pen.* & quod datur in pupillum, qui forte ex contractu factus eſt locupletior. Ex quibus etiam confutatur alia opinio Dd. relata à *Iaſ. hic n. 16.* qua hanc actionem ab alijs diſtinguunt; quod hæ ſimpliciter ob ius quæſitum competant; ſed pro illa ſit implorandum officium iudicis, nam omnes actiones olim à prætore erant petendæ, ſed hanc ſaltem agnoſco rationem differentiæ; quod aliꝗ actiones verbi cauſa ex contractu quæſitæ ſimpliciter concedebantur, ſed hæc ſicut & aliæ reſtitutoriæ cauſa cognita dabantur, & ſæpe à prætore negabantur: Cetera explicata ſunt in *tractat. de Action. diſput. 3.*

Intra annum.] Præcedens error quem confutaui, alij & grauiori errori cauſam dedit; vt nimirum ſtatuerent duplex tempus; alterum pro iudicio reſcindente, alterum pro reſciſſorio, & illud quidem intra quadrienniū continuum durare, quo referunt *l. vlt. Cod de temp. in int. reſtitut.* hoc autem finiri anno vtili referunt hunc textum & ceteros, qui vtilis anni faciunt mentionem, *l. in honorariis 35. de O. & A. l. vlt. Cod. Ex quib. cauſ. maior. l. ab hoſtib. 18. C. de poſtlim. reuerſis*, omnino abſurde, cum nuſquam in Digeſtis & Cod. niſi vtilis anni mentio fiat, & Iuſtin. in *d. l. vlt. C. de temp. reſtit.* annum vtilem in quadriennium continuū mutauerit. Et nimirum prætor petita reſtitutione protinus hanc actionem dabat, adeo aliud tempus conſtituere, intra quod ea moueatur penitus ineptum & ridiculum eſt; quoniam ipſa actio à prætore petebatur, qua petita & impetrata iam non amplius ſupereſt quæſtio, intra quod moueri poſſit. Itaque vnicum tantum eſt tempus intra quod reſtitutio & hæc actio reſciſſoria petitur, vt pluribus oſtēdi *d. diſp. 3. th. 29* Et eſt iſta noua actio pretoria & falſum quod reſciſſo obſtaculo veterem dari actionem poſt Dd. *ſcrib. t Iaſ. h t. n. 14.*

Illud autem ſingulare eſt, quod hoc tempus quadriennij continui, præter naturam aliarum actionum, non tantum introducendo negotio, & inſtituendæ actioni, ſed etiam finiendæ præfinitum eſt, *d. l. vltim. Cod. de temp. reſtit.* idemque probat *l. pen. & l. 5. C. eod. tit.* iuncto textu, ex quo deſumpta eſt, in *l. 2. Cod. Theod de in int. reſtitut.* & quod iudicium quoque doli intra biennium voluit finiri. Conſtantinus in *l. vltim. Cod. de dolo.* Et hoc forte, quia hæc iudicia ſunt extraordinaria, quæ dantur contra actus iure ciuili perfectos. Nec diſſimile eſt; quod ſpeciali fauore cauſæ fiſcales intra ſex menſes finiendæ ſunt, *leg. vlt. vbi Cuiacius Codic. de iure fiſci*: & ſuper cauſis excuſationum quæ agitatur controuerſia; intra quatuor menſes abſolui debet *l. quinquagint. 38. de excuſat. tut.* quæ tamen omnia accipienda ſunt cum mica ſalis, vt ſi qua iuſta cauſa interueniat, aut mora contradictoris, vel iudicis, tempora prorogentur, aut vtique reſtitutio concedatur, *arg. l. ſi cum 39. de excuſat.* quod enim ibi reſponſum eſt, in ſimilibus quo-

quoq; cauſis valere debet. Illud perſpicuum eſt, quod hic annus currat à tempore ſublati impedimenti, ex quo agi poteſt, & abſens reuerſus eſt, quod innuit h. §. particula *tunc*. de quo *Iaſon hic n.28. & 29.*

TEXTVS.

6. Item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui crediderit, bonis eius à creditoribus poſſeſſis ex ſententia præſidis permittitur ipſis creditoribus reſciſſa traditione eam rem petere, id eſt, dicere eam traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe.

COMMENTARIVS.

1 *Quibus caſibus competat actio Pauliana.*
2 *Quando hæc actio detur.*
3 *An hac actio ſit perſonalis, nec ne, & an hoc §. de actione Paul. agatur.*

PRoponitur hic actio, qua ſuccurritur creditoribus, in quorum fraudem debitores, cum viderent ſe ſoluendo non eſſe, alienauerunt bona. Idque poteſt fieri tribus tēporibus, 1. poſtquam † debitores ceſſerunt bonis, aut etiam decretum ſuper vendendis bonis interpoſitum fuit. Ceſſio enim ius quidem in omnibus bonis tribuit creditoribus, ſed poſſeſſionem actualem non transfert; vt nihilominus, quædam clam creditores, de facto debitor alienare poſſit, 2. poſtquam ſaltem ex primo decreto contra debitorem latitantem immiſſio in bona eius facta eſt; quæ & ipſa cū actualem poſſeſſionem bonorum non conferat, poteſt quid in fraudem creditorum alienari per debitorem. Deniq; etiam necdum vlla miſſio ſit facta in poſſeſſionem bonorum, poteſt tamen in fraudem creditorum, alienare debitor, qui cum incipit labi bonis, metuit, ne bonorum immiſſionem pati, aut etiam bonis cedere cogatur; patet ex *l. ſi quis 15. & l. omnis 17. & paſſim t. t. C. quæ in fraud. credit.* omnib. caſibus ſi quid ita in fraudem alienatum ſit, poteſt reuocari per creditores, per actionem reuocatoriam, quæ dicitur Pauliana, ita vt res alienata rurſum redeat ad bona debitoris, vt cum ceteris v. c. vendi & ex ea creditoribus ſatisfieri poſſit. Tum enim demum competit hæc actio, vbi conſtat debitorem ſoluendo non eſſe, & eius bona quæ iam tenet, non ſufficere creditoribus *l. 1. & 2. & 5. C. de his, quæ in fraud. cred. l. ait 10. in princ. D. eod.* Et datur ſcil. regulariter aduerſus eos in quos res translata eſt à debitore; & datur creditoribus, *h. §.* vbi additur hic color & hæc formula quod creditores dicant eam rem traditam nō eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe. Ex quibus verbis oſtenditur affinitas huius actionis cum duabus præcedentibus, in quarum altera dicit actor rem vſucaptam, cum reuera non eſſet; in altera dominium non amiſſum & non vſucaptam rem, cum tamen reuera eſſet; ad eundem modum in hac dicunt creditores actores, rem non eſſe traditam & in bonis debitoris manſiſſe, cum tamen reuera tradita eſſet, & ex bonis debitoris exiiſſet. Quod notandum eſt contra Hottomann. qui contra formulam *huius §.* nihil mouet; cum tamen quod de prioribus duabus actionibus traditur, falſum & nugatorium eſſe ſcribat: & eſt vero vbique eadem ratio. Sicut autem actionis de qua in *§. præc.* quæ reſciſſa vſucapione dari dicitur, hic effectus eſt, vt poſſeſſor rem reſtituere cogatur, vt maxime iure ciuili eius dominus factus ſit, ita huius Paulianæ effectus eſt, vt cum reſciſſa traditione competat, id eſt, perinde competat, ac ſi debitor rem non tradidiſſet, ſed aliunde ad poſſeſſorem perueniſſet, eam poſſeſſor creditorib. agentib. reſtituere neceſſe habeat. Sed quo iure agunt creditores, & actionem hanc mouent, quæ in rem eſt iuxta hunc §. quod ſeries ipſa & connexio arguit, & verbum petendi, quod actionum in rem ꝓprium eſt. Reſpondeo eam ſpeciali edicto prætoris eſſe accommodatam creditoribus, & ideo non tum natiuam (de qua diſtinctio-

ctione infra agemus) eſſe quam datiuam. Et quidem cauſam eius dandi hanc fuiſſe: poſtquam iam ius creditoribus eſt quæſitũ in bonis debitoris. Nam, vt diximus, non datur creditoribus hæc actio, niſi poſtquam debitorem ſoluendo non eſſe, & cætera eius bona creditoribus non ſufficere conſtat: quod tum demum exacte conſtat, vbi bona à creditoribus poſſeſſa, & ius bona vendendi iiſdem permiſſum eſt, per ſecundum decretum prætoris: quo caſu curator fere bonis dari ſolet, qui & creditorum nomine, aut ſi quem ipſi creditores ad hoc conſtituerint, experietur
2 hac actione. Idque eſt quod † innuitur *h. §.* per verba, *bonis eius à creditoribus poſſeſſis*, quod nimirum tum demum hæc actio detur, non etiam ante, cum dubitari poteſt, an bona cætera ſufficiant creditoribus. Et igitur Donellus *h. §.* vitioſe plane, & per fallaciam compoſitionis & diuiſionis hæc verba ita accepit, ac ſi ſignificarent, pro iis demum bonis reuocandis competere hanc actionem, quæ debitor cum iam bona poſſeſſa eſſent, alienauit: quod perſpicue falſum eſt: & non ad tempus factæ alienationis, ſed intentandæ huius actionis ea verba pertinent: idque eſt quod poſt Dd. notat *Iaſ. n. 26.* non eſſe locum remediis reuocatoriis niſi excuſſis omnino bonis debitoris: *& de eodem n. 66.* Igitur hoc modo creditores bona alienata reuocant à poſſeſſoribus, vt cum cæteris vendantur, & ex iis, creditoribus, quorum cauſa potior eſt, ſatisfiat. Atque hæc eſt actio Pauliana, quam hoc §. paucis attingit & perſtringit Iuſtinianus: eaque eſt communiſſima omnium Interpp. opinio: à qua temere diſceſſionem fecit Donell. hic, quem pauci, & exigui iudi-
3 cii † homines ſecuti ſunt, ex hac præcipue ratione, quod vt ante diximus, hoc §. ſcopus Iuſtiniani fuit proponere actionem realem. Atquin actio Pauliana potius videtur perſonalis, per argumenta, quæ adduxi ad *Treutl. de benef. cred. th. 5. & in meo Tract. de action. diſp. 3. th. 39.* Et quod actio Pauliana magis ſit perſonalis, ab ipſis Interpp. vulgo communius probari video. Ita enim *gl. hic*, ad verba *eam rem petere*. mouet hoc dubium, quare hæc actio ſit propoſita inter actiones in rem, cum ipſa perſonalis tamen ſit: & reſpondet, id ob ſimilitudinem fieri, quã habet iſta actio cum prioribus duabus, hactenus, quod dicatur & in Pauliana aliquid, quod non eſt reuera factum, vel potius non eſſe factum, quod reuera factum eſt: & *gl. in l. ait 10. §. ſi quis particeps, quæ in fraud. cred.* adeo ait eſſe perſonalem hanc actionem, vt & in rem ſcriptam eſſe neget. Et vt maxime in rem ſit ſcripta, tamen conſtat, eas quæ tales ſunt, origine in perſonam eſſe, nec illa ſimilitudo relata in gl. hic ſatis eſſe videtur, pro methodo hac defendenda, qua Iuſtinianus hic eſt vſus. Nec Interpp. cæteri dubitant, quin actio Pauliana, ex delicto aut quaſi contractu deſcendat: Et ex delicto quidem, ſi qui rem accepit à debitore, fraudem participauerit: ſed ex quaſi contractu, ſi non participauerit: vt tractat & confirmat *Iaſon in hoc §. num. 104. & ſeqq. & n. 112. in fin.* intrepide tenendum ait, quod non ſit hæc actio datiua, ſed natiua, & quod habeat materiam præexiſtentem. Mihi vero iſtę traditiones non admodum ſapiunt. Et vt maxime dolus ſit delictum, & aliquid delinquat qui rem emit à debitore quem ſcit in fraudem debitorum alienare, nihil tamen egit cum creditoribus in quos proprie nec deliquiſſe videri poteſt: & actiones ex delicto non ſolent dari ad euocandam rem, ſed ad pœnam aut vtique ad intereſſe: nec formula illa, quam hic proponit Iuſtin. neceſſaria eſſet, ſi ex delicto ageretur, imo plane actio ex delicto inepta eſt: quorſum enim attineret, dicere rem manſiſſe in bonis debitoris, ſi ſaltem de rei dolo coercendo ageretur. Illud longe autem improbabilius eſt, quod Iaſon contendit, etiamſi poſſeſſor non fuerit conſcius fraudis, ſed rem bona fide acceperit, & ſcilicet ex cauſa lucratiua, (nam qui titulo oneroſo rem accepit bona fide, hac actione non tenetur) tamen eum obligatum videri ex quaſi contractu. Etenim quaſi contractus habent aliquam licet tacitam cõuentionem, quæ hic plane nulla eſt, cum poſſeſſor nihil plane egerit cũ creditoribus: neq; vero quali-

Digitized by Google

tas tituli, quod vel oneroſus vel lucratiuus eſt, facere poteſt, vt magis vel minus actio ſit ex quaſi contractu. Et diſſimile plane exemplum eſt, quod Iaſon affert de eo qui indebitum accepit: quoniam hic inter ſoluentem & accipientem negotium geritur, vt explicatum eſt ad §. *pen. ſup. de obl. q. ex cont.* Itaque cenſeo veriſſimam eſſe opinionē Vltramontanorum, quam refert & male improbat Iaſon *hic n.* 112. Quod hæc actio Pauliana ſit potius datiua quam natiua: & quod æquitatis conſideratione prætor hanc actionem conceſſerit creditoribus, omnimodo quidē contra eum qui rem tenet ex cauſa lucratiua, ſed ſi ex cauſa oneroſa, tum demum, ſi fraudis particeps fuerit: nimirum quia putauit potiorem habendam rationem creditorum, qui certant de damno vitando, quam eius qui captat lucrum: Iaſon autem ita argumentatur omnis actio perſonalis vel eſt ex contractu vel ex maleficio, & vel vero vel quaſi, & adeo eſt natiua. Atquin hæc actio eſt perſonalis. Ergo &c. Nego 1. maiorem eſſe vniuerſalem & ſine exceptione: quod ſupra oſtendi exemplo actionum, quæ ſunt ex pactis legitimis, & alias ſpeciali quadam æquitate cōceduntur. Et vero cur non poſſit quædam actio perſonalis eſſe datiua? & quod talis ſit actio de peculio probaui *in Tract. de Action. diſp.* 8. *th.* 9. Quod autem in aſſumptione pro vero ponitur, omnino apud me controuerſum eſt, propter hunc §. qui hanc actionem refert inter reales actiones, & vtitur verbo petere, quod actionum in rem proprium eſt, neque actionis formula, conuenit vllo modo actionibus in perſonam, vt quod contra poſſeſſorē tertium hæc actio datur, cum quo nihil actum eſt, certū indicium eſt, actionē eſſe potius realem. Verum ex quo iure tādem in rem vel quo iure dabitur hæc actio: ſiquidem nec dominium creditores habent, & neq; hic de caſu hypothecariæ, ſed ſpecialis actionis tractamus. Donellus hinc & ex his cauſis negauit in hoc §. agi de actione Pauliana, ſed confinxit agi de actione quadā hypothecaria, qua creditores perſequantur bona in fraudē alienata. Sed obſtat, quod ſupra probauimus, cōpetere hanc actionem, etiam vbi quid alienatum fuit, antequam bona poſſideri cœperint tum ſi iure pignoris alicuius perſecutio fieret, nō eſſet neceſſarium creditores dicere, quod res in bonis debitoris manſerit, quippe per alienationem rei oppignoratæ certum eſt nō tolli ius pignoris, ſed hoc rem quocunq; eat comitatur. Fateor habere iſtam actionē quaſi ſpeciem quandam hypothecariæ actionis, ſi ponas quid alienatum fuiſſe à debitore, cum iam immiſſio in bona facta eſſet, quomodo conſtat contrahi ius pignoris, quod prætoriū appellatur, ſed enim dicam hanc ipſam Paulianam eſſe quaſi hypothecariam, & quaſi ad exemplum eius introductam. Nam hypothecaria, de qua §. ſeq. proprie competit, vbi ex Lege vel conuentione res obligata eſt, quæ conuentio hic deficit: vt quaſi ſpeciali actione fuerit opus, quæ ſcil. eſt Pauliana, ſed quæ longe latius pateat quam hypothecaria: & nimirum, quia 1. vt iam dictum, competit etiam pro rebus alienatis, antequam pignus prætorium eſſet conſtitutū. 2. Quia datur non tantum vbi res alienatæ, ſed etiā vbi actiones, vt ita dicam, alienatæ, & ſcil. debitor debitorem ſuum in fraudem creditorum ſuorum liberauit *l. hac* 14. *in pr. quæ in fraud. cred.* & quæcunque tandem in fraudem facta ſunt, reuocantur. Ex quo fit, vt omnino ſtatuam, hanc actionē eſſe datiuam, & mera conſideratione æquitatis à prætore introductam: itaque plane miſtæ naturæ, & quæ modo realis, & inter alia in terminis *l. ait* 10. §. *& fruct*⁹ 20. *l. vlt.* §. 1. *quæ in fraud. cred.* modo perſonalis naturam imitetur. Itaq; cum Iuſtin. in hoc libro & tit. non propoſitum haberet naturam actionum ſingularū plene exſequi, cum ſub actiones reales retuliſſe actionem Paulianam, non quaſi illa ſemper & omnibus caſibus, & pure in rem eſſet, aut actionis in rem naturā ſemper imitaretur: ſed quia etiam & ſuis caſibus eſſet in rem, & vtiq; huius naturam & conditionem ſequeretur: veluti cum datur cōtra poſſeſſorem, qui nihil cum creditoribus egit, & qui titulo lucratiuo rem tenet. Et facit, quod nec actio de qua *in* §.

praced.

præced. omnibus caſibus eſt in rem: veluti in ſpecie *l. Iulianus* 17. §. 1. *l. ſi quis* 41. & *l. ſi quis* 43. *Ex quib. cauſ. mai.* Et hinc etiam eſſe puto, cur hæc actio dicatur in factum *d. l. hac* 14. *quæ in fr. cred.* de quo tractat *Iaſon hic n.* 97. (Alias enim actiones in factum dicuntur, quæ aliis actionibus ſunt ſubſidiariæ *§. vlt. ſup. ad L. Aquil. l. non debet* 11. *in fin. de dolo malo:*) quoniam eſt natura ſua extraordinaria ex nulla certa cauſa competens, ſed pro vt res & æquitas poſcit, accommodatur. Nam & alias quæ id genus actiones ſunt prætoriæ à prætore deficientibus aliis actionibus accommodatæ, in factum appellari ſolent, vt *in l. fin. in princ. De eo per quem fact. erit.* Atque hæc quidem ad explicandam naturam iſtius actionis hic proponere viſum fuit: cætera ex ſupra citatis locis *ad Treutl. p. 2. diſp. de benef. credit. th. 5. & ex Tract. de actionib. diſp. 3. th. pen.* huc repeti volumus. Vnicum addo, quod Theoph. cuius non leuis eſt autoritas, hanc actionem, de qua hoc §. agitur, & in rem & Paulianam appellat.

TEXTVS.

4. Item Seruiana & quaſi Seruiana, (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius prætoris iuriſdictione ſubſtantiam capiunt. Seruiana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quaſi Seruiana autem eſt, qua creditores pignora hypothecaſve perſequuntur. Inter pignus autem & hypothecam, ad actionem hypothecariam quantum attinet, nihil intereſt: nam de qua re inter debitorem & creditorem conuenerit, vt ſit pro debito obligata, vtraque hac appellatione continetur: ſed in aliis eſt differentia: nam pignoris appellatione eam rem proprie contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maxime ſi mobilis ſit: at eam quæ ſine traditione, nuda conuentione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

COMMENTARIVS.

1 *Hypothecaria actio quæ.*
2 *Seruiana ad quid detur.*
3 *Et an in omnibus ſpeciebus pignoris habeat locum.*
4 *Differentia pignoris & hypothecæ.*

MOnuimus ſup. *ad §. vlt. quib. mod. re contr. obl.* actionem pignoratitiam ab actione hypothecaria accurate eſſe diſtinguendam. Illa eſt ex contractu perſonalis, & datur debitori: pro repetenda re pignorata, vbi debitũ ſolutum, aut alio modo obligatio pignoris finita eſt. Hæc eſt in rem, *l. 17. de pign. l. 18. C. eod. l. 3. §. 3. ad exhib. l. ſi cum 66. in pr. de euictionib.* & non naſcitur ex aliqua cõuentione, ſed vbi per cõuentionem res pignori nexa eſt, propter ius in re quæſitum creditori, ex edicto prætoris, nõ ſoluto debito, & obligatione pignoris adhuc durante, creditori datur ad rem perſequendam, vt porro morante debitore; re diſtracta debitum conſequatur. Nam quod ſcriptum eſt *in l. ſi tibi 17. §. 2. de pact.* ex pacto naſci actionem hypothecariam, paulo pinguius dictum accipiendum eſt: quod nimirum conuẽtio de pignore nuda quoq; faciat, vt res pignori nexa ſit; quo nexu poſito, ex edicto prętoris cõpetit actio hypothecaria, vt alibi pluribus oſtendi. Plane vt ad *d. §. vlt. quib. mod. re contr. obl.* diximus, pignoratitia actio paulo abuſiue vſurpatur aliquando pro actione hypothecaria, *l. 3. §. 3. ad exhib. l. Titius 9. in fin. pr. quib. mod. pign. ſolu. l. rem 41. de pign. act. l. communi 7 §. inter 12 comm. diuid. l. duobus 19. l. pen. §. 1. de except. rei iud. l. natural. 13. in pr. de cond. indeb.* Actio autem hypothecaria † in genere eſt, qua creditor rem quamcunq; pignori obligatam perſequitur. 1 Itaque non animaduerto cur eam appellationem hic quaſi propriam faciat Iuſtin. actioni quaſi Seruianæ: cum nulla ratio dari poſſit, cur non & ipſa Seruiana dici debeat &

poſſit

poſſit hypothecaria, niſi forte quod cum initio tantum pro rebus coloni hæc actio introducta eſſet, proprium ſibi nomen fecit ab autore Seruio, prætore, quæ poſtea ad quæcunque pignora producta, nomine hypothecariæ appellata fuit, cum illa proprium iam nomen haberet: ſed quæ ſane ab obiecto recte & ipſa vocatur hypothecaria, & hinc videntur etiam ita ſeparari *in l. 3. §. 3. ad exhib.* Imprimis autem cum præter conuentionale, ſint & aliæ ſpecies pignoris, vidẽdum eſſet an pro omnibus hypothecaria cõpetat, ſed prius de actione quæ in ſpecie Seruiana vocatur, agendum
2 eſt. Et ait Iuſtin. Seruianam competere † pro rebus coloni, quæ Locatori fundi pro mercede ſunt obligatæ, quem textum olim ſecuti Iac. de Rau. & Petr. de Bellapert. negauerunt Seruianæ actioni locum eſſe pro rebus inquilini obligatis pro mercede, & miror reliquos omnes communiſſime veteres, vt inprimis ex *Nic. de Neap. & Iaſon. hic n. 23. & 24.* apparet, non tantum improbare eam opinionem, ſed etiam vt abſurdam & manifeſto falſam explodere & irridere. Atquin cum nitatur ea verbis huius §. ea ſolidius confutanda, aut probanda erat. Et video eos vnico vti fundamento, quod eadem ſit ratio coloni & inquilini. Ad quod ego facile reſpondeo, paritatem rationis feciſſe, vt actio primo introducta pro rebus coloni, etiam porrigeretur poſtea ad res inquilini, & ſcilicet pro his perſequendis actio quaſi Seruiana daretur. Et potuit non defuiſſe ratio, quæ moueret prætorem, vt initio locatori fundi tantum proponeret actionem in rem, vel quod locator iſte minus prouidere poteſt, ne res ſibi obligatæ alienentur, vel quod alias prætor non ſatis putabat conſultum locatori, cum coloni fere ſint in re tenui, & locator ſibi ſpeciatim de rebus quibuſdam cauiſſet. Etenim & hic omnino ſentio contra Dd. Seruianam ad eas res pertinere, quas colonus nominatim pro mercede fundi obligauit, quod & ita Theoph. hic proponit, quomodo *in §. adipiſcendæ 3. infra de interdict. in fin.* Saluianum Interd. dicitur competere ad perſequendas res, quas colonus pignori pepigit. Et proprium eſt prædiorum vrbanorum, vt quæ in ea inuecta ſunt, etiam citra conuentionem expreſſam, tacito pignori teneantur: quam ſententiam ſolide confirmauimus ad *Treutl. de pignorib.* & *in Tr. de pignorib.* ideoque nihil addo. Solet autem aliquando actio Seruiana in genere vſurpari, vt etiam quaſi Seruianam comprehendat *l. 1. C. de Salu. interd. l. 3. de pignorib. l. ſi creditor 28. de pignorat. act.* De quaſi Seruiana ait Iuſtin. quod ea creditores pignora hypothecasve perſequantur. Ipſa appellatio quaſi Seruianæ oſtendit & arguit, per productionem id fuiſſe receptum, vt quod primo tantum pro locatoribus & in rebus coloni obligatis introductum erat, poſt, omnibus creditoribus ex quacunque cauſa, ad res quaſcunque perſequendas concederetur, quod an ab ipſo prætore edictum ſuum producente, an à ICtis factum eſſe dicamus, parum intereſſe puto. Sed videndum an in omnibus ſpeciebus pignoris, & videlicet, etiã prætorii, iudicialis & legalis, ea actio habeat locũ. Et de legali vix dubium eſſe poteſt, quod nulla actio alia hic ſit, & inutilis vero hypotheca futura, ſi eius perſecutio non ſit, & cenſetur Lex eo iure & effectu hypothecam dediſſe, quo etiam per cõuentionem conſtituitur hypotheca, facit *l. vbi 26. C. de iure dot. l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pign.* & inprimis quod *in l. vlt. C. de pact. conuent.* dare ſe profitetur Iuſtinianus hypothecam, ſi nihil inter partes conuentum ſit; & igitur in locum conuentionalis hypothecæ: Pro prætorio pignore ſufficere videtur actio Pauliana, iuxta paulo ante dicta: ſed imo tamen non ſufficit, quippe quæ competat tantum pro rebus alienatis per debitorem, poteſt autem quid alia ratione & modo ad alium perueniſſe, poteſt etiam poſſeſſio iam per creditores actu apprehenſa, aliquo caſu amiſſa eſſe, vbi ſane ceſſante actione Pauliana, hypothecaria neceſſaria videtur, quam & nominatim dediſſe videtur *Iuſtin. in l. 2. Codic. de prætor. pignor.* vti *Cyn. Salicet. & alii communiter ibid.* annotarunt.

Porro

Digitized by Google

Porro cum hæc actio ſit in rem, in ceteris,
2 actionum quoque in rem † naturam imita-
tur. Et proinde ex parte Rei poſſeſſio requi-
ritur, ex parte actoris, ius pignoris, quod quo-
modo conſtituatur, proprio loco & in mate-
ria pignorum explicatur: prout tamen vel
contra ipſum debitorem, vel contra tertium
poſſeſſorem, & hunc vel cauſam à debitore
habentem, vel non, agitur, ita & probatio va-
riat: vt ſcil. aliquando rem fuiſſe in bonis de-
bitoris, neceſſe ſit probare: aliquando, ſim-
plicem obligationem pignoris probaſſe ſuffi-
ciat, de quo pleniſſime, *ob Fab. Angel. & Iaſ.* hic
tractant, & nos diximus *in Tract. de Acti. n. diſp. 3.*
Itidem & arbitraria hæc actio eſt, ſicut ea quæ
iure dominii competit, de quo dicemus ali-
quid *inf. ad §. preterea 31.* Ait Iuſtin.

Inter pignus & hypothecam] Nihil differre pi-
gnus & hypothecam ait, quo ad actionem hy-
pothecariam: quo ſenſu & ICtus *in l. 5. §. 1. de
pign.* (inſcriptio enim eſt, ad formulam hypo-
thecariam) inter iſta nihil niſi nominis ſo-
nũ intereſſe ait. Et pro ratione ſubiicit, quod
de quacunque re conuenerit, vt ſit pro debi-
to obligata, vtraque hac appellatione conti
neatur, id eſt & pignoris & hypothecæ: vt
verbum *vtraque* ſit texti caſus: minus autem
recte illi, qui vtramque rem intelligunt in a-
ctionem hypothecariam venire: quod qui-
dem per ſe verum eſt: ſed ſenſus horum ver-
borũ non eſt: neque enim de duplici re, ſed
in genere de re obligata pro debito, de duplici
autem appellatione & nomine loquutus eſt
Iuſtinianus. Et falluntur Ruſſardus & Con-
tius, qui notant, quod pro *appellatione* Theo-
philus legerit *actione.* Theophilus enim, vt
alias, non verbum verbo reddidit, ſed men-
tem Iuſtiniani expreſſit, quod ſiue mihi tra-
dideris rem, ſiue ſaltem hypothecæ obligaue-
ris, poſſim mouere actionem quaſi Seruia-
nam, quod rectiſſime dicitur: poſitis nimi-
rum terminis habilibus, ſi poſſeſſionem rei
mihi pignori datæ amitto: quod ſi enim eam
adhuc penes me habeam, Seruianæ actioni
locus non eſt: Itaque pignus qua pignus con-
ſideratum, id eſt, qua adhuc illud poſſideo, in
actionem pignoratitiam non venit, ſed amiſ-
ſa poſſeſſione iam habet naturam hypothecę,
& perinde hactenus eſt ac ſi hypothecę ab in-
tio obligatum eſſet. Et hactenus accipiẽdum
eſt, quod nihil inter hæc duo intereſſe dici-
tur quo ad actionem hypothecariam, cætere-
quin & quo ad actionem iſtam pertinet, non
parum intereſt, quo ad alia. Nam 1. rem tan-
tum hypothecæ obligatam perſequi non po-
teſt creditor, niſi debitor ſit in mora, & de ſol-
uendo legitime fuerit interpellatus *l. debito-
ris 10. C. de pignorib.* Atquin ſi creditor poſſeſ-
ſionem pignoris ſibi à debitore initio tradi-
tam amiſerit, ratio manifeſta ſuadet, quod
protinus amiſſa poſſeſſione pro ea recupe-
randa actione hypothecaria vti poſſit, vt ipſi
rei pro ſecuritate debiti incumbere liceat,
iuxta initio tempore contracti debiti dictam
Legem.

Deinde iure nouiſſimo ex N. 4. poſſeſſor
actione hypothecaria niſi excuſſis & debito-
re, &, ſi qui ſunt fideiuſſoribus, conueniri
non poteſt, quod itidem ſecus habet, vbi poſ-
ſeſſio pignoris amiſſa eſt, quam vt ſtatim in
priſtinum ſtatum reponatur ratio ſuadet, &
communiter quoque admittunt Doctores
de qua re & aliis plenius egimus in Tract. de
pignoribus.

Sed in aliis differentia eſt] ICtus *in l. plebs 238.
de verb. ſign.* ait pignus dictum a pugno, quaſi
quod manu tradatur, & ob id proprie in re-
bus mobilibus tantum conſiſtere. Vnde na-
ta altera differentia, † quod cum mobiles fe- 3
re res pignori tradi ſoleant, (quod alias ea-
rum pignoratarum nullus aut exiguus futu-
rus ſit effectus, vt quæ occultari & corrum-
pi facile poſſint) pignus ſit, vbi poſſeſſio
tranſlata eſt in creditorem, hypotheca au-
tem, vbi poſſeſſio manet penes debitorem
*h. text. & l. ſi rem 9. §. 2. l. cum & 35. §. 1. de pignor.
act.* vnde & pignoratitius contractus, cum
res traditur *§. vlt. ſup. quib. mod. re contr. obl.* & pi-
gnoratitia actio, qua repetitur pignus *d. l. 9.
§ 3. l. debitor. 40. §. vlt. de pign. act.* Cæterum vide-
tur illa in *d. l. 238. de verb. ſign.* magis alluſio eſſe,
quam vera notatio: cum nec mobilibus qui-

dem rebus omnibus conueniat: neque enim ſeruus, aut bos &c. pugno apprehenditur. Et, ſi rem accuratius putemus, pignus, Latinum, hypotheca, Græcum verbum eſt: & non minus ſuppoſitum eſt pro ſecuritate debiti, imo & magis, quod creditori traditum eſt, eoque & proprie loquendo hypotheca erit, ſed ita diſtinguere placuit ICtis.

TEXTVS.

8. In perſonam quoque actiones ex ſua iuriſdictione propoſitas habet prætor, veluti de pecunia conſtituta: cui ſimilis videbatur receptitia: ſed ex noſtra conſtitutione, (cum & ſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ conſtitutæ transfuſum eſt) & ea quaſi ſuperuacua iuſſa eſt cum ſua autoritate à noſtris Legibus recedere. Item prætor actionem propoſuit de peculio ſeruorum, filiorumque familiarum: & eam ex qua quæritur, an iurauerit actor, & alias complures.

COMMENTARIVS.

1 *Receptitia actio qualis.*
2 *Actio de pecun. conſt. an ſolum pro rebus fungibilibus.*
3 *Cur hic ex pacto nudo detur actio.*

POſt actiones prætorias in rem ſequuntur quædam perſonales: exempla enim tantum proponere voluiſſe Iuſtin. ex fine *huius* §. apparet. Et proponit tres ſpecies, de quarum ſingulis mox ſingulos ſubiicit §§. de conſtituta pecunia, de peculio, vt eam quæ ex iureiurando datur. Et de actione conſtituti interimiſſo §. præmittit, quod in eam quodammodo transfuderit actionem, quæ dicebatur receptitia: eaque conſtitutio exſtat *in l. 2. C. de conſtit. pecun.* Notant *Cuiac. in parat. C. d. t. &*
1 *Hottom. hic.* quod receptitia actio † in ſpecie data fuerit contra argentarios, qui quaſi publicum officium exercebant, ſi aliquid ſe ſoluturos recepiſſent: vnde etiam nomen acceperit hæc actio: & facit coniecturam, quod in extremo *d. l. 2.* fit argentariorum mentio: ſed & expreſſe Theophilus hic de receptitia, ἁρμόζει, inquit, τραπεζίτου ἀντιφωνήσαντος. id eſt, competit, argentario conſtituente. Illud autẽ dubium eſt, apud me, quod à pleriſq; & ab Hottom. quoq; hic tradi video, actionem de conſtituta † pecunia tantũ competiiſſe pro rebus 2
fungibilibus, receptitiam autem pro quibuſcunq; rebus: vt enim de hoc dubitem illud facit, quod argentarii tantum in pecunia negotiari, & fere pecuniam tantum numeratã tractare & ſoluere ſolebant: neq; iſtud mihi ex *d. l. 2. C. de conſt. pec.* videtur colligi poſſe: quamuis id quoque tradat Theoph. hic quod actio receptitia anguſtior fuerit olim reſpectu perſonarum, cum ſoli argẽtarii ea tenerẽtur: ſed latius patuerit ratione rerum, quod quæuis res in eam venirent. Haud ſcio an Theophilo fidem habere hic debeam: maxime quod prętor argentariorum exemplo videtur hoc introduxiſſe, vt reliqui quoq; ciues, & nimirum actione conſtitutæ pecuniæ tenerentur: nec vlla apparet ratio, cur prætor eam ſolum ad res fungibiles reſtrinxerit, ſi argentarii ob quaſcunque res tenebantur. Apparet autem hinc vltro, quæ ratio ſit, ob quam hic ex pacto † nudo actionem dederit prætor: nimi- 3
rum vt dixi, argentariorum exemplo motus: cui & hoc accedit, quod Theophilus hic ſcribit, coercendæ improbitati eorum primũ introductam actionem hanc fuiſſe, qui in ius vocati, vt dilationẽ impetrarẽt, promiſiſſent creditori, citra ſtipulationem, id eſt hoc ſe facturos conſtituiſſent, vt intra certum tempus ſatisfieret creditori. Itaque & dubitatũ fuiſſe, an hæc actio danda eſſet in hæredes, imo an eſſet annalis & pœnalis, apparet *ex l. 1. & 2. C. de conſtit. pec. l. item 18. §. vlt. D. eod.* Et ruunt itaque & futilia ſunt, quę tam prolixe & operoſe hac de re diſputant Dd. vt inprimis videre eſt apud *Iaſonem hic n. 46. & ſeqq.* cuius diſputationem examinaui *Tract. de Action. diſp. 8. th. 3.*

Item

Item actionem de peculio.] Diſerte hic Iuſtinianus actionem de peculio refert inter actiones perſonales: nec deſunt tamen qui cam proprius accedere ad naturam actionum in rem arbitrantur, de qua re prolixe dixi, *in Tract. de Action. diſput. 8. theſi 9.*

An actor iurauerit.] De ea paulo poſt dicemus *ad §. Item ſi quis.*

TEXTVS.

9. De conſtituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque vel pro ſe vel pro alio ſoluturos ſe conſtituerint: nulla ſcilicet ſtipulatione interpoſita: nam alioquin ſi ſtipulanti promiſerint, iure ciuili tenentur.

COMMENTARIVS.

1 *Quid ſi per modum ſtipulationis conſtitutum ſit.*
2 *Quid ſi quod vitium ſit in ſtipulatione tali.*
3 *An ciuili nudæ obligationi accedat fideiuſſor.*

HIc aliquanto amplius, de actione conſtitutæ pecuniæ dicemus. Conſtitutum eſt nudum pactum, quo quis ſe ſoluturum cõſtituit. Quæ res occaſionem dederit, vt hic ex nudo pacto actio daretur, attigimus ad §. *præſ.* Diximus ibid. prætorem hoc egiſſe, vt coerceret & ipſe improbitatem eorum qui in ius vocati fidem, quam de ſoluendo, vt dimitterentur, dederant, fefelliſſent. Sed vt fere fieri ſolet, ampliatus poſtea fuit vſus conſtituti, vt etiam debitum alienum recte conſtitueretur: vtique non vt eo demum caſu obtineret, quo quis, vt alius in iudicium vocatus, dimitteretur, ſe pro eo ſoluturum conſtituit: textus enim iuris indefinite loquuntur. Et hactenus differt à fideiuſſione conſtitutum: quod & proprium & alienum debitum conſtituitur, nemo autem pro ſeipſo fideiubet. tum quod cum fideiuſſio requirat ſtipulationem, conſtitutum & nudo pacto perficitur *h. §. in fin.* Et quid ſi igitur per modum ſtipula-
1 tionis fiat † conſtitutum, conſtituis te ſoluturum? Conſtituo: an actio ex conſtituto? an ex ſtipulatione, an vtraque dabitur? Late & intricate hanc rem diſputant Interpp. hic & inprimis *Iaſon n. 21. & ſeqq.* cuius tractationem excuſſi *Tract. de Actionib. diſp. 8. th. 3.* Nihil abſurdi habet, ſi dicamus, poſtquam prætor ex conſtituto actionem admiſit, vtramque actionem concurrere: cæteroquin ſi cui iſta opinio non placeat, manet nihilominus vtilitas conſtituti, cum ſæpe accidat, vt citra formam ſtipulationis quis vel pro ſe, vel pro alio conſtituat ſe ſoluturum: &, ſi forte qua in
parte inutilis ſit ſtipulatio, † actionem ex 2
conſtituto locum habere dicemus: quod cõtra ſententiam Iaſonis & Interpp. defendam, etiam vbi quis interroganti an conſtituat ſe ſoluturum, annuerit ſe id facturum non obſtante *l. 1. §. 3. de verb. obl.* vbi dicitur, ſi quis interroganti annuerit, nec naturalem naſci obligationem. Hoc enim, vt tractauimus *ſup. ad pr. tit. de verb. obl.* procedit, vbi fuit animus contrahendæ ſtipulationis. At enim cum conſtitutum contrahatur nudo pacto, qui egerunt de conſtituendo, rationem hanc iuris intellexiſſe, ei ſe accommodaſſe & in dubio paciſci voluiſſe intelligentur. Notant communiter Dd. & poſt eos *Iaſon n. 33. & ſeqq.* aliam quoq; differentiam inter conſtitutum & ſtipulationem, quod hæc accidat etiam ciuili obligationi tantum: illud non item, ſed oporteat vtiq; aut ciuilem mixtam aut naturalem tantũ adeſſe. *l. 1. §. 6. & l. 3. §. 1. de conſt. pecun.* Et hoc omnino liquidum haberi debet, poſtquam præſertim Iuſtin. nominatim *in l. 2. C. de conſtit. pec.* improbat ius vetus, quo etiam indebitum actione receptitia poterat peti: indebitum autem dicitur, quod ciuiliter tantum debetur, quippe quod repeti poteſt ſolutum *l. qui exc. 40. in pr. de condict. indeb.* Sed quod illud attinet, quamuis id Iaſon pro non dubie ponat, quod etiam
pro ciuiliter † tantum debito recte accedat 3
fideiuſſor, falſum eſſe probauimus ad §. *1. ſup. de fideiuſſorib.* neque hic repetere libet.

(?)

TEX-

TEXTVS.

10. Actiones autem de peculio, ideo prętor aduerſus patrē dominumve comparauit: quia licet ex contractu filiorum ſeruorumve ipſo iure non teneantur: æquum tamen eſt, peculio tenus (quod veluti patrimonium eſt filiorum, filiarumque, item ſeruorum,) condemnari eos.

COMMENTARIVS.

1 *Cauſa actionis de peculio.*
2 *Actio de peculio non conſumit obligationem principalem.*
3 *An actiones duæ, de quibus in* l. 44. de pecul. *ſint diuerſæ nec ne.*
4 *Actio de peculio non eſt ex contractu, ſed magis datiua.*

DE actione de peculio non indiligenter egiſſe videmur *in Tract. de action. diſp.* 8. & dicemus aliquid tit. ſeq. Hoc ſaltem ad iſtum §. notandum: quod ſicut actio noxalis, non eſt propria actio, ſed actionum ex delicto, quę ciuiliter intentantur, adiectio, de quo *infra tit.* 8. ita quoque actio de peculio non eſt actio
1 propria, † ſed adiectio actionum ex contractu filii aut ſerui, v. c. filius accepit commodatum aut depoſitum, in ipſum filium actiones, ſicut contra quemuis alium ſui iuris dantur: ſed in patrem eſt actio depoſiti & commodati de peculio: quam prætor in patrem dari permiſit, quia, vt hoc §. dicitur æquum putauit, vt peculio tenus teneatur & condemnetur: quoniam nimirum ex contractibus filii acquirit, & concedendo peculium etiam ius contrahendi dediſſe intelligitur *arg. l.* 1. *§.* 5. *de adq. p. ſſ* vt proinde qui cum filio contrahit, ſimul patris perſonam ſpectaſſe & eius quoque fidem quadantenus ſecutus videatur. Recte vero peculio tenus tantum non in ſolidum dominum & patrem teneri voluit prætor: quoniam non vlterius, ſed hactenus, qua vires peculii ſe porrigunt, ius contrahendi eſt conceſſum: & intuitu patris & domini hoc eſt quaſi patrimoniū ſeruorum & filiorumfam. quomodo ratio huius §. explicanda eſt, quod peculium veluti patrimonium ſit ſeruorum & filiorum: cæteroquin in filio illa ratio claudicat: quia etiamſi nullum peculium filius habeat, tamen ſed & ſupra vires peculii filiusfam. & in ſolidum tenetur *l. filiusfam.* 39. *de oblig. & act.* idque eſt quod Dd. dicunt, voluntatem patris vel domini non eſſe abſolutam, ſed limitatam ratione quantitatis conceſſæ in peculium. Reuera autem ex obligatione & contractu iſta actio de peculio non deſcendit: quia nihil reuera contraxerunt pater & dominus: idque probatur per *l. eo* 50. *§.* 3. *de pecul.* vbi negatur, quod per actionem de peculio conſumatur obligatio, quæ inter ſeruum & alium contracta eſt, & omnino, quod fuerit deducta in iudicium. Atque hinc videtur explicandum, quod hoc §. dicitur, patrem & dominum ex contractu filii & ſerui non teneri ipſo iure, id eſt non teneri ex mera & ſtricta ratione iuris, ſed tantum actionem contractus intuitu æquitatis in dominum & patrem per prætorem eſſe productam: quæ explicatio meo iudicio rectior eſt, quam quod vulgo ita acceperunt, non teneri patrem & dominum iure ciuili, licet hæc explicatio firmetur ex §. 1. *infr. de perp. & temp. act. in pr.* Sed notandum inſuper & illud, latiorem quandam poteſtatem contrahendi habere filium quam ſeruum, & ex quibuſdam cauſis & contractibus filii dari actionē de peculio, quę ex iiſdem contractibus ſerui in dominum negatur, veluti ſi fideiuſſerit, ſi nouauerit, ſi cōpromiſerit ſeruus, domin⁹ nec de peculio tenetur, vt tractauimus *ſup. ad §. præterea, quibus mod. oblig. toll.* & tamen tenetur de peculio pater, ſi filius interceſſerit aut compromiſerit, *l.* 3. *§. ſi filiusfam.* 5. *cum §. ſeq. de pecul.* Adnotemus quædam ad verba textus.

Actiones de peculio.] Quod actio de peculio ſit in perſonā, probat hic loc⁹, quo Iuſtin. expreſſe eam inter actiones perſonales refert: & vtique

Digitized by Google

quę conſtat eam non naſci ex vllo iure quod actor in re habeat, & paſſim pater dicitur debitor, quomodo non ſolet appellari, qui conueniri poteſt actione in rem. Degenerat tamen hæc actio, vt in quibuſdam reali magis quam perſonali ſimilis videatur, quoniam cum perſonalis actio ſemper ſit contra eundem, hæc actio peculium ſequitur, v.c. ſi dominus ſeruum cum peculio alienauerit *l. & an illarum* 27. §. 2. *de peculio*, quoniam ſc. prætor propter peculium & peculio tenus voluit dominum teneri: de quo dixi plene *Tract. de act. diſp.* 8. *th.* 9.

Aduerſus patrem & dominum.] Salua nihilo-
2 minus † obligatione, quæ cum ſeruo & filio contracta eſt: Et nimirum hoc effectu, vt licet cum patre actum ſit, actio ciuilis contra filium maneat ſalua: ſi actum ſit cum domino, ſeruus naturaliter maneat obligatus, & ſi quandocunque liber factus ſoluat, repetere non poſſit *l.* 14. *de Ob. & Act.* Et huc pertinet, quod dicitur in *l. ſi quis* 44. *de pecul.* eum, qui cum filio contraxit, duos habere debitores, patrem & filium ipſum; & nimirum ita, vt in filium actio ciuilis detur. Idem autem de ſeruo non dicitur, quia κατ' ἐξοχὴν debitor dicitur, qui exigi & in iudicio conueniri poteſt. Ceteroquin quatenus verbum debitoris latius ſumitur, vt etiam naturaliter obligatus contineatur, etiam, qui cum ſeruo contraxit debitores duos habet, dominum de peculio, & ſeruum in ſolidum, eo effectu, vt dixi, vt debitum ſibi a ſeruo manumiſſo ſolutum, poſſit retinere. Idque probatur textu paulo ante citato in *l. eo* 50. §. 2. *de peculio*, vbi dicitur, quod etiamſi actio de peculio inſtituta ſit, tamen ſeruus pro naturali ſua obligatione, quæ in iudicium deducta non ſit, recte det fideiuſſorem.

Apparet autem hoc ita intelligi, vt maneat naturalis obligatio, quatenus per actionem contra dominum inſtituta actor conſecutus non eſt. Itaque ſi ſeruus ex contractu ſuo centum debeat, ſi actor ex peculio conſecutus ſit quinquaginta, in reſiduum manebit obligatus ſeruus. Idemq; in filio eſt, quod ſi hic conuentus vndecunque ſoluerit pecuniam, actio de peculio ſublata & pater liberatus erit.

Vbi quærunt Dd. an actio quæ contra filium & † patrem competit iuxta *d. l.* 44. ſint 3
diuerſæ, an vna eademq; actio. Mihi res expedita videtur, per ea quę ſuperius dicta ſunt, actionem de peculio non eſſe propriam actionem, ſed alterius actionis, v.c. ex vendito, empto, commodato, adiectionem. Ita enim conſequitur, eſſe eádem ſpecie (eadem enim numero eſſe non poteſt) actionem, cũ noua ſaltem qualitate, quomodo & v.c. actio furti noxalis, ob delictum ſerui, eſt eadem ſpecie actio cum actione furti, quæ datur contra hominẽ liberum, qui furtum ipſe admiſit, ſed habet nouam qualitatem.

Ex contractibus filiorum.] Ex cauſa enim delictorum actio de peculio non datur, *l. ex pœna lib.* 58. *de R. I.* licet ſi filius ex cauſa delicti pecuniarie cõdemnatus ſit, ita quaſi nouatione facta, actione iudicati de peculio pater recte cõueniatur *l.* 3. §. *Idem* 11. *de pecul.* & diximus *tit. praeced. ad §. penult.* Sed an igitur hæc actio de peculio ex † contractu eſt? Equidem ſi contra- 4
ctum non eſſet, actio hæc locum nõ haberet; verum tamen propterea ex contractu hæc actio nata dici non poteſt; vt demonſtrauimus plurib. in *Tract. de action. diſp* 8. *th.* 9. vbi probauimus, hanc actionem potius datiuam quam natiuam eſſe, cui ſententiæ adſtruendæ duo hic fundamenta addo. 1. quod ſi exiſteret aliqua ſufficiens materia & cauſa huius actionis, (ex hac enim nota æſtimant Dd. actionem quam vocant natiuam) etiam extitiſſet ante edictum prætoris, & inique feciſſent iura ciuilia, quæ actionem negaſſent; nec prætor quidquam addidit, ex quo noua ſtatui poſſit obligatio; neque generalis illa conceſſio peculij facere poteſt, vt hæc actio eſſe dicatur ex obligatione aliqua in ſingulis ſpecialib. caſibus 2. quæ obligatio inſtituta actione non deducitur in iudicium, ex illa nõ poteſt actio dici nata. Atqui obligatio contracta v.c. cum ſeruo, actione de peculio inſtituta contra dominum, non deducitur in iudicium, Ergo &c.

Digitized by Google

Aſſumptio probatur ex ſæpe citata *l. 40 50. §. 2. de peculio*. Et faciunt quæ paulo ante de natura huius actionis comitante peculium ſerui alienati diximus.

Peculio tenus.] Ergo non in ſolidum: & fruſtra obiicitur ab Interpp. tũ quod filius & pater habeantur pro vna perſona; tum quod pater habeat inſtar hæredis quæ ad *pr. h. §.* refert *Iaſon hic*. Etenim comparatio patris & hæredis, tantum in quibuſdam caſibus locum habet, regulariter autem falſa & nulla eſt, quoniam peculium profectitiũ eſt ipſius patris proprium: hæres autem bona aliena accipit, & repræſentat defunctum, & in omne eius ius ſuccedit. Nec minus inepte vnitas perſonarum huc affertur; quippe quæ maxime pertinet ad ius adquirendi per filium. Et ad prius illud pertinet amplius, quod quiſq; voluntate propria & facto ſuo adquirit hæreditatem: atquin pater citra vllum factum ſuum de peculio obligatur. Intelligimus plane hic peculium profectitium, quod ex conceſſione patris filius habet & tenet; nomine autem aduentitij peculij, quod pater & adminiſtrator poſſidet ipſe, & in quo vſumfructum habet, ex contractu filij conueniri non poteſt; de quo etiam tractat *Iaſon hic n. 10. & ſeqq.*

TEXTVS.

11. Item ſi quis poſtulante aduerſario iurauerit, deberi ſibi pecuniam quã peteret: neq; ei ſoluatur: iuſtiſſime accõmodat ei talem actionem; per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, ſed an iurauerit.

COMMENTARIVS.

1. *Iuramenti deciſorij effectus.*
2. *De natura actionis quæ dicitur eſſe ex iureiurãdo.*
3. *Ad* l. 13. §. 3. & 4. de iureiur. *& an ſuperſit vetus actio.*
4. *Ad* l. 7. §. 7. de publ. act.

TErtium hoc exemplum eſt actionis prætoriæ in perſonam, quæ naſcitur ex iuramento. Dicitur enim iuſiurandũ nouationis vim habere † & proficiſci ex conuentione *l.* 1
qui iuraſſe 26. §. vlt. de iureiur. iunct. l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolut. quamuis conuentio per ſe ad producendam actionem efficax eſſe nõ potuiſſet, nec iuramentum, eam ſecutum, niſi autoritas prætoris acceſſiſſet; quæ ideo acceſſit, quod qui defert inſiurandum creditori ſiue actore, quaſi hoc promittere & paciſci videtur, ſe ſoluturum, ſi actor iurauerit ſibi deberi. Itaque quia propter hoc factum, & quod iuxta voluntatem rei iurauit creditor, actio detur, ideo actio ipſa in factum appellatur *l. actori 8. Cod. de reb. cred.* quoniam hoc ſolum quæritur an iuratum ſit, non iam hoc amplius, an debeatur, h. §. non ſecus vbi iudicatum eſt, hoc ſolum in actione iudicati quæritur, an iudicatum ſit, qua de cauſa hæc inter ſe comparantur, iudicatum eſſe & iuratum eſſe *l. poſt rem 56 de re iudicata.* Et nimirum apparet, non eſſe hoc ex libera voluntate debitoris, deferentis iuramentum, ſed cum alias metuat condemnationem diffiſus exceptionum probationi, aut ꝙ nullas habet, mauult decidi rem per iuramentum, quod forte creditorem metu religionis ſuſcepturum nõ eſſe arbitratur. Et proinde, dicitur quoq; eſſe iuramentum inſtar iudicij *l. qui 26 in fin. de iureiur.* vel quia iurare quis cogitur, aut iuramẽtum referre quod tum cogitur omnino præſtare, qui detulit, aut ob hoc ipſum cõdemnatur; aut potius quia iuramento præſtito perinde eſt, atq; ſi legitimis probationib. præcedẽtib. condemnatus reus fuiſſet, ꝙ relata iuramenti & rei iudicatæ comparatio confirmat; & probant textus in *l. 5. §. 2. de iuram.* vbi ICtus ait, poſt iuramentum non amplius quæri an debeatur, quod iuramento ſatis probatum videatur; itemque in *l. ſed ſi 11 §. vlt. eod. tit.* perinde haberi quod iuratum eſt, ac ſi probatum eſſet. Ex quo colligi & effici videtur, actionem quæ ex iuramento datur, non eſſe ſemper in perſonam. Quid n. ſi qui vtebatur actione in rem poſſeſſore deferente, vel rurſus poſſeſſor acto-

Digitized by Google

actore deferente, rem ſuam eſſe iurauerint? Cum ita dominium probatum intelligatur, amiſſa poſſeſſione, pro ea iterum conſequenda, actio non niſi in iure quod actor in re habeat, fundari poſſe videtur: & quod ei qui iurauit hæreditatem ſuam eſſe, vtilis petitio hæreditatis detur, ſatis probat *d. l.* 11. §. *vlt. de iureiur.* & de vindicatione ſingulari *l. ſi duo* 13. §. 1. *eod tit. & in l. ſed & ſi* 7. §. *ſi petenti* 7. *de publ.* vbi ei qui iurauit, Publiciana datur quę vtiq; in rem
2 eſt. Dicendum ne erit aliam eſſe actionẽ † in factum, de qua hic agitur; aliam actionem vtilem in rem, quæ propter pręſumptam ꝓbationem dominij competit iuxta *dd. textus*? At enim in *d. l.* 11 §. 5 *h. t.* dicitur, actionem in factũ dari, quæ non alia poteſt eſſe quam ex iureiurando; tum etiam, ſi qua alia ex ratione iuris competeret actio, nihil opus fuiſſet prætorem introducere actionem nouam. Quæ itidem controuerſia incidit, vbi ex cauſa contractus eſt iuratum; nam & hic vtilem contractus actionem dari reſponſum eſt in *d. l. ſi duo* 13 §. 3. *&* 4. *de iureiur.* Vetus hæc controuerſia
3 eſt, an aliqua † vtilis actio & quando, concurrat cum actione in factum ex iureiurando, & an hæc ſit noua actio, an aliarum actionũ adiectio, de quo dixi *Tract. de act. th.* 4. *diſp.* 8. Et iſtud initio nil mouet, quod ſi competiiſſet vtilis actio, nõ opus fuiſſet noua actione: quoniam poſtquam prætor edicto ſuo hãc autoritatem iuramento tribuit, & vt probationis loco eſſet admiſſum fuit, vt qui iurauit vtili actione experiri poſſet; quæ alias locum non habuiſſet. Tum etiam ratio perſpicua eſt, cur vtilis actio tantum competat poſt iuramentum; quia iuramentum tantum ficta probatio eſt: Ceteroquin petitor, qui inſtituta actione in rem, dominum ſe eſſe iudici approbauit, & rem reſtitutam accepit, amiſſa quandocunq; poſſeſſione dubio procul directa actione experietur. Sed illud quæritur, quis locus supereſſe poſſit vtili actioni, aut potius an non ineptus ſit futurus & male cõſultus, qui inſtituat vtilem actionem in rem, iuxta *d. l.* 11. §. *vlt. & l.* 13. §. 1. *de iureiur.* cum expeditiſſimam habeat actionem in factum ex iuramento, in quo nulla probatione oneretur, ſed ſufficiat ſaltem oſtendere, quod iuratum ſit. An dicimus, actionem vtilem nullam aliam eſſe, quã actionem in factum quam prætor, aut potius nouam qualitatem tantum introduxerit? An quod actio prior cum actione iſta in factum prætoria concurrat? Et ſicut actio prior per ſententiam non tollitur, ſed noua accedit actio iudicati, vt probauimus ad §. 1. *quib. mod. toll obl.* ita nec impedire nouam hanc actionẽ, quo minus actio priſtina adhuc inſtituatur; cuius & poſſunt eſſe aliquæ vtilitates, imo quæ & neceſſaria aliquando videtur, & v. c. vbi iuratum eſt ſuper contractu bonæ fidei; qui cum habeat varias præſtationes, & vero iuramentum ſtricti iuris ſit, ſi iuratum ſimpliciter fuerit venditum, aut ſocietatem contractam eſſe, actio in factum non videtur porrigi poſſe, ad omnes præſtationes horum contractuum, & ob id neceſſaria eſſe ipſius contractus actio. Vnde recte reſponſum eſt in *d. l.* 13. §. 3. *&* 4. in terminis modo dictis, agi ex empto & pro ſocio; cum præſertim ex huiuſmodi contractibus mutuæ obligationes naſcantur; &, ſi emptor iurauerit, venditam ſibi eſſe rem, etiam ei contra quem iuratum eſt, actio ex vendito detur *d. l.* 13. §. 3. *in fi. de iurei.* Et hic obſeruandum, agi de iureiurando, non ꝙ in iudicio poſt litem cont. ſub iudice pedaneo præſtitum fuit; poſt hoc enim ſequitur ſententia, nec adeo hæc actio in factum locũ habet, vt tractauimus *d. diſp.* 8. *de action. th.* 4. Sed quod præſtitum eſt iure apud prætorẽ, necdum cõſtituto iudicio, aut data actione; itaq; longe facilius eſt & concinnius, vt hic ex contractu ſuper quo iuratum eſt, actio detur quam vt poſt rem iudicatam actio prior rurſus in iudicium deducatur; cum & per ſententiam omnia capita controuerſa decidantur, ſed iuramentum etiam ſimpliciter ſuper contractu interponatur. Quod ſi iurauerit quis v. c. ex mutuo ſibi centum deberi, expeditius ipſa actione in factum vtetur. Conſtat porro, vt diximus, etiam in actionibus in rem iurari, per *ſupra dd. textus*; quo facto ſane vix dici poterit, quod actio in fa-

factum, quæ ſcilic. concurrit cum vtili actione in rem, ipſa ſit in perſonam; vtcunque non detur contra quemcunque poſſeſſorem ſed tantum contra eum, contra quem eſt iuratum *d.l.7.§.7.de public.act.d.l.11.§ 1.& vlt.de iureiur.& l.nam 9.§.vlt.de iureiur.* quoniam alijs quã inter quos res acta eſt, iuramentum nec prodeſt nec nocet *l.3.§ pen in f.de iureiur.* Hoc autẽ non ſufficit, vt propterea actio poſſit vere & proprie dici in perſonam eſſe; vtpote quæ in dominij quodam iure, quod cenſetur probatum eſſe, fundetur. Et tamen quandã iſtud ſimilitudinem cum actione in perſonam introducit, ſicut & hoc, quod diximus ante, cõuentionem partium quandam cauſam præbere huic actioni. Ad defendendam plane hanc Iuſtin.methodum ſatis eſt, plerisq; caſib. hanc in perſonam eſſe actionem. Probatur autem & hic concurſus actionis vtilis, in rem, cum actione in factum, ex *d.l.11.§.vlt.de iure ur.* vbi ei, qui iurauit, hæreditatem ſuam eſſe, vtilis actio datur, quo etiam referri ſolet *l.13.§.1 de iureiur.*& in *d.l.7.§.7.de Publician.action.* eidem datur Publiciana; atquin in *d.l.11.§.1.* actio in factum proponitur. Itaque poſito hoc concurſu nulla pugna eſt inter *d.l.11.§.1.& d.l.7.§.7.* Sed magis quæritur cur in ſpecie *dict.leg.7.*
4 *§.7.* non itidem vtilis † actio detur, ſed Publiciana præponatur. An eadem eſt ibi publiciana, quæ aliis locis vtilis vocatur? Sed enim Publiciana reſpectiue ad ciuilem vindicationem, vtilis recte dicitur: Sed alio ſenſu in *d.l.11 §.vlt de iureiur* actio vtilis dicitur: ideo videlicet, quia iuramentum non vera, ſed ficta probatio eſt, nec prætor verum & Quiritarium dominium efficere poteſt, ideoq; in ſpecie quoq; *d.l 13 §.3.& 4. de iureiur.* recte Interpp.communiter intelligunt actionem vtilẽ empti, aut pro ſocio. An potius, cũ Iaſone in *§.ſ.diſt le 3.ſup.h.t.n.66.* (vbi plures citat) ex *rubrica* textũ explicamus & ibi actum Publicianã fuiſſe dicimus. An potius quemadmodũ verus domin⁹, qui tamen de dominio plane ꝓbando dubitat, poteſt Publiciana actione vti, quemadmodũ tractauimus *diſp.3.de action* ita poterit etiam, qui iurauit rem ſuam eſſe, pro arbitrio ſuo, aut vtilem actionem in rem, perinde ac ſi probaſſet dominium, aut Publicianam intentare; eoque magis, quod hæc eſt prætoria; & illa quoq; autoritate prętoris, qui iurantem perinde tuetur ac ſi probaſſet vere ſe dominum eſſe, robur accepit. Quod autẽ attinet *d.l.13.§.1.de iureiur.* diximus ad *§.1.ſup.h.t.in f.* ibi acceſſionem longi temporis facere vt actio vtilis contra quemcunque poſſeſſorem detur; quæ alias citra eam locum tantum haberet contra eum, qui detulit iuramentum, per textus paulo ſuperius citatos; & errat omnino gloſſa hic, dum ſtatuit, ſi res tradita ſit actori, qui iurauit rem ſuam eſſe, ei competere Publicianam contra quẽuis poſſeſſorem; quod pugnat *cum.l.7.§.7.de Publ.* & ceteris ante adductis textib. Eadem enim vtilis actionis in rem ratio eſt, quæ & ipſa cõtra quemuis poſſeſſorẽ daretur, ſi hoc in Publiciana admitteretur. Nec mouet, ꝙ adducit; vbicunq; eſt titulus & bona fides, & ita ius vſucapiendi, ibi Publicianæ ordinarię contra quoſuis poſſeſſores eſſe locum Etenim negãdum eſt, quod iuſiurandum vere ſit loco tituli, & abſolute: ſed omnino pro titulo eſt quo ad deferentem, cuius factum, alteri præiudiciũ afferre non poteſt: vid.late poſt Ioh.Fab.& alios *Iaſonem hic n.51.*

Apparet autem, hunc §. non loqui de iuramento promiſſorio quod contractib. adiicitur, ſed de iuramento deciſorio, & nec hoc quidem omni: Non n. loquitur de iuramento, quod Dd. vocant ſuppletorium & neceſſarium quod iudex parti defert ſolus, quæ non ſatis probauit, iuxta *l.x admonendi 3 1.de iureiur.* A parte autem defertur iuramentum, vel poſt litem conteſtatam, permittente ex cauſa iudice, vel ante litem conteſtatam. Illud iudiciale dicitur, & magis eſt, vt nec ad hoc pertineat hic §. quoniam poſt hoc iuramentum ſequitur ſententia, quã iudex ſemel acceptus ꝓnuntiare cogitur: & ipſe approbat delationem: Ceteroquin poſtquam quis iudicem accepit, iam ad neceſſitatem ꝓbandi ſe adſtrinxiſſe intelligitur; nec adeo ipſi permittendum eſt, vt deluſoria leuitate onus proban-

bandi imponat aduerſario, quod ante facere debuiſſet. Itaq; ad poſteriorem hanc ſpeciem, pertinuit principaliter Edictum prætoris, iuriſiurandi extra iudicium præſtiti, vbi actio ordinaria aliqua deficiebat: vt proinde prætorem ſuccurrere oportuerit. Sed hæc prolixius exſequi ratio inſtituti non patitur.

TEXTVS.

12. Pœnales quoque actiones prætor bene multas, ex ſua Iuriſdictione introduxit: veluti aduerſus eum, qui quid ex albo eius corrupiſſet: & in eũ, qui patronum vel parentem in ius vocaſſet: item aduerſus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocaretur, cuiusue dolo alius exemerit, & alias innumerabiles.

COMMENTARIVS.

1 *Pœna album corrumpentis cui applicetur.*
2 *Quo ſenſu iuriſdictio prætoris dicatur perpetua.*
3 *De raptione in ius: & an ea Edicti fuerit cauſa.*

PLenius illuſtrare vult Iuſtin. quod *ſup.* §.8. *& ſeqq.* de actionibus prætoriis in perſonam propoſuit: exemplo nimirum alterius ſpeciei actionum perſonalium, quæ ſunt ex delictis: de quarum actionum diſtinctione plenius dicemus in §.*ex maleficiis* 18.*inf.h.t.* Hic tantũ obiter verba textus percurremus: cum nec actionum hic relatarum eſſentiam & naturam vllo modo explicet Iuſtinianus, ſed tantum exempli loco nomina illarum fere tantum proponat: nec eius ſcopus fuit, omnium actionum naturas hoc tit. tradere, ſed generales tantum diuiſiones actionum proponere, aliquibus actionibus paulo plenius explicatis. Et ait Iuſtin.

Prætor bene multas.] In fin. ait, alias eſſe innumerabiles. Quod per hyperbolen dictum eſt, vt intelligamus multas & varias eſſe: haud dubie enim actiones pœnales prætoriæ, de quibus agit hic §. numerari poſſunt. Pro *bene multas* alii legunt, *permultas*, alii *pene multas*, alii ſimpliciter *multas*.

Qui quid ex albo.] Album ſignificat matriculam vel tabulam, in quam aliquid refertur & ſcribitur: notat *Goth. ad rub. de albo ſcrib.* Hic ſignificat tabulam in qua prætores edicta ſua publice proponere ſolebant, quod poſt alios notat *Hottoman. hic.* Doctores vulgo inepte explicant murum aut parietem dealbatum. Qui ita quid propoſitum corrumpit, grauiter delinquit, & ipſam rempub. quodammodo lædit, quia dignitatem magiſtratus offendit, itaque prætor in eum propoſuit iudicium populare: quoniam non priuatim alicui damnum infertur, ſed, vt dixi, publica magiſtratus dignitas læditur: cuius adeo vindicta omnibus datur. Itaque diſputant Dd. an pœna quæ † irrogatur delinquenti applicetur fiſco an parti. Et recte concludunt communiter referente *Iaſone hic n.* 39. applicari parti: quoniam vt ſupra diximus, hæc in dubio eſt natura popularium actionum, vt pœnam & lucrum ipſe qui agit, conſequatur. Obiicit tamen cum aliis *Angel. hic* doctrinam Bartoli, quod quando prætor non proponit actionem, ſed ſimpliciter irrogat pœnam, tum intelligatur introducta accuſatio & criminalis perſecutio, ex qua pœna applicetur fiſco: hic autem non actionem, ſed ſimpliciter iudicium à prætore proponi *l.*7. *in princ. de iuriſdict.* Equidem hactenus Iaſ. recte reſpondet, quod appareat ex *h.* §. iudicium de actione eſſe explicandum. Sed in eo non leuiter errat, quod exiſtimat, niſi ad hunc modum per alium textum iudicium explicetur, in dubio per iudicium criminalem accuſationem intelligi: quoniam imo in dubio per iudicium intelligi priuatam actionem verum eſt: quod probare innumeris locis poteſt, & edicere ſemper ita prætor ſolebat, ſe iudicium daturum: & perſpicuum eſt huic rei argumentum, quod prætor vrbanus & peregrinus, qui ſolebant edicta proponere, merum imperium non habebant: eoque nec eorum erat criminalia iudicia proponere: ceteroquin generalius loquendo, 1

Digitized by Google

verbum quoque actionis accuſationem comprehendit. Male etiam hic Hottoman. reprehendit Tribonianum, quod actionem publicam & popularem hoc tit. propoſuerit: quoniam vt oſtendimus *ſup. ad pr. h. t.* rectè ſub definitionem ibi propoſitam populares quoque actiones referuntur. Pœnam autem communiter ſtatuunt quinquaginta aureorum; quoniam cum in dubio mitior interpretatio in pœnis ſit facienda, (quam rationem ex Dd. refert *hic Iaſon num. 39.*) variet lectio in *d. l. 7. in pr. de iuriſdict.* & alibi *quingentorum*, alibi *quinquaginta* legatur: quam varietatem ibidem poſt Accurſ. etiam Ruſſard. annotauit, & poſterius hoc, *quinquaginta*, etiam Hottoman. hic & *Duar. 1. diſputat.* 48. probarunt. Editio tamen Florentina habet, *quingentorum*, quam & vulgatæ antiquiores editiones ſequuntur. Et fruſtra à *Goth. in d. l. 7.* citatur *l. pen. de in ius voc.* quia longe grauius peccat, qui publicam autoritatem lædit, quam qui aliquem ex perſonis prohibitis ſine venia in ius vocat. Ineptius ab eodem adducitur *lex 10. de accuſat.* vbi quinquaginta aureis paupertas æſtimatur. Vindicatur autem ita læſa maieſtas prætoris: itaque inepta eſt dubitatio Hottomanni, cur non ſufficerit actio L. Aquiliæ: inepta etiam reſponſio, quod hæc actio tantum ad priuatum damnum pertineat. Etenim hic non de chartæ aut alterius materiæ ruptæ æſtimatione, quod ridiculum eſſet, ſed de vindicta dignitatis publicæ quæritur. Ait porro ICtus in *d. l.*
1 *7. de iuriſdict.* ita † puniri, qui ruperit quod iuriſdictionis perpetuæ cauſa propoſitum fuit: quædam enim proponebantur in cauſis ſingulis, veluti citationes peremptoriæ partium &c. ad quas hæc pœna non pertinet. Atquin cum prætoris iuriſdictio annua eſſet *infr. in pr. de perp. & temp. act.* nihil videtur à prætore iuriſdictionis perpetuæ cauſa proponi potuiſſe. Reſpondetur, perpetuum hic non accipi abſolute, ſed ſecundum quid, & oppoſitiue ad ea, quæ in ſingulis proponebantur cauſis: vt perpetuum hic dicatur, quod ei fini proponitur, vt duret per totam iuriſdictionem prætoris, & in vniuerſum in omnib. cauſis obtineat: quomodo hoc explicant *Hottom. & Duar. dd. locis.* Et tamen addendum eſt, quod monuimus ad *§. prætorum ſup. de iur. nat.* actiones prætorias pleraſque etiam poſt annum & prætoris finitam iuriſdictionem duraſſe, & igitur propriè quoque iuriſdictio perpetua dici & explicari hic poterit.

In eum qui patronum &c.] Altera hæc actio prætoria pœnalis eſt: cōtra eos qui eas perſonas quas non vt oportebat nec ante impetrata venia in ius vocarunt. Quidam enim omnino interim vocari non poſſunt *leg. 2. de in ius voc.* quidam poſſunt quidem, ſed vt ante venia à prætore eius rei petatur, inter quos ſunt patroni, parentes. *l. 4. de in ius voc. & h. §.* Si quis contra fecerit, actio pœnalis eſt in quinquaginta aureos *l. pen. d. t.* eaque vt rectè hic Dd. non popularis, ſed priuata, & illis tantum competens, quibus facta eſt iniuria. Cauſam edicti hanc, cum aliis quibuſdam notat Hottom. hic, quod per vocationē veterem in ius, vis inferebatur vocato, quippe quod obtorto quoq; collo in ius rapiebantur, qui vltro non ſequebantur. Quam cauſam falſam eſſe oſtendo. 1. quod in *l. quamuis 11. de in ius voc.* dicitur,
ceſſare pœnam ſi filium vel libertum † pœni- 5
tuerit, vel ſi patronus vocatus nō venerit. Atquin raptio ius violenta in patronum & parentem non poteſt nuda pœnitentia purgari: tum qui violenter rapitur non poteſt non venire: & quod magis eſt dicitur in *d. l. 11.* remitti pœnam, ſi quis nō inuitus ſit vocatus: at quomodo poteſt eſſe non inuitus, qui rapitur? 2. quia in *l. quæſitum 16. eod. tit.* permittitur liberto nomine pupilli ſine venia patronum ſuum in ius vocare: nemo autem dixerit violentam raptionem permiſſam eſſe. Sed nimirum hoc ipſum, vt filius aut libertus patrem aut patronum in ius ire iuberent, permittendum ſine venia non fuit: cum præſertim cognoſcendum prius eſſet, an actio eſſet talis, quæ patris patroniue famam lædere poſſet *l. ſed ſi 10. §. pen. d. t.* Itaque falſum eſt, quod ait Hottom. quod per vocationem in ius vis fuerit illata: & quod apud Comicos & alibi de raptione in ius legimus, alibi oſtendi, ad viles tantum perſonas & deſertores

deſertores vadimonii pertinuiſſe : & facit quod in *l. plerique* 18. *de in ius voc.* dicitur, eum videri vim inferre, qui aliquem ex domo ſua in ius vocat, id eſt ei quandam neceſſitatem ſequendi aut ſatisdandi imponit : qui autem rapit, non videtur vim facere, ſed vel maxime facit.

Aduerſus eum qui vi exemerit.] Tertia hæc actionis pœnalis prætoriæ ſpecies eſt, ex Edicto *Ne quis eum &c. lib. 2. Dig. tit. 7.* in quam non venit certa quantitas irroganda, vt in duabus præcedd. ſed tantum, quanti erat, ſuper quo reus in iudicium vocabatur, vtcunque etiam per iniuriam & calumniam vocatus fuiſſet, *l. 4. §. pen. & l. 5. §. 1. Ne quis eum &c.* nimirum propter improbum illud factum, quo quis vocatum in ius ad prætorem, exemit: quo ipſo dignitas & autoritas prætoris lædi intelligitur.

Cuiusue dolo malo alius exemerit.] Gl. duas opiniones proponit; vnam, quæ hæc verba refert ad eandem actionem, de qua iam diximus, ex Edicto *Ne quis eum &c.* alteram, quæ per ea nouam actionem pœnalem proponi cenſet, ex edicto *De eo per quem fact. erit &c. lib. 2. Digeſt. tit.* 10. quam magis Gl. videtur probare, eandemque contra veteres pleroſq; cum Angelo probat *Iaſon hic, n.* 101. ſed prauo iudicio: & ipſa verba oſtendunt & eorum connexio, vnam tantum deſignari actionem, ibi *qui exemerit cuiusue dolo alius exemerit:* ceteroquin ſi nouam actionem proponere voluiſſet, eadem formula, qua in præced. v. c. *item aduerſus eum* vſus fuiſſet. Et edictum ſub *tit. 10. lib. 2. Digeſt.* non pertinet ad eum qui dum in ius vocatur eximitur, ſed qui cum vocatus promiſiſſet ſe in certum diem iudicio ſe ſtiturũ, per alium impeditus fuit quo minus ſe ſiſteret, atquin verba huius §. *cuius dolo &c.* eundem caſum ſignificant, quo dolo alterius exemtus eſt qui in ius vocabatur. Et falſa adeo eſt ratio Iaſonis, quod hæc verba etiam conueniant *d. tit.* 10. ſed & inepta inſuper eſt, vt maxime ad eum applicari poſſint: cum non conueniat ſententiæ Imp. & inſuper tantum caput vnum & quidem minus principale eius edicti comprehenderit: principale autem eſt de eo qui ipſe impedit, quod vtiq; non omittendum erat. Atquin per edictum *Ne quis eum &c.* nõ tantũ coercetur & principaliter, qui ipſe vi exemit, ſed & is cuius dolo factum eſt vt eximeretur *l. 5. in princ. eo tit.* quem caſum poſterioribus his verbis Iuſtin. comprehendere voluit.

TEXTVS.

13. Præiudiciales actiones in rem eſſe videntur: quales ſunt, per quas quæritur, an aliquis liber an libertus ſit: vel de partu agnoſcendo. Ex quibus fere vna illa legitimam cauſam habet, per quam quæritur, an aliquis liber ſit: cętera ſubſtantiam capiunt, ex ipſius prætoris iuriſdictione.

COMMENTARIVS.

1 *Præiudiciales actiones cur dicantur.*

2 *An recte h. t. de actionibus præiudicialibus tractetur.*

DE actionibus præiudicialibus ſatis dixi multa ad *Treutl. de except. th. 4. & Tr. de act. diſput. 2. th.* 19. Et eſt prima quæſtio de ratione nominis † & appellationis. Et nimirum præ 1 iudicium ſeu præiudicialis actio dicitur & eſt, quæ alteri actioni facit præiudicium, & qua deciſa ſimul aliæ quæſtiones deciſæ & diiudicatæ intelliguntur: eoq; prius diiudicanda eſt: & q̃ forte rectior appellationis ratio eſt, quia hoc iudicium prius eſt decidendum & terminandum. Nam alias ſi inde dicemus præiudiciales actiones appellatas, quod alteri cauſæ fiat præiudicium, iam omnes pene actiones fient præiudiciales. Exempli cauſa, ſi mota petitione hereditatis, quod iudicium vniuerſale eſt, interim quis ſpeciale iudicium ſuper re, quæ in vniuerſale illud iudicium deducta eſt, mouere velit, repellitur exceptione ne iudicio vniuerſali fiat præiudiciũ *l. vlt. in pr. C. de petit. hered.* quia per particulare iudicium fieret præiudiciũ hereditatis petitioni: neq; tamen

ſpeciales illæ actiones præiudicia aut præiudiciales actiones iure noſtro appellantur. Ita in *l. fundum 16. de except.* ſi fundum petam, & pendente iudicio, petam ſeruitutem ad fundum eundem, dicitur interim differendam hanc actionem, quippe per quam fiat præiudicium actioni principali in rem, quoniam non niſi domino fundi ſeruitus deberi poteſt: & tamen nemo actionem pro ſeruitute appellat præiudicialem: ſed nec actio in rem pro fundo natura ſua præiudicialis eſt, vt prius decidenda ſit, ſed ex accidenti fit talis, propter motam actionem de ſeruitute: quo ſenſu magis præiudiciale eſt iudicium vniuerſale petitæ hereditatis, quod ante alias actiones expediendum eſt *arg. d. l. vlt. C. de petit. hered.* propius ad rem, ſi quis ab aliquo, tamquam patronus petat obſequium aut operas, aut contra ſe famoſam actionem dari poſſe neget, alter autem ſe libertum eſſe neget, & ingenuum eſſe dicat, qui caſus proponitur in *l. vlt. ſi ingen. eſſe dic.* hæ quæſtiones ſunt præiudiciales, hoc ſenſu quod præiudicium per eas fit controuerſiæ de ingenuitate. Atqui dicitur in *d. l. vltim.* eas interim differri, & præiudicium reddi; An ingenuus ſit an libertus: vt ex eo rurſus appareat, præiudicium non præcipue dici, eo quod ante alias quæſtiones ſit decidendum: ſed vtique & hoc ſenſu, quod aliis cauſis & quæſtionibus facit præiudicium: quoniam hoc deciſo an ſit ingenuus quis nec ne, ceteræ omnes quæſtiones, quarum mentio in *d. l. vlt.* deciſæ ſimul ſunt & expeditæ, minime autem inde ita dictę ſunt quod agatur de magno pręiudicio, vt videtur velle *Iaſon hic n. 13. & 39.* qui tamen recte notat *n. 1. & ſeqq.* quaſdam actiones dici præiudiciales alio ſenſu, & tum ratione eminentiæ, vnde iudicium criminale præferatur ciuili *l. fi. C. de ord. iud.* tum ratione contingentiæ, vt in ſpecie *l. 16. & 18. de except.* Putat autem fere Hottom. hic, actionem qua quæritur an quis liber ſit an ſeruus, non omnino proprie, vt ceteras duas quæ hoc §. proponuntur, eſſe præiudicialem: ex hac ratione, ſi recte intelligo: quod inter dominum & ſeruum nulla actio eſſe poſſit. Verum 1. ſi ponamus quem in poſſeſſione libertatis eſſe, quamcunque hic actionem inſtituat, ſi conuentus eum ſeruum ſuum eſſe dicat, prius hoc decidendum eſt, & hoc deciſum ſimul alia multa decidit: neque enim in ſpecie per actionem tractari id neceſſum eſt de quo quęritur: ſicuti nec quæ proponuntur in *d. l. vltim. ſi ingen. eſſe dicetur.* ita tractatur. Et nimirum qui ſeruus eſt omnia alteri acquirit, & in eius dominio eſt, à quo plurima alia dependent, quæ omnia ſimplici pronuntiatione, ſeruum quem aut liberum eſſe videri, deciduntur. Illud porro addendum, videri has tres actiones tantum exempli cauſa propoſitas: Dari enim plures illud indicio eſt, quod Iuriſconſultus ait in *l. 1. §. 2. de rei vind.* liberos à parentibus, peti poſſe præiudiciis; & pertinet enim hoc quoque ad ſtatum perſonæ, an quis ſit filiusfam. an ſui iuris: quam deciſionem multa quoque conſequuntur. Quin & amplius præiudicio hoc diſceptari, an quæ vxor ſit nec ne? reſpondit ICtus in *leg. 3. §. vlt. de liber. agnoſ.* nam hoc & ad ſtatum pertinet; præſertim ſi ex iuris veteris ratione de vxore quæ per coemtionem in manum viri conuenit, diſceptetur.

Proxima hinc quæſtio eſt, an hæ actiones vere & recte dicantur eſſe in rem an magis in perſonam, quam olim veterum quorundam ſententiam fuiſſe refert *Iaſon hic n. 22.* ſed nihil hic addere libet, quia prolixe eam tractaui *d. Tract. de action. diſp. 2. th. 19. & præcipue ad Treutl. de exception. th. 4.* Mouet & hunc ſcrupulum Hottom. hic, quod † hæ actiones præiudiciales non recte tractentur ſub hoc tit. quo contineantur priuatæ tantum actiones: hæ autem non ad rem aliquam quæ in dominio ſit aut obligatione competant, ſed ſint pro ſtatu quod inſuper actio, qua aſſeritur libertas, popularis magis ſit, quippe in qua ex populo cuilibet aſſertori eſſe licuerit, quo refert *l. 2. ne de ſtat. defunct. l. 3. de hom. lib. exhib.* quod hæc cauſa quodammodo publica eſſe videatur: & quod in *l. ſed hæ 35. §. non ſolum 2. de procur.* actio priuata ſeparetur à præiudicio. Addit quod nec ſit in perſonam, nec in rem, quoniam res 2

non

Digitized by Google

non deducatur in controuerſiam cuius ſit dominium. Item quod actiones priuatæ fuerint inſtitutæ apud recuperatores & pedaneos iudices, ſed de cauſis ſtatus iudices maiores & ipſi magiſtratus iudicauerint. Sed iſta non ſunt tanti. Nam 1. actio de ſtatu vel re ad ſtatum pertinente, diuerſa eſt ab ipſo ſtatu, cuius tractatio primo obiecto iuris continetur, 2. oſtendimus iam non ſemel, quod etiam populares actiones ſub definitione actionis in *pr. h. t.* propoſita contineantur. 3. falſum eſt, quod reuera & principaliter hæ actiones cauſam publicam concernunt, ſed tantum eo reſpectu, quod publice intereſt, ne quis opprimatur & in ſeruitute detineatur, cum liber ſit: itaque permiſſum fuit ciuibus ſe præbere aſſertores iis, qui in ſeruitute iniuſta detinebantur, qui inſtar procuratorum erant, cum res vtique ad eos ipſos pertineret, qui vindicabantur in libertatem. 4. eſſe has actiones in rem, paulo ante citatis locis probauimus: nec vt actio in rem dicatur, neceſſe eſt, vt eiuſmodi res ſit quæ eſt in commercio: ſed eſt quædam actio in rem & vindicatio iuris, cuius ſpeciem hæ actiones conſtituunt: & eſt ea quædam ſubtilis vindicatio: ceteroquin vix actio negatoria poſſet mereri nomen actionis in rem. 5. dubium eſt, an in cauſis ſtatus potuerit & ſolitus fuerit olim dari iudex: & affirmatiuam doctiſſimi viri non vno & textu & aliorum autorum teſtimonio tuentur: & vt maxime demus (nec enim hic pluribus id tractare libet) ipſos magiſtratus de cauſa ſtatus cognouiſſe, vitioſe tamen hinc actiones præiudiciales ab iſto tractatu remouerentur: quippe cum & perſecutiones extraordinariæ pro fideicommiſſis & ſalariis eſſent cognitionis prætoriæ, quæ tamen inepte propterea à nomine & natura actionum excludantur: & maxime inepta eſt hæc ratio ad ſeculum & ætatem Iuſtiniani, qua iam & longe ante vetus illa procedendi & dandi iudices ratio erat ſublata: & ſecundum quæ tempora, etiam interdicta non niſi per actiones in factum exercebantur *§. vlt. inf. de Interd.* quæ tamen in *d. l. 35. §. 2. de procurat.* ab actionibus & ipſa ſeparantur: & vtique olim quoque generali verbo actionis veniſſe, docet *l. actionis 37. de O. & Act.* Iam cetera huius textus videamus. Ait

An aliquis liber.] Hæc eſt prima actio præiudicialis, qua quæritur an quis liber an ſeruus ſit. Et illi quidem qui de ſtatu ſuo litigabat, opus fuiſſe adſertore, qui eum liberali cauſa aſſereret manu docet *l. 1. C. de adſert. toll.* cuius rei quoque apud Plautum & Terent. exſtant exempla: & ob fauorem libertatis receptum erat, vt cauſam, licet nulla interpoſita appellatione liceret retractare, vſq; ad tertiam aſſertionem: itaque hic contra regulas ordinarias iuris, de eadem re iterum & tertio cauſa referebatur, & iudicium reddebatur. Quod vtrumque ſuſtulit Iuſtinianus, in *d. l. 1. & 2. C. de adſert. toll.* & conſtituit, & vt ſine adſertore ipſe de cuius libertate quæritur, in iudicio conſiſtere poſſit: & vt cauſa ſemel deciſa, ſicut reliquæ omnes non retractetur: & haud dubie errat Gothof. ibi qui hoc tantum ad dicis cauſa inſtitutas adſertiones refert, ceteroquin retractationi etiamnum locum eſſe putat: quod & verbis & ſententiæ Iuſtiniani eo loco repugnat. Nec iuuat eum *l. 1. §. vlt. ne de ſtat. defunct.* vel quia dicerem iuri illi eſſe derogatum per *d. l. 1. & 2.* vel potius, quod in *d. l. 1. §. vlt.* omnino diuerſus caſus tractatur, & hoc deciditur, quod etiam poſt quinquennium ex quo quis mortuus eſt, liceat tractare de ſtatu eius ad hunc effectum, vt eius qui viuit ſtatus confirmetur, aut in meliorem conditionem reformetur & deducatur. Eum autem qui aliquem in ſeruitutem petebat nullo opus habuiſſe adſertore, conſtat. Sed & hoc conſtare puto, ſolũ eum non aliũ agere potuiſſe: & demiror Hotomanni iudicium, qui hic putat, quemuis pro ſuo in Rempub. ſtudio, eũ qui ſe liberũ ementiebatur, in ius potuiſſe vocare: cum vtiq; hic etiamſi viciſſet, ſeruum pronuntiatum ducere non potuiſſet. Et ineptũ argumentũ eſt quaſi à relatis ſumptum, quod quiuis alium in libertatẽ adſerere potuiſſet. Hoc enim fauor libertatis depopoſcit, tum & iſtud præcipue, quod ſeruus, aut qui ſeruus arguebatur, ipſe perſonã in eo iudicio ſtandi non videbatur habere.

An libertus ſit.] Hæc eſt altera actio præiudicialis, qua de ingenuitate & libertinitate quęritur, & vertitur cum eo, qui ſe patronū dicit, cum alter ingenuum ſe eſſe contendat. Vbi iterum repetit Hottom. quod non poſſit eſſe actio in rem, quia non agatur de eo quod ſit in commercio: quam argumentationem iam ante ineptam & nullam eſſe oſtendimus. Illud in genere obtinet in his actionibus, vt vterq; poſſit eſſe actor & reus, ſed non ſimul, verum prout quis v. c. aut ſe aſſerit liberum aut ingenuum: aut alter eum ſeruum & libertum ſuum eſſe contendit. Qui enim ad iudicium prouocat, is actoris vicibus fungitur: quod adeo conſtitui oportet, vt ſciatur, cui incumbat onus petitoris, id eſt, probationis, *l. generaliter* 12. *de exception.& l. circa* 14. *de probationib.* Cui non obſtat quod in *l. quoties* 18. *eod. t.* dicitur, patronum, qui operas ab aliquo vt à liberto petit, probare debere, licet in præiudicio poſſeſſor eſſe videatur. Etenim loquitur haud dubie de eo, qui prouocat ad iudicium: & quod poſſeſſorem videri ait ICtus, ſignificat, non ob id quod forte quis ſemel aut iterum operas præſtitit, protinus iuri ingenuitatis præiudicium fieri aut factum eſſe, ſed nihilominus teneri eum qui ſe patronum dicit, modis legitimis probare: nec ſufficere, ſi operas aliquando præſtitas fuiſſe (per quod quaſi in poſſeſſione cōſtitutus videri poſſit) oſtenderit.

De partu agnoſcendo.] Obiicit Hottom. hanc actionem magis videri in perſonam: quoniam ea petatur, vt alatur partus, quæ ſit præſtatio dandi. Sed perinde ita quis probet actionem quę quęritur, an quis ſit libertus an ingenuus, eſſe in perſonam: quoniam ea hoc ſimul conſequitur patronus vincens, vt operas libertus & obſequium exhibeat, quæ ſunt præſtationes faciendi. Et nimirum hæc eſt intentio, vt declaretur quis ex hoc vel illo natus: quam declarationem cetera ſequuntur.

Vna legitimam cauſam habet.] Simpliciter hoc de prima ſpecie affirmat Theophil. & iudicium ſane de ſtatu libertatis & ſeruitutis non dubium eſt, ex L. XII. tabb. deſcendere. An igitur particula *fere* hoc loco παρέλκει & ſuperflua eſt? An ideo adiecta, quod etiam circa iudicium de liberali cauſa quædam Edicto ſuo diſpoſuit prætor, vt patet ex *tit. de lib. cauſ.* & ex inſcriptionibus reſponſorum? An ea addita eſt propter iudicium de partu agnoſcendo, circa quod SCta quædam facta eſſe, docemur ex *l. 1. in pr. & l. 3. §. 1. de liber. agn.*

TEXTVS.

14. Sic itaq; diſcretis actionibus, certum eſt, non poſſe actorem ſuam rem ita ab aliquo petere: *ſi apparet eum dare oportere*. Nec enim quod actoris eſt: id ei dari oportet: ſcilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, vt eius fiat: nec res, quæ iam actoris eſt, magis eius fieri poteſt. Plane odio furum, quo magis pluribus teneantur actionibus, effectum eſt, vt extra dupli aut quadrupli pœnam, rei recipiendæ nomine fures etiam teneantur hac actione, *ſi apparet eos dare oportere:* quamuis ſit aduerſus eos etiam hæc actio in rem, per quam rem ſuam quis eſſe petit.

COMMENTARIVS.

1 *Formulam, & verba dare, facere, non conuenire omnibus actionibus in perſonam.*
2 *Dare quid ſit in ſpecie.*
3 *Quomodo condictio detur contra furem.*
4 *An ſpectetur hic & fauor actoris.*
5 *Vtilitates huius condictionis, & an actor teneatur probare dominium.*
6 *Ad l.* 15. de rei vindic.

Concludit hactenus & huc vſq; traditam actionum diuiſionem, in perſonales & reales: & hoc quaſi pro corollario ex §. 1. *ſup. h. t.* colligere & ſubiicere videtur. Tradidit enim ibi actione in rem in ſpecie dicta ita ex-

periri

Digitized by Google

periri quemque, vt dicat rem quam alius poſſidet, ſuam eſſe: actione auté in perſonam ita quem experiri, vt dicat alterum ſibi dare facere oportere: ex qua nimirum oppoſitione formularum, quæ actionum diſparatis ſpeciebus accõmodantur, hic inferre videtur: non poſſe eum qui rem ſuam eſſe intendit, hac formula vti, vt dicat, aduerſarium ſibi dare oportere: efficit enim formularum & actionum oppoſitio: vt cum in actione in rem quis petat rem ſuam, per actionem in perſonam, rem alienam petere intelligatur, quam Reus ipſi debet, & hoc fine petere vt eius dominium conſequatur. Ex quo tanto magis verum eſſe conuincitur, quod ſup. *ad d. §. 1. h. tit.* diſputauimus, formulam iſtam *Aio te mihi dare facere*
1 *oportere*, non conuenire omnibus † actionibus perſonalibus, ſed tantum his, quæ conditiones in ſpecie dicuntur: Longe enim hi falluntur, qui ceteras omnes actiones in perſonam ad faciendum competere putant: nam vt oſtendimus *ad d. §.* verbum *facere*, non alio hic ſenſu ſumitur, quam alibi in obligationum diuiſione *l. 2. d. V. O. in pr.* & inprimis in *§. vlt. Inſt. de verb. oblig.* vbi quod de ſubiienda ſtipulatione pœnali monet Iuſtinianus, argumento euidentiſſimo eſt, quid per verbum, faciendi, ibi intelligat. Et ſane ſi abuti verbis, vel ſaltem laxius iis vti velimus, rectius de reſtitutione rei verbum *dandi*, quã *faciendi* prædicabitur: nam & pignori, & commodato & precario rem dare dicimur, cuius tamen dominium non transferimus: & quod quis acceptum à nobis, poſtea reddere dicitur; id vtique ei nos recte dicimur dediſſe: & quod quis reddit, quid ni hoc etiam dare dicatur. Quod eò etiam pertinet, vt intelligamus, in
2 formula, *Aio te mihi dari oportere*, † verbum *dandi*, in ſpecie vſurpari, vt docet *hic §.* pro dominii translatione: ſiquidem ait Iuſtinianus, *dari* id demum intelligi, quod ita datur, vt fiat eius cui datur: quo ſenſu & verbum iſtud vſurpatur à Iuriſconſulto in *leg. vbi 75. § vltim. de verb. oblig.* facit *l nemo 82 eod.* vbi Iuriſconſultus, cum myſterio, vt Dd. loqui ſolẽt, ait poſſe quem ſtipulari, rem ſuam ſibi *reſtitui*, tacite innuens; fruſtra quem ſtipulari, rem *ſuam ſibi dari facit l. non videntur 167. de Reg. Iur. & leg. ſcire 29. §. 1. de V. O.* Et probabile eſt in ſtipulationibus, præſertim hanc ſcrupuloſitatem aut ſubtilitatem verborum obſeruatam fuiſſe, & vel maxime in formulis actionum. Sed ſane recte hic obſeruat Hottom. hunc locum, qui ita verbi iſtius *dare* propriam ſignificationem vrget, ex veteri ICto deſcriptum videri. Vix enim eſt, vt formulis per nouas conſtitutiones ſublatis, & admiſſo, vt quiſque actionem congruentibus ſaltem verbis inſtituat, hæc accuratio amplius obſeruetur, & inepte egiſſe credatur, qui iure dominii rem ſuam, & ſibi dari petit, cum ſalua etiam ſermonis Latini ratione, *dare*, pro *reſtituere* & *tradere* accipi & explicari poſſit.

Ceteroquin hoc ſenſu, quo Iuſtin. hic verbum *Dare* vſurpat, vltro perſpicuum eſt, non poſſe quem recte petere, vt res ipſi detur, cuius iam dominus eſt: nam vt ſubiicit *Iuſtinian. in verſ. nec res*, quæ res iam actoris eſt, eius amplius fieri non poteſt. Implicaret enim contradictionem, Rei cuius dominus ſum, in me dominium transferri, nec quiſquam dominium transferre poteſt, niſi qui dominus eſt, duo autem vt eiuſdem rei domini in ſolidum ſint, fieri non poteſt. Et huc pertinet quod ait ICtus in *l. & an 14. §. pen. de exc. rei iud.* rem eandem ſæpius quidem mihi deberi poſſe, ſed amplius quam ſemel meam eſſe non poſſe. Idemque in *l. non vt 119. de R. I.* & traditur *ſup. de legat. §. ſed ſi rem 10.* quod alicuius eſt, amplius eius fieri non poſſe. Ex quo vltro apparet, procedere id in eodem genere dominii: & ei qui dominium planum & omnibus numeris habet abſolutum, nihil vltra nec aliud dominium accedere poſſe: ceteroquin dominio bonitario, iure veteri accedebat dominium Quiritarium: ſicut & hodie liquidum eſt, dominio vtili directũ dominium accedere poſſe: quoniam duo in ſolidum eiuſdem rei, diuerſis dominii generibus domini eſſe poſſunt, vt non vno loco explicauimus.

Vnus hoc §. ſupereſt ſcrupulus, in quo vehementer ſe † torquent Dd. qui fieri poſſit, 3
vt ſi

Digitized by Google

vt ſi quidem in formula hac, *Aio te dare oportere, Dare*, ſignificat dominium transferre, quomodo hæc formula contra furem locum habere poſſit, & ille ita conueniri poſſit, vt *Det* rem furto ſubreptam, cuius conſtat eum non eſſe dominũ, & cuius adeo dominium vt trãſferat impoſſibile eſt: Prorſus, Qui non poteſt dare, ille non poteſt ita conueniri, vt dare iubeatur. Atquin fur non poteſt dare rem furtiuam eo ſenſu quo *dare* hic vſurpatur. Ergo &c. Et conſtat condictionem furtiuam ſoli domino dari *l. 1. de condict. furt. l. eum qui* 14. *§. qualis* 16. *de furt.* & quomodo igitur iam domino fur dabit? Conſtat plane irregulare hoc eſſe, & condictiones regulariter non dominis dari contra dominos: ex quo eſt, quod dicitur in *l. vlt. vſufruct. quemad. caueat.* neminem rem ſuam condicere niſi furi: idque non tantum in condictione furtiua obtinere notant Dd. communiter, ſed etiam in aliis condictionibus, vt contra furem degenerent, & notat *Iaſon hic n.* 36. ſed vt dixi, illud difficile eſt, quomodo iſta defendi poſſit exceptio: in quo laborant Ant. Faber, & qui eorum opiniones refert & examinat *Iaſon hic nu.* 33. *&* 34. Dixi in *Tract. de action. h. diſp.* 4. *th.* 20. neceſſario eundum eſſe in ſententiam gloſſæ, quod effectu ipſo condictio hæc ſit ad reſtituendum: neque enim vmquam efficere poſſis, quin nec per rerum naturam fieri poſſit, vt fur hoc ſenſu dare dicatur, quo hoc verbum in hoc §. & in iſta formula vſurpatur. Sed quæ ratio ſuaſit ita hic impropriari verbum *Dandi*? Nemo hoc explicat, & haud ſcio an explicari poſſit. Non vno in loco ſcripſi, hanc videri cauſam fuiſſe introducendæ huius condictionis, vt eſſet etiam præter pœnalem actionem, contra furem, actio perſecutoria. Ceteræ actiones ex delictis, vel vi bonorum rapt. ex edicto *quod metus cauſa*, & de calumniatoribus &c. vt infra dicemus pluribus, mixtæ ſunt pœnales, ita vt vna cum pœna rem ipſam perſequantur, & adeo etiã in heredes, quantũ ad eos peruenit, dari propterea poſſint. Atquin actio furti, vt probauimus ad §. *vltim. ſup. titul. 1. h. libri*, mere eſt pœnalis ita vt nulla ratione poſſit in heredem dari. Et igitur, opus fuit alia actione, quæ ſi prædefunctus eſſet fur, contra heredem quoque ſi quid ad eum perueniſſet, dari poſſet, & inſuper ipſe quoque furi rem auferret, & ad æſtimationem quoque, re forte perempta, competeret. Et cum non eſſet alia actio, in id comparata, placuit quamquam præter rationem iuris condictionem contra furem & eius heredem accommodari: ceteroquin furem dare non poſſe etiam oſtendit *l. ſcire 29. de V. O.* vbi ICtus ait, non poſſe quem ſtipulari à fure, hominem ſubreptum ſibi dari: vt appareat, præter rationem admiſſum, vt ita ſaltem condicere liceat. Ex quo apparet, cur *h.* §. dicatur hæc cõdictio introducta contra furem odio eius, vt pluribus actionibus teneretur: nimirum vt præter pœnalem puram etiam ſupereſſet perſecutoria: & in eo quod 4
vt dixi, præter rationem iuris, hæc † formula agendi contra furem admiſſa eſt, elucet odium furis. Apparet autem euidenter, ſimul fauorem ipſius domini cuius res ſubrepta fuit, in conſiderationem veniſſe, vt quoque perſecutoriam actionem haberet: quod neſcio qua fronte negent, nullius iudicii homines: ex inepta ratione, quod hoc §. tantum odii furis meminerit Iuſtinianus. Dixi quoque in *Tract. de actionib.* ex hoc confirmari ſingularem ſententiam Cuiacii, quod condictio furtiua in heredes in ſolidum non detur, ſed tantum in quod peruenit; quia nec vltra dantur actiones pœnales mixtæ, qua ipſam rem perſequantur, de qua quæſt. ibi dixi, & latiſſime in *exercitationib. ad A. Fabr. decade* 78.

Quamuis ſit etiam in rem actio.] Hoc etiam traditum eſt in §. *vlt. ſup. de furt.* ſed quæritur, 5
quæ itaq; ſit vtilitas condictionis furti † cum & rei vindicatio non niſi domino detur, & condictio hæc quoque ſoli domino dari dicatur *l. 1. de condict. furt.* Vtilitatem vnam vulgo hanc tradunt, quod in vindicatione neceſſe ſit probare dominium, quod in condictione furtiua non ſit neceſſe; quod impugnat & improbat Hottom. hic, eo quod condictio ſoli domino dari dicatur. Sed iudicio labitur. Nam quod condictio ſoli domino dari dicitur,

tur, pertinet ad excludendos eos, quibus actio furti pœnalis (quæ hactenus condictioni opponitur) datur, ex hac ſola cauſa quod eorum intereſt, v. c. conductorem, commodatarium &c. iuxta §. *furti 13. cum ſeqq. ſup. de fur.* non autem vt propterea dominium cogatur probare, qui hac condictione experitur: neq; enim fur referre poteſt quæſtionem dominii ſicut poteſt, qui conuenitur rei vindicatione, qua poſſeſſor: & qui vincit, licet nihil probet, vbi alter dominium non probat. Neque in actionibus perſonalibus ex quarum numero condictio eſt, actori incumbit neceſſitas probandi dominii: maxime cum fur conueniatur ita, vt dare iubeatur. Itaq; ſi v. c. qui commodauit rem, experiatur condictione furtiua, non neceſſe habebit, ſe probare dominum: & ſatis eſt vt ſe dicat dominum; & præſumetur in præiudicium furis dominus eſſe. Atque ita non contrahitur mutuum niſi dominus fuerit, qui numerauit pecuniam: neq; tamen qui agit ex mutuo, oneratur probatione dominii: quod & notat ex Dd. *Iaſon inf. in §. ſequens 16. h. t. num. 11. & 12.* Aliam vtilitatem tradunt, quod poſſeſſor cõtra quem competit rei vindicatio liberatur rei interitu: ſed condictio re quoq; perempta habeat locum. Quam itidem improbat & impugnat Hottom. eo quod etiam rei vindicatio perpetuetur ex mora *l. item ſi 15. in f. de rei vindicat.* fur autem ſit in perpetua mora *l. 8 1. & vlt. de condict. fur.* ſed miror hominis iudicium: cum ipſe mox ſcribat, eo commodiorem eſſe condictionem, quod rei vindicatio competat contra poſſeſſorem tantum: condictione autem teneatur fur, licet non poſſideat: hoc enim ipſum volunt, qui hoc tradiderunt. Et nimirum diſtinguendi ſunt caſus inſtitutæ & inſtituendæ actionis. Condictio ſemper locum habet, licet fur ante eam inſtitutam rem poſſidere deſierit; quod ſecus eſt in rei vindicatione. Et quamuis fur dolo rem ſubripuerit, poteſt tamen ſine dolo ſed & ſine culpa poſtea poſſeſſionem amit-

6 tere. Atquin in *d. l. 15. de* † *rei vindicat.* agitur de rei vindicatione iam inſtituta, ſed & inſuper quod ob moram & quod non ſtatim reſtituit, condemnatur poſſeſſor, qui poſt litem cont. amiſit poſſeſſionem, non eſt generale ſed ſpeciale, vbi petitor rem acceptam fuiſſet distracturus, vt ibidem ſcriptum eſt: [illegible] conſt. [illegible] reus etiam poſt lit. cont. amiſerit ſine culpa poſſeſſionem, ab inſtituta rei vindicatione eum abſoluendum eſſe *l. ſin autem 27. in pr. de rei vind.* & amplius in *d. l. 17.* agitur de re quæ periit, poteſt autem poſſeſſio rei petitæ, ſine dolo Rei ad alium peruenire.

TEXTVS.

15. Appellamus autem, in rem quidem actiones, vindicationes: in perſonam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim eſt denuntiare priſca lingua. Nunc vero abuſiue dicimus, condictionem, in perſonã actionem eſſe, qua actor dari ſibi oportere intendit: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

COMMENTARIVS.

1 *Vindicatio, vindiciæ.*
2 *Condicere, condictio.*

V*Indicationes.*] Nimis prolixe de hoc verbo hic agit Hottom. & vix videtur probanda notatio nominis † à vindico. Licet enim 1 olim ſpecies quædam vis alicuius interueneerit, cum vterque vindicabat rem, quam vim Gellius feſtucariam, Cicero alibi quotidianam appellare videtur: tamen vtrique vim non dicere ſed facere dicimur. Prorſus nihil aliud eſt vindicare aliquid, quam id ſibi aſſerere, ſiue illud ſit poſſeſſio interim, ſiue proprietas: & cum olim eſſent vindicationes mutuę, eueniebat, inde vt videretur ipſa quoq; poſſeſſio dubia & controuerſa, & propterea ſententia ferenda eſſet ante omnia ſuper poſſeſſione, penes quem ea interim eſſe deberet, dum de principali & ipſa proprietate negotium peragetur.

FFF

Digitized by Google

geretur. Et huc pertinet locus Aſconii in orat. *3. Verrin. qua eſt de prat. vrbana.* Lis, inquit, vindiciarum eſt, cum litigatur de ea re apud prætorem, cuius incertum eſt quis debeat eſſe poſſeſſor. & ideo qui eam tenet, ſatisdat &c. licet enim alter rem teneret, vt hic ait Aſconius, tamen quia alter intendebat poſſeſſionem ad ſe pertinere, dicebatur controuerſa poſſeſſio: Itaq; lis vindiciarum ſignificat controuerſiam de toto negotio ſimul & proprietatis. Qua in re haud dubio hic Hottomannus errat, qui refert tantum ad quæſtionem de poſſeſſione; ſicut nec minus errat, dum putat, vindicias poſſeſſionem ipſam ſignificare: quod à verbi proprietate alieniſſimum eſt. Nec mouet, quod apud *Liuium lib. 3.* & al. ibi legimus; poſtulare vindicias, & dare vindicias: vel quia verba ſæpe à proprio ſignificatu in alium per metaphoram transferuntur: vel quia nihil aliud ibi ſignificat, *poſtulare vindicias*, quã petere, vt vindiciæ dicantur pro poſtulante: nam & ita loquuntur autores, *vindicias dicere*; nemo autem vtique dicit poſſeſſionem: & rurſus id dicitur per tropum, & ſignificat, in lite vindiciarum ſententiam ſecundum hunc vel illum dicere. Et vindiciarum verbum varie vſurpatum adeoque ſæpe figurate & metaphorice, vel illud argumento eſt, quod Feſtus in voce *ſuperſtites*, & in voce *vindiciæ* ipſas res de quib. cõtrouerſia eſt, vindicias fuiſſe appellatas, autor eſt: & poſtea, vbi v. c. fundus vindicabatur, glebas, quæ ex agro ſumptæ in ius afferebantur, & in iis tãquã in toto agro vindicabatur, vt ſcribit *Gell. lib. 20. cap. 9.* ex quo loco ipſo, dum ait in re & in agro vindicaſſe litigantes, apparet, *vindicare*, quid proprie ſit, nimirum, vt dixi, rem ſibi aſſerere. Hodie conſtat vindicationem dici actionem in rem ſuper proprietate, de qua diximus *ſup. ad §. 1. h. t. & late in Tract. de act. diſp. 2.*

2 *In perſonam actiones* † *condictiones.*] Condicere, inquit Feſtus, eſt, dicendo denuntiare, & condictio eſt in diem certum eius rei, de qua agitur, denuntiatio. Et ſolebant olim litigatores accepta formula & iudice à prætore dato, certum diem & fere perendinum conſtituere, in quem ſe apud iudicem ſiſterent, & inuicem ſibi ita, vt tum adeſſent denuntiare. Ita *Aſcon. in 3. Verrinam*, comperendinatio eſt, inquit ab vtriſque litigatoribus inuicem ſibi denuntiatio in perẽdinum diem: quod pluribus confirmat Hottom. hic. Quod ſi ita eſt, cum hæc denuntiatio in omnibus actionibus, adeo & realibus interueniret, oportet, vt hoc nomen condictionis commune etiam poſſit eſſe actionibus in rem: quod ideo poſt actionum in perſonã proprium factum ſuſpicatur Hottomannus, quoniam actiones in rem aliud ſpeciale nomen habebant, vt dicerentur vindicationes. Conſequitur & hoc, fruſtra eſſe Doctores, dum hic diſputant, an opus ſit admonitione extraiudiciali de ſoluendo, antequam Reus in ius vocetur: quoniam iſta denuntiatio & condictio poſt vocationem in ius & iudicem acceptam fiebat. Ab actu itaq; iſto, appellata fuit ipſa actio, à qua alias longe diuerſa eſt denuntiatio: atque ita hæc quoque eſt appellatio abuſiua; ſed magis adhuc, quod illud nomen actionum perſonam certæ ſpeciei proprium factum eſt; vt in *f. §.* Iuſt. ſcribit quamquam poſſit Iuſt. & ita accipi, quod hoc ipſum velit improprie & abuſiue actiones in perſonam dici condictiones. Verendum autem eſt, ne quod dictum modo de denunciatione inuicem facta, parum conueniat huic loco: & forte olim etiam acturus, qui aliquem ſibi obligatum habebat, neceſſe habuerit prius monere reum & ei denuntiare vt ſolueret, *arg. l. 10. C. de pignor.* quod & Cuiac. hic notat, & confirmat autoritate Donati, qui ad iſta verba Terentii in Phorm. Act. 1. ſc. 2. *ego me cognatum dicam & ſcitam dicam*, annotauit. *A denunciatione in perſonam ne poſſet dicere mihi non denunciaſti.* Illud autem omnino eſt obſeruandum, quod hic in fin. proponit Iuſtinianus, condictionem ſignificare actionem in perſonam, qua quis intendit ſibi dari (& fieri) oportere. Ex hoc enim confirmatur, quod ſupra ad §. 1. h. t. ſcripſi, formulam hanc, *Aio te dare facere oportere*, non eſſe communem omnibus actionibus in perſonam, ſed tantum quibuſdam, & omnino his, quæ vocantur condictiones.

TEXT.

TEXTVS.

16. Sequens illa diuiſio eſt, quod quædam actiones rei perſequendæ gratia comparatæ ſunt, quædam pœnæ perſequendæ, quædam mixtæ ſunt. Rei perſequendæ cauſa comparatæ ſunt omnes in rem actiones. Earũ autem actionum, quæ in perſonam ſunt, eæ quidem quæ ex contractu naſcuntur, fere omnes comparatæ videntur, rei perſequẽdæ cauſa, veluti, quibus mutuam pecuniam, vel in ſtipulatũ deductam petit actor: item commodati, depoſiti, mandati, pro ſocio, ex empto vendito, locato conducto. Plane ſi agatur depoſiti eo nomine, quod naufragii, tumultus, incendii, ruinæ cauſa depoſitum ſit, in duplum prætor actionem reddit, ſi modo cũ ipſo apud quem depoſitum ſit, aut cum eius herede de dolo ipſius agitur, quo caſu mixta eſt actio.

COMMENTARIVS.

1 *Quæ ſint pœnales actiones.*

HÆc diuiſio poteſt ex ſupra relatis §§. intelligi, quibus Iuſtin. quaſdam actiones perſecutorias in §§ 8. 9 10. *&* 11. & poſt in §. *pœnales* 12. pœnales actiones propoſuit. Sed id ibi alio fine non fecit, quam vt exempla actionum prætoriarum referret: Hic aũt actionum generalem diuiſionem & quidẽ accuratius & plenius proponit. Diuiſio ab obiecto, quod a-
2 ctio perſequitur, ſumpta eſt. Pœnales † actiones proprie loquendo ſunt, quib. actor perſequitur quod vel quãtum ſibi non abeſt, vt, duplum, triplũ quadruplum: quãuis Dd. cõmuniſſime in §. *pœnales* 12. *ſup. h. t. vbi Iaſ. in pr. & nu.* 91. *cũ ſeqq.* iam qualdã actiones pœnales appellent, aut appellatas putent à parte Rei, vbi perſequitur actor aliquid, quod ſibi abeſt, cũ reo nihil adeſt: & ſane (vt oſtendimus *Tract. de act. diſp.* 1. *th.* 2.) ita videtur & hoc ſenſu actio pœnalis dici in *l. fin. in pr. de eo per quem fact. & in l.* 1. §. 5. *&* 8. *ne vis fiat ei &c.* Sed tamen prior vſurpatio & frequentior & vſui iuris quin & rationi magis accõmoda eſt. Et cum pœnæ perſequendæ cauſa hoc loco Iuſtin. pœnales actiones comparatas dicat, vtique non poteſt dici perſequi pœnam, qui quod ſibi abeſt perſequitur, & quod ſua intereſt, licet Reo nihil adſit: ceteroquin etiam vltra centuplum poſſet dici actio competere: & ita actio v. c. L. Aquiliæ qua datur ad intereſſe iuxta §. *illud* 10. *ſup. ad L. Aquil.* pœnalis dicenda eſſet, quod tamen recte non fieret: imo & dicenda eſſet pœnalis, cum v. c. homo occiſus eo tempore integer & plurimi fuit, & veram æſtimationem actor perſequitur, quod tamen abſurde diceretur, & contra §. *his autem* 9. *ſup. ad L. Aquil.* §. *vi autem* 19. *inf. h. t.* vtiq; enim & hic nihil reo adeſt. Et ad hanc rationem actio ex edicto *ſi vent. nom. mul. &c.* quæ eſt ex dolo in factum, perſecutionẽ continere dicitur *l.* 1. §. 4. *d. t.* & tamen cõpetit in mulierẽ, licet ei nihil adſit *d. l.* 1. §. 3. Hoc inde adnotãdũ eſt, quod & ipſum pertinet ad eius quod iam dixi, confirmationem, pœnam hic intelligi quantitatem ex edicto vel Lege delicto irrogatam. Ideoque nihil huc pertinere, pœnam, (quæ ita dicitur) conuentionalem: quæ enim hanc perſequitur, actio procul dubio ad rei perſecutorias pertinet. Atquin poteſt & in ſtipulationem deduci duplum, triplum & quadruplum: *l. ſi dictum* 56. *in princ. de euict.* Et an igitur hæc actio pœnalis appellanda erit, quæ ex eiuſmodi ſtipulatione competit? vtique ex delicto non eſt iſta actio: & tamen nec dici poteſt rei perſequendæ gratia comparata, cum triplum aut quadruplum adeo id, quod actori non abeſt, perſequatur. Videtur ſane iſtud ad pœnam conuentionalem pertinere: quæ, vt ex Dd. notauimus ad § *alteri* 18. *ſup. de inutili. ſtip.* concipitur vel ſub certæ quantitatis mentione, vel, vt loquuntur Interpp. per nomina multiplicatiua, vt in *d. l.* 56. dũ permittẽte iure, v. c. emptor ita intereſſe ſuum æſtimare

videtur, ſi ipſi poſtea res euincatur: ne d ffi ili probatione eius quod intereſt grauetur, iuxta §. *vlt. ſup. de V. O.* Et id inde deſcendit, quod alias ex ratione iuris, & forte ex Edicto Ædilium duplum ſtipulari licebat, quam & promittere venditor cogebatur *l. 2. de euiction.* Iam verba textus quædam videamus.

Quadam mixtæ ſunt.] Hinc notat Iaſon poſt Dd. ſub ſimplicibus mixtum non contineri. Sed inepta probatio eſt, poteſt enim hæc ſpecies aliquando perſpicuitatis gratia proponi, poteſt & omitti, vt factum eſt in §. 1. *ſup. h. titul.* Quot modis autem actio mixta dicatur, dicemus ad §. *quadam* 20. *inf. h. t.*

Omnes in rem actiones.] Vel hinc apparet, manifeſto errare, qui propterea quod in lite iuratur, actionem faciunt pœnalem, vt *gl. in §. pœnales* 12. *ſup. h. t.* quæ tamen communius reprobatur: nec male reſpondent Dd. quod licet ob contumaciam res æſtimetur pluris, tamen hoc fiat ex officio iudicis, quod nimirũ ſubſeruit actioni: vt intelligamus, non fieri ex ipſa per ſe natura actionis, ſed magis ex accidenti, & eo quod poſt litem conteſtatam contingit.

Fere omnes.] Poſſit exiſtimari particula *fere* adiecta propter iſtum caſum, quem paulo ante retuli ex *l. 56. in pr. de euict.* Sed magis, vt intelligat caſum quem mox ſubiicit, in *verſ. plane* vbi ſimul concurrit delictum.

Veluti quibus.] Conſtat plane eſſe plures quam hic enumerantur: itaque exempla ſunt nimis multa: & vel genera contractuum proponere, vel vna aut altera relata ſpecie clauſulam debuiſſet ſubiicere, vt in *ſ. §. pœnales* 12. *h. t.*

Plane ſi depoſiti.] Apparet vltro non ſimpliciter eſſe hanc actionem in duplum, (quod ridiculum ſit dicere) ſed contra inficiantem & qui frãgit fidem *l. 1. §. hoc autem 4. depoſ.* Et ratio eſt in *d. §. 4. & 2. d. l. 1.* quoniam his caſibus non eſt locus electioni, ſed cuilibet occurrenti fidem quis habere, & eius fidei rem committere cogitur: quod ipſum anſam inficiandi præbet: & proinde pœnali propoſita actione ab inficiando abſterrere voluit prætor, cum & pluſquam improbum ſit, ex aliena calamitate, improbiſſimum captare lucrum: quo etiam in *d. §. 4.* videtur reſpexiſſe ICtus, dum ait perfidiæ crimen creſcere.

Si cum ipſo, aut cum herede.] Et cum quo igitur alias poſſit agi depoſiti? cum nullo vtique: cum ſit actio perſonalis: ſed Iuſtin. hoc ideo adiecit, vt ſignificaret actionem tum demum in duplum in heredem dari, ſi ipſe ex dolo & inficiatione propria conueniatur, ſecus ſi ob dolum defuncti, tum enim actio tantum in ſimplum eſt in heredem *l. 1. §. 1. l. de eo 18. depoſiti.* ideoque addidit hic Iuſtin. cum herede de dolo *ipſius* ſcilicet heredis. Neque obſtat quod ex cauſa contractus actio ex dolo defuncti in ſolidum in heredes datur *l. ex depoſiti 12. de O & A. cum ſimilib.* Aliud enim eſt, dari in ſolidum, &, dari in duplum. Et hactenus actio pœnalis eſt, & ex delicto dari intelligitur, cuiuſmodi actiones in heredes non dantur.

TEXTVS.

17 Ex maleficiis vero proditæ actiones aliæ tantum pœnæ perſequendæ cauſa comparatæ ſunt: aliæ tam pœnæ quam rei perſequendæ, & ob id mixtæ ſunt. Pœnam tantum perſequitur quis actione furti: ſiue enim manifeſti agatur quadrupli: ſiue non manifeſti, dupli: de ſola pœna agitur: nam ipſam rem propria quis actione perſequitur, id eſt ſuam eſſe petens: ſiue ipſe fur eam rem poſſideat, ſiue alius quilibet: Eo amplius aduerſus furem etiam condictio eſt rei. Vi autem bonorum raptorum actio eſt mixta: quia in quadruplo rei perſecutio continetur: pœna autem tripli eſt, ſed & Legis Aquiliæ actio de damno iniuria dato mixta eſt: non ſolum ſi aduerſus inficiantem in duplum agatur, ſed interdum & ſi in ſimplum quiſque agat: veluti ſi quis claudum aut luſcum hominem occiderit, qui in eo

Digitized by Google

in eo anno integer & magni pretij fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, ſecundum iam traditam diuiſionem. Item mixta eſt actio contra eos, qui relicta ſacroſanctis Eccleſijs vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommiſſi nomine dare diſtulerint, vſque adeo vt etiam in iudicium vocarentur: tunc enim & ipſam rem rem vel pecuniam, quæ relicta eſt: dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum eius fit condemnatio.

COMMENTARIVS.

1 *Male omiſſæ actiones ex delictis perſecutoriæ.*
2 *Actio L. Aquiliæ an ſit pœnalis.*

SVbdiuiſio in *pr.* §. eſt actionum pœnalium in puras & mixtas. Sed cum dicat de actionibus proditis ex maleficiis, non ſine vitio omittitur tertium membrum. Nam & ſunt
1 multæ † actiones ex delictis, rei perſecutoriæ, non pœnales, quas per indicem quaſi recenſuimus in §. *vlt. ſup. de furt.* Et tanto minus id hic omittendum erat, quod in §. *præced.* vbi de perſecutoriis egit, tantum fecit mentionem actionum in rem, & actionum perſonalium ex contractu: vt quis in errorem induci & exiſtimare poſſit, omnes actiones ex delictis eſſe pœnales: quod omnino falſum eſt. Et ita nimirum & vulgatæ & ceteræ editiones habent, vt in textu propoſui. Hotomannus tamen poſt verba, *comparatæ ſunt*, addit hæc verba, *aliæ rei*: cuius lectionis etiam in notis meminit Ruſſardus: & notat, eius lectionis autores ad aliquot manuſcripta prouocare: & ita eos legere ait, propter condictionem furtiuam: quam etiam ſolam producit Hottom. Valde inſubtiliter, cum & multæ ſint aliæ rei perſecutoriæ ex delicto: & omnino, vt oſtendi in *Tract. de action. diſput.* 4. condictio furtiua vere non ſit ex delicto, quippe cum detur iure quodam dominij, & ſit non natiua, verum datiua, odio furum contra rationem iuris introducta, vt docet § *ſic itaq;* 14. *ſ. p. h. t.* Et ſuſpecti ſunt, qui ita ad manuſcripta prouocant: & vulgatiſſimam lectionem, quæ etiã Theoph. aſtipulatorem habet, confirmat, quod Iuſt. tantum exempla actionum ex maleficiis pœnalium & mixtarum ſubiicit. Sed ſane, vt dixi, illud membrum actionum ex delicto perſecutoriarum omittendum non erat.

Pœnam tantum actione furti.] Hoc propoſuimus & pluribus textibus aliis probauimus ad §. *vlt. ſup. de furt.* quod actio furti ſit mere pœnalis.

Ipſam rem propria actione.] Intelligit actionem in rem: vt ex *ſeq. h.* §. apparet: quod & tradidit in § *ſic itaq; ſup. h. t.* ſicut & quod de condictione furtiua in *verſ. eo amplius h. t.* ſubiicit idem in *l. ancillæ* 12. *C. de furtis l. vlt. C. de noxal. act.*

Vi bon. rapt. actio mixta eſt.] Omnes reliquæ pœnales actiones præter actionem furti, mixtæ ſunt: quod de ſingulis quæ ſequuntur, probabimus. Et de hac actione præter hunc text. idem traditur in *ſ. pr. ſup. vi bon. rap.* Et ibi ſpecialem rationem actionis furti explicauimus.

Sed & L. Aquil. actio.] Contra inficiantẽ hæc perſpicue mixta eſt, quippe in duplum, ita vt rei perſecutio inſit: de qua pœna in *l.* 2 §. 1. *l. inde* 23. § *pen. ad L. Aquil. l. contra* 4. *cum l. ſeq. C. eod.* ſed iſtud non ſatis ad vſum iuris, quod actio L. Aquiliæ etiam extra hunc caſum, & tum quoque vbi in ſimplum agitur, mixta appellatur, *h.* §. ſane cum eo ſenſu Iuſt. hanc actionẽ quoque in §. *his autem* 9. *ſup. ad L. Aquil.* appellet pœnalem, † eo quod Reus aliquando in longe 2
plus teneatur quã damni dedit, quia æſtimatio retro initur: adeoq; quod verã æſtimationem quæ tempore damni dati eſt, pro pœna habetur, & cum ſimul vtriq; in æſtimatione ſit, quãti res tunc fuit, cum corrumperetur, hoc ſenſu mixta dici poterit. Ceteroquin in *Tract. de Act. diſp.* 5. & *ſup. ad L. Aquil.* diximus, quod fictione quadam iuris credatur occiſus homo eo tempore quo plurimi fuerit: qua fictione admiſſa, recte ſimpliciter rei perſecutoriã iſtam actio-

nem dicemus. Sed & hoc monuimus, ſimplum dici tum oppoſitiue ad duplum: tum oppoſitiue ad omne id quod non reuera abeſt actori: quo reſpectu hæc actio dicetur mixta: & priori reſpectu nihilominus in ſimplum.

Item mixta eſt actio.] Supplendus eſt hic locus ex §. *vlt. ſup. de obl. quæ ex cont. & ex §. ſed furti 26. in f. inf. h. t.* quibus locis docemur, non ſolũ ob moram eſſe hanc actionem ex teſtamento pro legatis ad pias cauſas in duplum, ſed etiam propter inficiationem creſcere. Opinionem autem Dd. quod ex ſola re fiat mora piis locis, adeo heres teneatur in duplum, licet interpellatus non fuerit, confutauimus in *Tract. de Act. diſp. 5. th. 22.* & facit contra eam ſatis aperte textus in *l. ſancimus 46. §. vt autem 7. C. de Epiſcop. & cler.* quamuis enim textus ille in vulgatis codicibus non extet, & ſit ex Græca conſtitutione Iuſtiniani inſertus à Neotericis: tamen cum videatur huius iuris autor ipſe eſſe Imperator Iuſtinianus, recte etiam eius conſtitutionibus Græcis vtimur, in tractatione quæſtionis controuerſæ, quæ aliis textibus deciſa non eſt: quamuis hic textus ſufficere poſſit, quod tum demum teneatur heres in duplum, ſi dare diſtulerit, vſque dum in iudicium vocaretur: quod ſane ante extraiudicialem interpellationem fieri non ſolet. Quæ hic tractant latiſſime Dd. de hac actione & inprimis Iaſon, & alia multa impertinentia non attingo.

TEXTVS.

19. Quædam actiones mixtam cauſam obtinere videntur, tam in rem quam in perſonam: qualis eſt familiæ erciſcundæ actio, quæ competit coheredibus, de hereditate diuidenda. Item communi diuidundo, quæ inter eos redditur, inter quos commune aliquid eſt, vt id diuidatur. Item finium regund. actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adiudicare, &, ſi vnius pars videbitur prægrauari, eum inuicem certa pecunia alteri condemnare.

COMMENTARIVS.

1 *Actiones quot modis mixtæ dicantur.*

VIdetur hic §. inſertus occaſione eius, quod de mixtis actionibus in *præcedd.* dictum erat: vt intelligeremus non hoc vnico modo dici actiones † mixtas, quod ſint ſimul 1
pœnales & rei perſecutoriæ: ſed etiam hoc ſenſu, quod ſimul ſint in rem & perſonam. Quod vel ſolũ poteſt ſufficere, ad coarguendum A. Fabrum qui hæc verba in *princ. § huius, tam in rem, quam in perſonam*: vult expungi; quibus ſublatis apparet nihil, cur iſte §. *præced.* ſit ſubiectus: Imo ineptus fit Iuſt. ſi non explicat, quo ſenſu actiones iſtas mixtas eſſe intelligeret: quandoquidem de vna ſpecie mixtarum iam egerat, & pluribus modis actiones miſtæ dicuntur. Et præter iſtas duas ſignificationes mixtarum actionum, ſupereſt & tertia, actionum ex delicto, (quæ origine ſunt perſonales) in rem ſcriptarũ, qualis eſt actio *quod met. cauſ.* Eſt & quarta, actionum in quibus vterq; & actoris & rei vicem obtinet, quo ſenſu itidem actiones hic relatæ mixtæ ſunt, itemque interdicta retinendæ poſſeſſionis §. *pen. in f. inf. de Interdict.* Quod autem actiones hic relatæ, & quomodo ſint reuera in rem & in perſonam, accurate & prolixe explicaui in *Tract. de act. diſp. 2. th. 7.* & plenius in *exercitat. ad Fabrum decad. 94 err. 3 & 4.* neq; huc tranſcribere libet.

In quibus tribus.] Verba hæc, *quod permittatur iudici &c.* non eo pertinent, vt ſignificent, has actiones eſſe bonæ fidei, (quod videri poſſit *arg. §. in bonæ 30. inf. h. t.*) actio enim fin. regund. ſtricti iuris eſt: neq; hic de præſtationibus iudiciorum bonæ fidei agitur: ſed de eo, quod ipſa rerum conditio, quæ in hoc iudicium veniunt, expoſcit. Nimirum res communes aliquando & quædam, nullam realem & naturalem patiuntur diuiſionem, veluti homo,

equus,

Digitized by Google

equus, &c. aliquando non commodam recipiunt aut æqualẽ diuiſionem. Ita vt non ſemper partes ipſarum rerum pro diuiſo fieri, aliquando non æquales partes fieri poſſint, ſed neceſſum ſit vni aut totum, aut maiorem rei partem adiudicare. Quibus caſibus res dupliciter deducitur ad æqualitatem: vt pro eo quod vnus plus accepit ex rebus communibus, alteri res alia adiudicetur: quo caſu habet diuiſio ad inſtar permutationis: & vt pro eo quod quis plus accepit, alteri in proportionatam ſummam pecuniæ condemnetur: cuius exæquationis hoc loco meminit Iuſtinianus: & habet hoc caſu diuiſio inſtar emptionis: de qua re late etiam dixi in *exercitationib. meis ad Fabrum decad. 98. cap. 4. 5. & 6.* Iſti autem exæquationi frequentius locus eſt in iudicio fam. erciſc. & comm. diuid. rarius autem in iudicio finium regundorũ, vt docet §. *pen. inf. de off. iud.*

TEXTVS.

20. Omnes autem actiones vel in ſimplum conceptæ ſunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: vlterius autem nulla actio extenditur. In ſimplum agitur, veluti ex ſtipulatione, ex mutui datione, ex empto vendito, locato conducto, mandato, & deniq; ex aliis quam plurimis cauſis. In duplum agimus: veluti furti nec manifeſti, damni iniuriæ ex L. Aquilia, depoſiti ex quibuſdã cauſis. Item ſerui corrupti, quæ competit in eum, cuius hortatu conſilioue ſeruus alienus fugerit, aut contumax aduerſus dominum factus eſt, aut luxurioſe viuere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus ſit; in qua actione earum etiam rerũ, quas fugiendo abſtulerit ſeruus æſtimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt, ſecundum ea quæ ſupra diximus.

COMMENTARIVS.

1 *An actio in ſimplum, & perſecutoria, conuertantur.*

2 *An actio quædam perſequatur vltra quadruplum.*

ALia diuiſio actionum, quæ tamen non multũ abit ab ea, quæ in §. *ſequens ſup.* tradita fuit: nam actiones in ſimplũ, rei perſecutoriæ, reliquæ pœnales ſunt. Nec aliud habet, quod poſt Ioh. Fab. & alios reſpondeat *Iaſ. n. 1. in f.* pro informatione iuuenũ & pleniori clarioriq; declaratione hanc diuiſionem adiectã eſſe. Et tamen meminiſſe debebant Interpp. eius ꝙ tradiderunt *ſup. ad §. pœnales 12. h. t.* eam
quoq; dici actionẽ pœnalẽ & ex † parte Rei, q̃ 1
intereſſe actoris perſequitur, vbi Reo nihil adeſt. Quo poſito falſum omnino erit, quod idẽ ſit actio in ſimplum & rei perſecutoria: ſed omnino quædã in ſimplum pœnalis erit: quod & ex §. *vt autẽ 19 ſup. h. t.* probatur vbi Iuſt. actionẽ L. Aquil. ẽt q̃ in ſimplum cõpetit, mixtã & adeo pœnalẽ eſſe ſcribit, vt ibi. explicauimus. Ex quo rurſus apparet, minime hæc conuerti, actionẽ eſſe in ſimplũ, &, eſſe rei perſecutoriã.

Vlterius nulla actio † extenditur.] Dixi non ſe- 2
mel, eam actionẽ proprie pœnalem eſſe, qua perſequitur actor quod ſibi non abeſt, & ita coercetur culpa & dolus Rei, vt accidit in omnibus actionibus, quæ ſunt in duplũ, triplũ quadruplũ, quãtitate ea nominatim definita: quo ſenſu verum eſt, quod h. §. dicitur, nullam actionẽ eſſe vltra quadruplũ. Et reuera ineptę ſunt obiectiones, quas poſt gl. mouent *Interpp. ex §. illud 10. ſup. ad L. Aquil. l. 3. §. vlt. de incend. ruin. naufrag. l. Iulianus 13. in pr. de act. empt. l. 1. in pr. de vi arm.* Reuera enim ibi actor perſequitur ſimplum, & nimirum quod ſibi culpa rei abeſt, & in quo ei damnum datũ eſt. Neq; enim conſideramus tãtũ illud corpꝰ, in quod & per quod damnũ datũ eſt, ſed vniuerſum damnũ quod datum eſt, & quod ex culpa rei actor ſenſit: v. c. ſi quis vile dolium pro pauculis florenis, ſciens vitioſum, ignoranti emptori vendiderit, etiam æſtimationem vini quod in dolium condidit emptor, & quod vitio dolii periit,

rit,

rit, præſtare cogitur, *d. l. 13. in pr. de action. empt.* quod & in tigno vitioſo vendito, quod ruina ſua, ruinam aliam ſecum traxit: itemq; in ſeruo herede inſtituto, & ante eam aditam occiſo obtinet: Quidquid enim ſua intereſt actor, non vero triplum aut duplum eius perſequitur: ex quo hoc æſtimandum [illegible]le iam ſæpe dictum eſt. Extra hunc caſum, poteſt aliquando Lex, non habita conſideratione æſtimationis rei, in qua delictum commiſſum eſt, grauiorẽ pœnam conſtituere, quæ longe longeq; æſtimationem quadrupli excedat, vt in *l. pen. C. de ſeru fugit.* Cetera quoque bene remouet *gl. hic* & egimus in *Tract. de action. diſpu. 5. th. pen.* Et an pœna conuentionalis poſſit excedere quadruplum, tractauimus in §. *alteri* 18. *ſup. de inutil. ſtipulat.*

Veluti ex ſtipulatione.] Aliquando tamen & in quadruplum ex ſtipulatu agitur, vt in ſpecie *l. ſi dictam 56. in pr. de euict.* ſed diximus in §. *ſequens ſup.* tanti permiſſum eſſe æſtimare intereſſe ſuum: vt hoc reſpectu perſecutio ſimpli videatur.

In duplum agimus.] Quinque actiones referuntur, quibus ad duplum agitur: furti nec manifeſti, damni ex L. Aquil. depoſiti, ex quibuſdam cauſis, ſerui corrupti, & ex teſtamento ad legatum piæ cauſæ relictum. Et hoc tantum fuit propoſitũ Iuſtiniano, vt doceret eas eſſe in duplum: an autem eodem omnes modo ſint in duplũ, & ex ſe & ſemper, & aliæ harum differentiæ ex aliis & propriis locis petendæ ſunt. Et nimirum actio furti mere pœnalis in duplum, ceteræ omnes mixtæ ſunt, vt in duplo ſit rei perſecutio: quod docuit Iuſtin. in §. *ex maleficiis 18. cum ſeq. ſup. h. t.* ſed & actio L. Aquil æ, & depoſiti, in tumultu & incendio, itemq; iam dicta actio ex teſtamento, contra inficiantem, & hęc poſterior inſuper ex mora in duplum ſunt, vt docet §. *ſed furti 26. infr. h. tit.* ceteræ, furti & ſerui corrupti, ſemper & etiam citra moram & contra cõfitentem ſunt in duplum *d. §. 26.* De actione ſerui corrupti illud notandum, quod vtiliter quoq; competit pro filio corrupto *l. ſi tantum 14. §. 1. de ſeru. corr.* circa quod v. quædam poſt Dd. tractata *à La ſone n. 21. hic.* Quod de hortatu conſilioue hic dicitur, & an ob conſilium malum quis teneatur, tractauimus ad §. *tua tantum 6. ſup. Mandati.* Atque hæ ſunt, vt ita dicam nobiliores & frequentiores actiones in duplum. Exempla alia & plura ſunt in *l. 7. C. de iur. fiſc. N. 123. c. 28. in f. auth. ſed hodie C. de Epiſc. & cler. l. ſancimus 29. C. de Epiſc. aud. in conſtit. 2. Cod. de vet. iur. enucl. Incipit. Tanta circa nos §. eandem 22. in fin. l. 2. C. vt lit. pend. l. vn. C. ne rei mil. comit. l. 4. C. fin. regund. l. 1. C. de ſuſceptorib. lib. 10. l. pen. Cod. Locati. l. 1. in pr. & l. 5. §. 1. de publican.* & forte alibi.

TEXTVS.

21. Tripli vero agimus, cum quidam maiorem vera æſtimatione quantitatem in libello conuentionis inſerunt, vt ex hac cauſa viatores, id eſt, executores litium, ampliorem ſummam ſportularum nomine exigerent: tunc enim id quod propter eorum cauſam damnum paſſus fuerit, Reus in triplũ ab actore conſequetur: vt in hoc triplum etiã ſimplum, in quo damnum paſſus eſt, connumeretur. Quod noſtra conſtitutio introduxit, quæ in noſtro Codice fulget, quam procul dubio certum eſt, ex Lege condictitia emanare.

COMMENTARIVS.

1 *Viator quis, item executor Catholicianus.*
2 *De ſportulis.*

Apparet ex hoc §. viatoribus & executoribus litium pro quãtitate & re pẽtita ſportulas quoq; & mercedes dandas fuiſſe, & à reo quoq;, non tantũ ab actore: ſicut N 82. c 9. iudicibus quoq; ab vtraque parte vult ſportulas dari Iuſt. Nec animaduerto, quare Hotto. hic neget id iſtud cõcoquere poſſe. Equidem pro qualitate & quãtitate operæ & laboris mercedẽ his perſonis cõſtitui datiq; rationis eſt, nec tñ omnino abhorret à ratione, vt mercedis quãtitas & ratio, ex quãtitate ſũmæ aut rei petitæ ineatur:

Digitized by Google

ineatur: cum & videri poſſit, præſertim quoad executionem maior opera requiri in exigenda maiore quantitate, quamuis *Iaſon hic numer. 43. poſt Dd.* notet, non amplius de conſuetudine obſeruari, vt pro quantitate rei petitæ, maiores præſtentur ſportulæ. Nec tam in Reo abſoluto, qui regulariter omnes expenſas litis conſequitur, procedit hæc actio, quam in reo condemnato in minorem quantitatem; vt videlicet, quanto minus pro ſportulis (quas ſemel acceptas viatores non reddunt) dare debuit, id, & imo iuxta hunc §. eius triplum ab Actore licet victore conſequatur, vt docet *§. ſed hæc quidem 35. in fin. infr. h. t.* Itaque iuris veteris ratione, ſecundum quam actor, qui plus petebat, cauſa cadebat &, reus omnino abſoluebatur, iſtud non conuenit, ſed iuri nouo quod refertur in *d.* §.35.

Et ipſe Iuſtinianus hoc loco teſtatur, hanc actionem in triplum mixtam, ex ipſius noua conſtitutione deſcendere. Ampliat hunc textum *Iaſon* cum alijs *numer.* 15. vt procedat, ſi ob plus petitum cauſa vel loco, maiores ſportulas ſoluere coactus fuerit Reus. Ampliat deinde, vt etiam habeat locum in ſalarijs aduocatorum & procuratorum, quæ pro quantitate & grauitate cauſarum maiora dari ſolent: licet fateatur *numer.* 17. contrariam opinionem communius obtinuiſſe, quam ego quoque veriorem eſſe puto contra Iaſonem, quoniam à ſportulis viatorum, ad ſalaria aduocatorum vitioſe infertur; nec facile huiuſmodi pœnalia ſunt extendenda: & quod aliquando in pœnalibus ex identitate rationis extenſio fit, vt diſputat Iaſon, particulare, neque verum eſt, in ſportulis viatorum, & ſalarijs aduocatorum rationem eãdem militare. Limitat porro Iaſon hunc §. *poſt pl. n.* 44. vt obtineat, ſi quis dolo malo maiorem in libello quantitatem petierit, & ob hoc ipſum vt damno ſportularum afficeret reum; nec citra dolum videtur pœnali actioni in triplum locus eſſe: ſecus ſi per ignorãtiam, aut errorem id factum ſit. Ex quo efficitur ꝓbabile, quod idem tractat *n.* 25. locum non eſſe huic actioni pœnali, ſi adiecerit actor libello clauſulam vulgatam, *Saluo iure ſuperflui.*

Viatores, id eſt, executores litium.] Viator proprie ſignificat eum, qui iter facit. *Iuuen.*

Cantabit vacuus coram latrone viator,

Horat.

------abſentem cantat amicam,

Multa prolutus vappa nauta atque viator.

Poſt ita dicti, qui magiſtratibus aderant, & eorum iuſſa exequebantur. *Colum. in præfat.* Illis temporibus proceres in agris morabantur; & cum conſilium publicum deſiderabatur, à villis arceſſebantur in ſenatum; ex quo, qui eos euocabant, viatores nominati ſunt; quod iam ante eum Cicero ſcriptũ reliquit, in *libro de Senectut.* magis poſtea pro ijs acceptum & vſurpatum hoc verbi, qui in negotiis adhibebantur à magiſtratibus, & ijs miniſtrabant, præcipue in citandis & vocandis reis. *Cicero in Vatinium.* miſeriſne viatorem, qui M. Bibulum extraheret domo: Sed officium eorum latius patuiſſe, dubium non eſt, & ex hoc maxime §. vbi Iuſtinian. viatores de executoribus litium interpretatur. Sed magis tamen eſt, imo omnino ita habendum eſt, executores non dici hic, qui ſententiam exequuntur, ſed qui ea faciunt & exſequuntur, quæ ad cauſam & iudicium pertinent; cum vtique ſportulæ de quibus hic agitur, ante litem quoque conteſtatam dari videantur; & ita, qui exigunt cautionem executores dicuntur in *l. omnes 33. §. præterea 2. C. de Epiſc. & cler.* quamuis non negaſſim, eorum opera poſt in exſequenda ſententia magiſtratus fuiſſe vſos; vt ẽt hoc reſpectu recte executores appellentur; ſed non eo ſenſu, quo id verbum ſumitur in *l. executorem C. de exec. ution rei iud.* ſcilic. pro eo, qui inſtar iudicis, & forte ex cauſa iudicati datus, ſententiam mandat executioni. Pertinent autem huc ij, quorum mentio in *auth. de iudicib. collat. 6. Nou. 82. c. 2* quos (& numero duos) iudicibus, quos ibi conſtituit, vult adeſſe Iuſtinianus, quibus vtantur, τὰς τὰς δίκας παρασκευάζουσί τε καὶ εἰσάγουσι qui lites præparant & inducunt, vel introducunt,

Digitized by Google

cunt, quiijdem in N.119. *cap. 5. ſunt οἱ τοῖς δικαιωτηρίοις* Idem enim hic [Greek] ſignificat. Pollux *lib. 8. cap. vlt.* [Greek]. Itaque non animaduerto cur Interpres in *d. N.*82. reddiderit, *cauſas præparantibus & complentib.* niſi forte eo reſpexit, quod hic Iuſtin. viatores interpretatur executores; & intellexit, de his qui ſententiam mandant executioni.

Notat inſuper *Accurſ. in d. Ct. leg. executorem Codic. de execut. rei iudic. & in d. Nouell. 82. cap. 7.* viatores quoque dici Cæſarianos & Catholicianos, ſed præterquam, quod vim iſtorum nominum non aſſecutus eſt, errat inſuper, ſi arbitratur, cuiuſcunque magiſtratus viatores, apparitoreſque ita appellatos fuiſſe. Dubitari non poteſt, quin Catholiciani vocati & dicti fuerint, ab aliquo magiſtratu, qui ipſe Catholicus dicebatur. Ceterum Catholicum *Alciatus 1. prætermiſſ.* putat dictum, Præfectum prætorio Orientis, quod eſſet hic maxime quaſi vniuerſalis magiſtratus. Sed magis aſſentior Cuiacio, qui ad *l. prohibitum 5. C. de iure fiſci.* probat, fuiſſe Catholicum dictum procuratorem fiſci, & nimirum in vrbe ſpeciales huius generis procuratores fuiſſe, viceſimæ hæreditatum metallorum, caducorũ. Atqui in prouincijs vniuerſis, præpoſitos ſingulos, ex hoc Catholicos appellatos, & horum miniſtros Catholicianos, qui & Cæſariani, arg. *d. l. 5.* vbi Cuiac. & qui coniunguntur in *l. pen. C. de bon. proſcript.* qui locus oſtendit, ad Catholicianos & Cæſarianos, pertinuiſſe curam rerum fiſcalium. Hęc fortaſſe non iniucunda cognitu, obiter adſpergere viſum fuit.

Sportularum nomine.] Dicamus plenius de
2 ſportulis, pro iis, † qui politioris Iuriſprudentiæ & literaturæ ſunt ſtudioſi. Et fruſtra ſim ſi moneam, ſportam eſſe genus vaſis ex vimine, &c. contextam; ciiuus diminutiuum ſportula. Romani olim clientes & tenues eos fere pauperéſque, qui eos v. c. officij cauſa deduxerant & comitati domum fuerant, cœnæ adhibere ſolebant. Poſtea cum id ſuperbis hominib. faſtidioſum videretur, pro cœna, cibum domum mittebant clientibus, aut petentib. domum deferendum dabant; & ſic quoque tamen conuiuarum inſtar habebantur. Iuuen.

Nonne vides quanto celebretur ſportula fumo,
Centum conuiua, ſequitur ſua quemq; culina.

Quoniam enim quod ita dabatur, in ſporta ferri ſolebat, factum eſt inde, vt per ſynecdochen ipſe cibus ſportula diceretur, Iuuen. *ſat. 1.*

------Sportula primo
Limine parua ſedet, turba rapienda togatæ.

Apul. in apolog. quæ vulgo ſecunda habetur. Quippe ita placuerat, vt iungeremur in villa ſuburbana, ne ciues ad ſportulas iterum conuolarent. Hinc & quoniam, qui ſportulas acceperant, conuiuarum inſtar habebantur, factum eſt, vt ſportula opponeretur rectæ cœnæ, id eſt, quæ diſcumbentibus apud ipſum dominum præbebatur. *Sueton. in Domit. cap. 7.* Sportulas publicas ſuſtulit, reuocata cœnarum rectarum conſuetudine. *Martialis 8. Epigr. 50.*

Promiſſa eſt nobis ſportula, recta data eſt.

Idem 2. *Epigr. 69.*

En vocat ad cœnam, mulier te claſſice rectam,

Et 7. *Epigr 19.*

Rectam vocatus cum recurrit ad cœnam.

Poſtmodum, cum loco iam dictæ cœnæ quæ in ſportulis mittebatur, pecunia dari ſoleret, factum eſt, vt hæc pecunia etiam ſportula diceretur. Et fuiſſe eam centum quadrantes, hæc loca confirmant.

Iuuen. *ſat. 1.*

------denſiſſima centum
Quadrantes lectica petit.

Martial. 1. *Epigr. 60.*

Dat Baiana mihi quadrantes ſportula centum.

Idem 3. *Epigr. 7.*

Centum miſelli iam valete quadrantes,
Regis ſuperba ſportula receſſerunt.

Inde latius & per abuſionem ſignificatio huius nominis producta: ita vt Suidas deſcribat [Greek], &c.

&, quod magis quis miretur, Heſychius *σπόρτουλα*, interpretatur *τόκον*, an forte quod pecunia quaſi honorarium iſtud, & nimirum vſuram, largitur domino. Illud plane conſtat, largitates quas nouiter creati magiſtratus diſtribuebant, ſportulas quoque dictas fuiſſe. Loco omnium poteſt eſſe Epiſtola *Plinij ad Traian. 117. lib. 10.* Qui virilem, inquit, togam ſumunt, vel nuptias faciunt, vel ineunt magiſtratum, vel opus publicum dedicant, ſolent totam Bulen, atque etiam è plebe non exiguũ numerum vocare, binoſque denarios, vel ſingulos dare.

Hæ nimirum ſportulæ erant, & dari ſolitæ, vt ex reſponſo Traiani apparet: vbi non probat inuitationem, quæ & in numero modum excedit, & quaſi per corpora non viritim ſingulos ex notitia ad ſolennes ſportulas contrahit. Et idem autor *2. Epiſt. 14.* ad Maximum, vbi quæ corrumpendis iudicibus & aduocatis dabantur, ſportulas vocat: conueniتur, inquit, in media Baſilica, vbi tam palam ſportulæ, quam in triclinio dantur. Quin & decimas & quæ alendis clericis deputata erãt, Cyprianus ſportulas vocat *lib. 4. Ep. 5. inſ.* presbyterij honorem deſignaſſe nos illis iam ſciatis, vt & ſportulis iiſdem cum presbyteris honorentur, &c. & *lib. 1. Epiſt. 9.* Ne moleſtijs ſecularib. alligentur, ſed in honore ſportulantium fratrum, tamquam decimas ex fructib. accipientes, &c. Et vt tandem ad textũ & rem noſtram à diuerticulo redeamus, ſportulę fuerunt quoq; dictæ mercedes, quæ iudicib. ab vtraq; parte dabantur, de quibus *Iuſtin. in N. 8.* & expreſſius in *d. N. 82. c. 9.* Sed & amplius ſportulas appellatas pecunias, quas olim vterq; litigãs deponere cogebatur, (ita vt victꝰ, quod exiſtimo, parte ſua multaretur) probatur ex vetere Scholiaſte Ariſtophanis, in *Nubibus act. 4. ſc. 1.* τῆς δίκης δὲ τὸ δέκατον χρέους κατατιθέντες τοῖς πρυτανεῦσιν, εἰσῆγον τοὺς χρεώστας. id eſt, decimam partem debiti deponentes, apud prytaniſtas, debitores in iudiciũ introducebant: & hanc pecuniam Gręcis πρυτανεῖα ſed Romanis σπόρτουλα dicta ait. & mox ſubijcit πρυτανεῖον τὸ ἀργύριόν ἐστι, ὅπερ κατετίθεσαν οἱ δικαζόμενοι ἀμφότεροι, καὶ ὁ φεύγων καὶ ὁ διώκων. pecunia, quam deponebat vterq; litigantium, & reus, & actor: quod facere poteſt ad illuſtrandum ꝙ de decima parte ſcribitur inf. de pœn. tem. litigãt. Mercedula quam viatorib. & apparitoribus & executorib. dant litigantes, vocatur ſportula in *l. omnes 33. §. executoribus 5. C. de Epiſc. & clericis l. in ſacris 12. §. 1. C. de prox ſacr. ſcrin. lib. 12. l. vlt. C. de fructib. & lit. exp. N. 124 cap. 3.* & Iuſtin. in *N 82. cap. 7. in pr.* οὐδεὶς ἐκβιβαστὴς ἐκ δικαστοῦ πλεῖόν τι τῶν σπορτούλων, &c. de his enim mercedibus ibi tractatur. Sed hæc plus ſatis de ſportulis; & fortaſſe tamen non nimis; cum nemo iſtud explicet ex fundamentis.

Quam procul dubio.] Procul dubio hæc lectio corrupta eſt, aut inepte locutus eſt Tribonianus. Quid enim inſulſius dici poteſt, quam, conſtitutionem emanare ex Lege cõdictitia: nimis n. ineptum eſt, quod cõminiſcitur Accurſ. legem quandam fuiſſe condictitiam dictam, quæ ſub ſe plures conſtitutiones complexa fuerit. Itaq; omnino probo, quod Hottoman. & Cuiac. (qui etiã veteres libros citat ad quos ẽt Ruſſard. & Contius prouocant) legunt; *ex qua procul dubio certum eſt lege condictitiam* (ſc. actionem & omnino condictionem, quæ dicitur ex Lege) emanare. Et ita ex noua Lege datur condictio etiam in triplum; quo confutatur opinio Antonij Fabri, qui alibi contendit, condictionem in triplum, aut quadruplum dari non poſſe.

Sed an iſta ſola & vnica eſt actio in triplum quæ hoc §. proponitur? Aut an huc quoque referimus ſpeciem *l. vlt. C. de his, qui à non dom.* ex qua qui alienum mancipium coram principe manumiſit, & hoc ipſum & duo præterea alia mancipia pręſtare cogitur: quę videtur eſſe actio in triplum mixta; aut an inſtar furis actione dupli pura tenetur? Aptius exemplũ videtur ex *l. ſancim. 30. C. de Epiſc. aud.* vbi ſi quid vltra duos ſolidos acceptum eſt, qui accepit, in triplum tenetur. Poſſit & huc referri *l. vlt. §. quod ſi 4. Codic. de mod. mult.* vbi qui maiorem multam exegit, & multato duplum, & quod exegit, fiſco inferre cogitur.

TEXTVS.

29. Quadrupli autem agitur, veluti furti manifeſti: Itē de eo quod metus cauſa factū ſit: deque ea pecunia, quæ in hoc data ſit, vt is, cui datur, calumniæ cauſa alicui negotium faceret, vel nō faceret. Item ex Lege condictitia noſtra cōſtitutio oritur, in quadruplum imponens condemnationem iis executoribus litium, qui contra noſtræ conſtitutionis normam à reis quidquam exegerint.

COMMENTARIVS.

QVatuor ſpecies actionum in quadruplū proponuntur, confuſim & mixtim, ita vt differentiæ earum inter ſe ex alijs locis ſint repetendæ. Et hæc in primis: quæ hic omiſſa eſt, (neque enim ſcopus fuit Iuſtiniani ſigillatim iſta perſequi) quod actio furti manifeſti eſt in quadruplum puri pœnalis, reliquæ in quadruplum mixtę ſunt; ita vt inſit rei perſecutio. Id. de actione quod metus cauſa contra abſurdiſſimam A. Fabri ſententiam, qui eam pure pœnalem contendit, accurate & prolixe probauimus *diſp. 5. de actionib. th.23. & in exercit. ad Fabr. dec §2.c.9. & 19.* & ſunt expreſſi textus in *l. item ſi 14. §. ſed & ſi 9 cum 25. §. ſeqq. quod met. cauſ.* quos ille nequidquam contendit à Triboniano eſſe corruptos, quod vt maxime verum eſſet (& tamen nullo modo id probat) quæ Tribonianus autoritate Imperatoria ſanxit, pro LL. ſunt obſeruāda. De actione ex edicto de calumniat. quod mixta ſit, eſt itidem text. expreſſus in *l. in heredem 5. §. 1. de calumn.* Et eadem modeſtia an ſtultitia A. Fab. ibi in Rationalib. cum locum corruptum & actionem eam pure pœnalem eſſe cōtendit; q̃ ſententiam confutauimus ad *Treutl. part. 1. diſp. 10. th. vlt. & Tract. de act. diſp. 5. th. 24.* Nec dubitari debet quin itidem ſit mixta actio quarta *h. §. in fin.* contra executores, qui vltra definitum modum aliquid exegerunt. Et in *§. præced.* quidem ipſe actor tenetur in triplum, cuius fraude factum eſt, vt plus exigeret viator, aut exexutor, qui exigens iuxta petitionem actoris, eſt extra culpam. Hic autem ipſe executor tenetur in quadruplum, qui citra culpam & dolum actoris, ipſe ex dolo proprio plus exegit à litigatoribus. Et ſportularum modus definitur in *l. omnes 33. §. in executorib. 5. C. de Epiſc. & cler.* Sed iſta conſtitutio particularis eſt: In *N.124. c. 3.* vetat, executores plus exigere, quam ipſius LL. cautum eſt: vbi Accurſ. ſe refert ad *N.17. ca. 3. & N.8. c. 6. N. 86. cap. vlt.* vbi tamen itidem nihil definitur, ſed fit remiſſio ad alias conſtitutiones, quæ non exſtant. Inde autem exiſtimo recte ſentire *Iaſon. hic n. 6.* vt quacunque Lege, vel conſuetudine curiæ, nuntijs & apparitoribus taxata eſt certa quantitas & ſumma ſportularum, ſi vltra quid exigant, hac actione pœnali teneantur. Cum porro *tot. h. t.* agatur de actionibus ciuilibus, & omnes actiones pœnales ceteræ quę hic proponuntur, ita ſint comparatæ, vt ex iis pœna applicetur & adiudicetur parti, ex hac quoq; actione quadruplum conſequetur ipſe actor. Quod tamen gl. & cōmunius Interpp. hic mutatum exiſtimant per *N. 124. cap. 3.* vbi ſancit Iuſtin. vt ſimplum reſtituatur damnum paſſo, triplum autem inferatur ærario. Nec animaduerto, quomodo (quod veterum aliquos tentaſſe refert *Iaſon hic numer. 38.*) *d. cap. 3.* reſtringi poſſit ad iudicia criminalia & ad accuſationes cum tota illa Nou. indefinite & generaliter, de quibuſuis iudiciis loquatur.

Sunt porro plures actiones in quadruplum mixtæ, & in primis (quam hic omiſſam, mirum eſt) actio vi bon. rapt. de qua in *princip. ſup. vi bon. rapt.* & aliæ ſpecies in *l. 8. Cod. de iur. fiſci l. de his 26. §. ſi quis 2. Cod. de Epiſc. aud. l. 1. Cod. de ſtat. & imagin. l. 2. §. & vnumq. 9. Cod. de præf. prет. Afr. l. 3. Cod. de Aſſeſſor. l. placet 8. Cod. de excuſ. mun. l. 3. Codic. de nauicularis,* &c.

TEX-

TEXTVS.

23. Sed furti quidem nec manifeſti actio, & ſerui corrupti, à cæteris de quibus ſimul locuti ſumus, eo differũt, quod hæ actiones omnimodo dupli ſunt: at illæ (id eſt, damni iniuriæ ex L. Aquil. & interdum depoſiti) inficiatione duplicantur, in confitentem autem in ſimplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ venerabilibus locis relicta ſunt, non ſolum inficiatione duplicatûr, ſed etiam ſi diſtulerit relicti ſolutionem, vſquequo iuſſu magiſtratuum noſtrorum conueniatur. In confitentem vero, antequam iuſſu magiſtratuum conueniatur, redditur ſimpli. Item actio de eo quod metus cauſa factum ſit, à cæteris, de quibus ſimul loquuti ſumus, eo differt, quod tacite eius natura continenetur, vt qui iudicis iuſſu ipſam rem actori reſtituat, abſoluatur, quod in cæteris caſibus non eſt ita, ſed omnimodo quiſque in quadruplum condemnatur; quod eſt & in furti manifeſti actione.

COMMENTARIVS.

PRoponit aliquot differentias actionum pœnalium, quas hactenus enumerauit: princeps illa eſt, quod actio furti manifeſti & nec manifeſti, ſunt pœnales puræ, ſed cæteræ mixtæ: quam Iuſtinianus hic ideo omiſiſſe videtur, quia iam illam propoſuerat *in §. ex maleficiis 18. cum ſeq.* Reliquæ differentiæ hac diſtinctione explicantur & continentur: quod actiones pœnales aliæ ſunt natura ſua & ſemper & omnimodo tales: quædam autem per accidens, & ob aliquam cauſam ſuperuenientem tales efficiuntur. Et ad illas pertinent, actio furti, item vi bon. rapt. de calumniatoribus, ſerui corrupti, tripli & quadrupli, quæ conceduntur ob maiores exactas ſportulas, iuxta *§. tripli cum §. ſeq. ſup. h. t.* Accidens illud, quod actionem pœnalem quæ alias in ſimplum, facit, inficiatio eſt & mora. Illa in duplum facit actionem Legis Aquiliæ, actionem ex teſtamento pro iis quæ relicta ſunt venerabilibus locis, & actionem depoſiti ex quibuſdam cauſis, vt hoc textu ait Iuſtinianus & diximus *in §. ſequens 16. ſup. h. t.* Mora vel eſt ſimplex, quæ facit itidem dictam actionem ex teſtamento pœnalem, h. text. *verſ. ſed illa*, vel cum contumacia coniuncta, ſi quis iuſſui iudicis de reſtituendo non pareat: ex quo fit pœnalis in quadruplum actio, *quod met. cauſa. h. text. verſ. Item actio*: quæ plenius tractauimus de actionib. *diſp 5. 13. & ſeqq.*

TEXTVS.

24. Actionum autem quædam bonæ fidei ſunt, quædam ſtricti iuris. Bonæ fidei ſunt hæ: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum geſtorum, mandati, depoſiti, pro ſocio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, præſcriptis verbis, quæ de æſtimato proponitur, & quæ ex permutatione cõpetit, & petitio hęreditatis. Quamuis enim vſque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei iudicia, petitio hæreditatis connumeranda eſſet, an non, noſtra tamen conſtitutio aperte eam eſſe bonæ fidei diſpoſuit.

COMMENTARIVS.

1 *Cur quædam ſint actiones bonæ fidei.*
2 *Differentiæ harum actionum.*
3 *An omnes actiones bon. fidei hic ſint enumeratæ.*
4 *De petitione hæreditatis.*
5 *De actione de peculio, & aliis actionibus, quæ habent nouas qualitates.*

 Integra

INtegra diſputatione ſexta *Tract. de Actionib.* egimus de iudiciis bonæ fidei & ſtricti iuris: ideoque hic erimus breuiores. Et diximus *th.* 1. hanc eſſe ſubdiuiſionem actionum perſonalium *& th.* 2. quę ſit ratio oppoſitionis in membris diuiſionis, *bonæ fidei.* &, *ſtricti* iuris. Nec male Hottom. hic in pr. ait, à ICtis præciſe actiones dictas eſſe bonæ fidei, pro eo quod plane fuiſſet dicendum, actiones, in quarum formulis addi ſolet, *Ex bona fide*: & ſtricti iuris, pro eo quod apertius diceretur, in quibus ad formulam certam iudex datus adſtringitur. Cur autem quædam actiones hoc nomen, imo potius hanc naturam ſibi habeant propriam. *d. diſputat.* 6. *th.* 2. *&* 11. oſtendimus. Admitti autem non poteſt, quod Hottoman-
1 nus hic affirmat † in genere, pendere id à ſynallagmate, vt illæ actiones ſint bonæ fidei, quæ deſcendunt ex cōtractibus, qui vltro citroque obligationem pariunt. Aut enim hoc accipit in ſpecie, vbi initio ſtatim mutuæ obligationes naſcuntur, & aperte falſa efficeretur ſententia, & actiones commodati, mandati, depoſiti, pignoratitia excluderentur: aut laxius accepit, vbi quomodocunq; naſcitur vtrinq; obligatio: qua explicatione admiſſa, actiones præſcriptis verbis ex omnibus quatuor articulis, de quibus *in l.* 5. *de præſ. verb.* bonę fidei erunt, quod quidem ita ſtatuit Hottomannus, ſed falſum id eſſe infra oſtendemus. Tum etiam cum in his contractibus ex accidenti & poſt facto naſcatur actio, & fieri poſſit adeo, vt ex vna parte tantum cōtractus maneat obligatorius; non videtur ratio huius rei recte hinc deſumi; Quin &, cum, vt dixi, Hottom. ſimpliciter actiones *præſcr. verb.* omnes referat inter bon. fidei actiones, non tamē videtur vere dici poſſe, q; ex his naſcatur mutua obligatio: ſiquidem ſolus ille qui ab alio accipit rem v. c. obligatur, qui autem dedit, non obligatur, niſi quod aliquando prorſus ex accidenti, euicta re quæ fuit data, actione in factum conuenitur *l.* 1. *in pr. de rer. permut.* Et quamuis Labeo *in leg. de verb. ſign. συνάλλαγμα* ita videatur accepiſſe, pro mutua obligatione, vel contractu ex quo talis obligatio naſcitur: Vlpianus tamen *in l.* 7. §. 2. *de pact.* laxius verbū hoc vſurpat, pro negotio aliquo, facto aut datione, quod interueniens, facit, vt æquum ſit, ei qui dedit aut fecit, contra alterum, qui conuentionis Legem nō ſeruauit, dari actionē. Quis porro ſit effectus huius rei, q; actio vel bonæ fidei eſt vel ſtricti iuris, & differentias harum actionū perſecuti ſumus ſatis late *d. diſp.* 6. *de Actionib.* quarum attingit aliquas Hottom. hic, ſed proponit duas, quæ mihi falſæ videntur, vna eſt, quod actionibus bonæ fidei nulla certa quantitas petatur, ſed totum hoc, quantum ſoluendum ſit, arbitrio iudicis permittatur. Enimuero cum in locatione, verbi cauſa, & emptione, hinc de re, hinc de pecunia certa, conuentum ſit, mirum videatur, & imo improbabile, non petendum fuiſſe, nec peti debuiſſe aut potuiſſe, quod deductum in conuentionem fuerat: aut eadem ratione dicam, nec in actione depoſiti, commodati, & pignoratitia, ipſas res debitas peti potuiſſe, quod ego quidem omnino falſum eſſe puto, de quo etiam agitur *infra t.* § *in bonæ* [illegible] *in pr.* Altera differentia Hottom. quæ mihi falſa videtur, hæc eſt, quod in ſtricti iuris iudiciis, verſetur & iuris & facti quæſtio: in bonæ fidei actionibus, tantum iuris numquam facti. Id quomodo verum, imo quomodo non ſit manifeſto falſum, (quod nec vllo textu aut ratione commoda confirmat) videre & animaduertere non poſſum. Eſt autem hæc principalis differentia harum actionum, quam fere conſequuntur cæteræ: quod in ſtricti iuris actiones, tantum venit illud, de quo nominatim conuentum eſt, & quod ipſi naturæ & eſſentiæ contractus ineſt ex definitione iuris *l.* 3. *de reb. cred.* ſed in bonæ fidei iudiciis multa veniunt, quæ nominatim non placuerunt, & omnino quidquid præſtare æquum bonum eſt officio iudicis continetur & adiudicatur, non minus, quam ſi verbis expreſſum fuiſſet: in quam rem ſunt textus *in l. quidquid* 99. *de verb. obl. l.* 7. *de neg. geſt. l.* 6. *de act. empt. l. Luc.* 17. *depoſit. iunct. l. quod ſi nolit.* 31. §. *quia aſſidua de ædil. Edicto.* Et hi textus fere tantum loquuntur de contractibus, qui conſenſu conſtant,

ſtant, & in iis qui re dicuntur contrahi non æque locum habent: vt hinc intelligere liceat, eſſe quoſdam gradus bonæ fidei actionum, & in aliis plus poſſe officium iudicis & operari, in aliis minus: eoque pertinet, quod eſt *in l. 3. C. pro ſocio*, quod in contractibus ſocietatis exuberet bona fides. Ait Iuſtin.

3 *Bonæ fidei † ſunt hæ.*] Ex his verbis non obſcure apparet, dum ait, *ſunt hæ*. propoſitum fuiſſe Iuſtiniano actiones omnes bonæ fidei hic enumerare: quod confirmauimus *d. diſput. 6. theſ. 3. & in ſeqq.* plures obiectiones, ab actionibus variis, quæ hic non referuntur, & bonæ fidei tamen eſſe videntur, deſumptas, remouimus, & inprimis th. 8. eorum opinionẽ late confutauimus, qui omnem actionem præſcriptis verbis bonæ fidei eſſe contendunt: quos neceſſum eſt recedere a communiſſima & vera opinione, & ſtatuere, non omnes actiones bonæ fidei hic eſſe relatas quæ opinio vel ideo recipienda non eſt, quod ita in tanto numero diuerſiſſimarum actionum, numquam habebimus aliquid certi quod ſtatuamus. Et quod ad actionem præſcr. verb. attinet, tanto minus probanda eſt hæc opinio, quod Iuſtinian. nominatim ſub claſſem bonæ fidei actionum duas hic recenſet ſpecies, eam quæ eſt ex permutatione, & de æſtimato, de qua *in tit. de æſtim. act.* quas inepte in ſpecie propoſuiſſet, ſi omnes actiones *præſcript. verb.* bonæ fidei eſſe crediſſet. Hottomannus hanc obiectionem dum remouere conatur, grauiori & ſe errori implicare videtur: dum ita explicat hunc textum: quaſi in *verb. præſcriptis* primo pro exemplo bonæ fidei actionem, in genere proponeretur actio præſcript. verb. tum duæ ſpecies eius, quæ naſcuntur ex contractibus qui proprium nomen habent, ſubiicerentur. Et enimuero apparet, per verba, *quæ de æſtimato &* E A &c reſtringi verba præcedd. *præſcriptis verbis*, & ad has actiones prædicatum *bonæ fidei* referri: & ineptus fuiſſet, alias ſi has duas ſpecies ſubieciſſet, cum in genere ſuffeciſſet dicere, *præſcriptis verbis actio* vel, *actiones*: cum nec permutatio quidem contractus ſit nominatus, ſed nomen illud in genere ſumtum latius ſe porrigat, aut in ſpecie hinc inde rem datam ſignificet: minus autem proprie contractui do vt des adcommodetur: licet verum ſit in ea materia per verbum permutationis contractum do vt des ſignificari: quod nec Hottomannus negat: adeoque fateri eum oportet, iuxta ſuam interpretationem inepte feciſſe Iuſtinianum, qui aut duas ſpecies tantum propoſuerit, aut idem bis repetierit. Et vero non contractuum, ſed actionum nomina hic proponit Iuſtin. itaque neceſſe habuit, vt præmitteret, præſcriptis verbis, neque enim aut *de æſtimato*, aut, *ex permutatione* reuera ſunt nomina actionis, ſed ex negotio quo res æſtimata vendenda datur, & ex contractu. Do vt des, qui dicitur permutatio, naſcitur actio quæ dicitur præſcriptis verbis. Et facetus eſt Hottom. dum oſtendere vult, notam, quam ſupra dedit, ex qua æſtimari vult an actio ſit bonæ fidei (quod nimirum naſcatur ex contractu vltro citroque obligatorio) etiam conuenire contractibus innominatis: Nimirum, ita diſputat, quod verbi cauſa, inter Titium & Mæuium ineatur contractus do vt des: & licet vbi Titius rem dedit, ipſe non obligetur, ſed Mæuius, tamen poſſe & Mæuium dare, vt ita Titius quoque obligetur. Ridicule: Ita enim & mutuum & ſtipulationem cõtractus vltro citroq; obligatorios, & ita porro iuxta diſputationem Hottomañi contractus bonæ fidei efficiemus. Nec magis ſubtilis eſt altera ratio, qua circa contractum, facio vt facias, vtitur: ſi conuenit, ait, inter nos, vt tu ſeruum tuum manumitteres, & ego meum, conſtat & fidem vtrimque datam eſſe, & vtriuſque pariter intereſſe: vt officii & bonæ fidei ratio habeatur. At enim quid certius eſt, quam contractus hos innominatos eſſe reales, & antequam quid datum aut factum ſit, nullam obligationem efficacem contractam, nec actionem natam eſſe? Adeoque vt maxime conueniat bonæ fidei, pactum etiam interpoſitum de faciendo vtrimque obſeruari, tamen non magis naſcitur obligatio efficax & actio, quam ex

alio

Digitized by Google

alio quouis pacto nudo, vt maxime pacta ſeruari naturali æquitati congruere dicant Iuriſconſulti *in l. 1. de pact. l. 1. de conſtit. pec.* Adeo ridiculum eſt diſputare de contractu vtrimque obligatorio, vbi necdum vllus contractus eſt, & huiuſmodi cõuentiones de vtrimque faciendo aut dando ſubſiſtere & manere in nudis terminis pacti liquidiſſimum eſt, & expreſſe reſcriptum *in l. 3. C. de rerum permutat.* Conſequenter igitur, ſiquidẽ ſententia Hottomanni vera eſt, quod omnes contractus innominati ſint bonæ fidei, oportet illam notam falſam eſſe: ſed enim & falſum eſt omnes contractus innominatos eſſe bonæ fidei, vt probauimus *d. th. 8. diſp. 5. de Action.* & nihilominus nota illa falſa eſt, quoniam contractus do vt des, qui bonæ fidei eſt, vltro citroque obligatarius non eſt.

Iſta hic obſeruatio neceſſaria eſt, circa actiones mixtas, quæ hoc § proponuntur: videl. familiæ erciſcundæ & communi diuidundo. Quoniam enim, vt prædiximus, hæc diuiſio ad actiones tantum in perſonam pertinet, aut ſi cum Dd. abuti hac diuiſione velis, actiones in rem ſunt ſtricti iuris, conſequitur, has actiones *fam. erc. & com. diu.* hic non recenſeri, qua ſunt in rem, ſed qua ſunt in perſonam: & competunt ſuper perſonalibus præſtationibus, adeo qua ſunt quaſi ex contractu, iuxta tradita *ad §. quædam ſup. h. t. & in §.*
4 *Item ſi 3. ſup. de obl. quaſi ex cont.* Eademque eſt ratio petitionis hæreditatis, quæ & ipſa mixta eſt: & quæ proinde ratione præſtationum perſonalium, olim quoque videtur fuiſſe bonæ fidei: & forte propter hoc quod magis in rem eſſe videbatur, dubitatum de hoc fuit: & ſæpe Iuſtin. ſibi attribuit, quæ iam veteribus placita fuerunt: & ſiquidem totam illam actionem qua in rem quoque eſt, exiſtimauit Tribonianus bonæ fidei eſſe, non dubitarim ipſum lapſum eſſe, ſed explicandus potius eſt, vt à lapſu & errore liberetur. Cætera quæ huc & ad materiam hanc pertinent, ex ſæpe citato *Tract. de action. diſput. 6.* peti volumus, ne actum agamus, nec cuipiam hoc agere videamur,
5 vt chartas impleamus. Illud † ſolummodo hic addamus, quid de actione de peculio ſit ſentiendum. Diximus in *eo Tract. de actionib. th. 7.* per iſtam enumerationem excludi actiones omnino diuerſas, non autem omnino omnes, quæ aliqua ratione ſub iis comprehendi poſſunt: & haud dubie etiam contrarias, (quod vitioſe negat *Hottoman. §. in bonæ infra* vbi dicemus) etiam vtiles actiones bonæ fidei eſſe. Sed de iis quæritur, quæ qualitatẽ quandam & adiectionem ſignificant actionis, quæ ipſa bonæ fidei eſt veluti, ſi cum magiſtro nauis, aut cum inſtitore contractum ſit, in ipſum exercitorem & præponentem actio datur, quæ an ſit & ipſa bonæ fidei, ſi quid v. c. vendiderit magiſter aut inſtitor, in dubium vocari poteſt. Nec minus, ſi quis vendiderit filiofam. aut ſeruo, an actio de in rem verſo aut peculio, quæ ſunt reuera actiones ex contractu principali, & ipſæ ſint bonæ fidei. Ego cum *Ioh. Fabro & Angel. in §. actiones 10. ſup. h. t.* affirmatiue reſpondendum exiſtimo: cum vtique hæ ſint nudæ actionis adiectiones, actio autem ipſa ſit, empti venditi, commodati &c. vt late probauimus *diſp. 8. de Actionib.* neque nuda adiectio, quod in alium datur, hactenus variare poteſt actionem, vt efficiatur ſtricti iuris. Igitur pro quantitate peculii, etiam præſtationes actionum bonæ fidei ineſſe hic dicendum erit, poſtquam actiones principales eo produxit prætor, vt ſub certa qualitate in alias perſonas dentur: quam ſententiam optime probat *l. in bonæ 36. de pecul.* & apertius *l. mora 32. §. in bonæ 2. cum §. ſeq. de vſur.* vbi cum *in d. §. 2.* ſcripſiſſet ICtus in bonæ fidei iudiciis ex mora vſuras deberi, mox quærit, quid iuris ſit, ſi filiusfam. teneatur, & pater ex eius perſona: & ita reſpondet, vt omnino appareat, hactenus eandem qualitatem ſtatui actionis, quæ datur in patrem: & alias inepta omnino eſſet quæſtio, ſi quæ actio in patrem datur, ſtricti eſſet iuris: & de ſententia eius loci pluribus egimus *Tract. de action. diſp. 8. th. 14.* Nec vllam rationem habet, quod *Iaſon ſup. in §. actiones 10. n. 27.* diſtinguit, an dominus ex contractu ſerui, an pater ex contractu filii conueniatur: quoniam vtrobique niſi expreſ-

Digitized by Google

expreſſam differentiam faciant iura, eadem
ratio eſt, vt docet *Iuſtin. in pr. tit. ſeq.* & eadem
eſt eſſentia contractus ſiue cum ſeruo, ſiue
cum filio initus ſit: itaque nec hinc differen-
tiam quis poſſit petere, quod ex contractu
ſuo ipſe quoque filiusfam. non autem ſeruus
tenetur.

TEXTVS.

25\. Fuerat antea & rei vxoriæ actio vna
ex bonæ fidei iudiciis. Sed cum ple-
niorem eſſe ex ſtipulatu actionem in-
uenientes, omne ius, quod res vxo-
ria antea habebat, cum multis diui-
ſionibus, in actionem ex ſtipulatu,
quæ de dotibus exigendis proponi-
tur, tranſtulerimus: merito rei vxo-
riæ actione ſublata, ex ſtipulatu actio,
quæ pro ea introducta eſt, naturam
bonæ fidei iudicii, in exactione dotis
tantum, meruit, vt bonæ fidei ſit: ſed
& tacitam ei dedimus hypothecam.
Præferri autem aliis creditoribus in
hypothecis tunc cenſuimus, cum
ipſa mulier de dote ſua experiatur, cu-
ius ſolius prouidentia hoc induxi-
mus.

COMMENTARIVS.

1 *Natura actionis rei vxoriæ.*
2 *An mulier dotem & legatum petere poſſit.*
3 *Prærogatiuæ actionis ex ſtipulatu.*
4 *Quando naſcatur actio dotis.*

DE actione rei vxorię late ſatis egi ad *Treutl.*
part. 2. diſp. 24. th. 7. aliquid etiam *th. vlt.*
diſp. 6. de Actionib. Dotem dat aut pater, aut
mulier, aut extraneus, omnis ſcil. præter pa-
trem & mulierem. Si pater dediſſet dotem,
poterat ſtipulando, vt ſibi redderetur, actio-
nem ſibi propriam facere, quæ tum eo mor-
tuo in heredes eius trāſibat, ſin ſtipulatus nō
eſſet, actionem ſolus habebat pro repetendo,
mortua filia: ceteroquin morte mariti aut
per diuortium ſoluto matrimonio, commu-
nis erat actio patri & filiæ, quæ præmortuo
patre in filiæ ſolius perſonam conſolidabatur:
& erat actio rei vxoriæ. Extraneus quoq; do-
tem dans, iure ſuo de ea reddenda ſibi in quē-
cunq; caſum ſtipulari poterat: ſi ſtipulatus nō
eſſet, actio rei vxoriæ erat vxoris in ſolidum ſi
emācipata erat, cæteroquin itidem patri cum
filia erat communis. Mulier ipſa dotem quæ
dederat aut ſolam rei vxoriæ actionē, pro re-
petenda dote, aut ſi ſtipulata eſſet inſuper a-
ctionē ex ſtipulatu habebat. Et hæc quidē cō-
muni iure ſtricti iuris erat, illa bonæ † fidei, o- 1
ptimo iure, quippe cuius formulę, verba *Quod
æquius melius* inſeri ſolebant, vt apparet ex *l. ſi
cum 82. in fin. de ſolut. & l. pen. §. vlt. ſolut. matrim.*
quod & *Cicero in Topic. & 3. offic.* teſtatum reli-
quit, idque ſiue ipſa mulier dediſſet dotem, ſi-
ue extraneus, qui dotem ſibi reddi ſtipulatus
non erat, ſiue etiam pater, itidem de ſibi red-
dendo non ſtipulatus: omnibus enim his caſi-
bus locus erat actioni rei vxoriæ, quæ omni-
no bonæ fidei erat. Verum licet in non pau-
cis hæc actio melioris conditionis eſſet,
quam actio ex ſtipulatu ſtricti iuris, habebat
tamen hæc quædam propria & præcipua præ
actione dotis, rei vxoriæ, quæ cōmemorantur
in l. vn. C. de rei vx. act. Et inprimis vbi † mulier 2
ſtipulata erat dotem ſibi reddi, non erat locus
Edicto de alterutro. Nimirum cautum fuerat
aliquo edicto, vt ſi maritus quid legaſſet vxo-
ri, non poſſet mulier vtrumque perſequi, do-
tem videlicet & legatum, ſed alterutro con-
tentam eſſe eam oporteret, competente ei iu-
re eligēdi, an legatum petere an dotem repe-
tere mallet. Ex quo euidentiſſimum eſt, pu-
taſſe autores Edicti, quod maritus in dubio
intelligerêtur legaſſe vxori, animo compen-
ſandi cum dote: cæteroquin dubitari non
potuit, quin maritus vltra dotem vxori quid
legare potuerit. Itaque euidenter hic lapſus
eſt Tribonianus *in d. l. vn. §. primum 3.* dum ſcri-
bit, manifeſtiſſimum eſſe, quod maritus, niſi
expreſſe adiecerit, ſe compenſandi animo le-
gare velit, mulierem vtrumque conſequi: Ita

enim plane abſurdum fuiſſet Edictum de alterutro, & contra voluntatem mariti: quod exiſtimare penitus eſt abſurdum: & huiuſmodi lapſus Triboniani non ſunt infrequentes. Igitur vt ibi teſtatur Tribonianus (hactenus enim ipſi fidē habere oportet) ſi mulier ſtipulata fuiſſet, & maritus ſimpliciter quid legaſſet, vtrumque petendi ius habebat, quod per ſtipulationem nouatio facta intelligebatur, ceſſante hoc caſu Edicto de alterutro: cui locus erat, vbi mulier non erat ſtipulata: quæ inſignis erat prærogatiua actionis ex ſtipula-
3 tu. Deinde & ſecundo, † quæ obſtabāt actioni rei vxoriæ exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas donatas, expenſas *l. rei* 15. §. 1. *ſolut. mat.* mulieri agenti ex ſtipulatu non obſtabant, vt tractatus *in d. l. vn. §. taceat* 5. *C. de rei vxo. act.* Porro & 3. ſi mulier non ſtipulata, in matrimonio deceſſiſſet, dos aduentitia apud maritum remanebat, ſed actio ex ſtipulatu ad hæredes vxoris omnimodo tranſibat *§. maneat* 4. *& §. illo* 6. *C. d. t.* Denique vbi agebatur rei vxoriæ actione dos nō ſtatim, ſed annua bima trima die reſtituebatur: atqui ſi ex ſtipulatu ageretur, ſtatim reſtituenda dos erat, de quo *in §. cum autem* 7. *d. l. vn.* Hæc cum ita ſe haberent, Iuſtiniano, qui numquam ſatis mulieribus conſultum putauit, ius ita conſtitui viſum fuit, vt omnibus iſtis prærogatiuis & commodis ſimul mulier frueretur: & quia exiſtimauit, plus in actione ex ſtipulatu commodi vtilitatiſque ineſſe, in hanc, actionis rei vxoriæ priuilegia & commoda transfudit, & dotem ſemper per actionem ex ſtipulatu & omnibus illis caſibus, quibus olim agebatur rei vxoriæ actione *§. accedit* 13, *d. l. vn. C. de rei vx. act.* exigi voluit: eoque ſimplici autoritate Legiſlatoria diſpoſuit, vt ſiue ſtipulatio inutilis & inualida à muliere eſſet interpoſita, ſiue etiam omnimodo ſtipulati mulier aut extraneus *d. l. vn. §.* 13. non fuiſſent, tamen eſſe vxori actionem ex ſtipulatu, quæ & bonæ fidei actionis iure vteretur *d. l. vn. in pr. & §. ſed etſi* 2. *C. de rei vx. act. & h. textu* Sed nec hic ſibi ſubſiſtendum putauit Iuſtinianus, verum inſuper actioni ex ſtipulatu duas prærogatiuas attribuit & priuilegia: primum eſt, ius hypothecæ tacitæ in omnibus bonis mariti, *h. textu & d. l. vn. §.* 1. Quod tamen priuilegium commune eſt marito, vt habeat hypothecam in bonis eius, qui promiſit dotem, per textum *in d. l. vn. §.* 1. quo argumēto fere, putant Dd. & id habere commune actionem, quæ marito competit pro exigenda dote, vt ſit bonæ fidei & ipſa, quam ſententiam oſtendimus eſſe falſam *ad Treutl. de iure dot. th.* 8. & vel hinc coarguitur opinio ea, quod nulla vmquam fuit actio bonæ fidei quæ competierit marito: & Iuſtin. h §. diſerte ſcribit, actionem ex ſtipulatu hoc tantum caſu in exactione dotis, (agit autem de actione rei vxoriæ quam habet vxor) bonæ fidei actionis habere naturam. Alterum eſt adhuc pinguius priuilegium, quod huic actioni qua mulier repetit dotem, proprium eſſe conſtat, ius prælationis contra cæteros creditores anteriores hypothecarios mariti *h. text. & l. aſſiduis* 12. *C. Qui potiores*, de quo an etiam contra creditores, qui habent hypothecam anteriorem expreſſam, competat, an etiam liberis hæredibus vxoris, & qui potiori iure vitantur, & alia eo pertinentia late exſecuti ſumus, *ad Treutl. part.* 2. *diſp.* 24. *de benef. creditor. th.* 7. *& in Treutl. de pignorib.* Illa autem ieiuna quæſtio eſt, quam poſt Dd. alios mouet *Iaſ. hic. nu.* 69. an priuilegium prælationis ſit conceſſum mulieri, an actioni; vtiq; fateri oportet actionem hoc priuilegiū habere, quā mulier mouet contra quoſuis creditores hypothecarios, (actioni enim hypothecariæ hoc priuilegium annexum eſt) ſed competit ei ex Lege fauore mulieris, itaque in hęredes non deſcendit *h. §. in fi.* (præterquam ſi liberi ipſi ſint hæredes, de quo *d. diſput.* 24. *th.* 8. diximus) actio ſcil. non deſcendit cum priuilegio. Atque ita actio tutelæ pupillo cōceſſa eſt cum priuilegio vt aliis creditoribus præferatur, ſed hæredi aut ceſſionario agenti idem priuilegium non competit *l. ex pluribus* 42. *de admin. tut.* Itaque nec ceſſionario mulieris hoc priuilegium competit: de quo late *Iaſon multos citans hic n.* 121. Hypotheca autem procul dubio incipit à die contracti matrimonii, vt ad Tr. diximus. Nec longe

Digitized by Google

4 longe hinc remota eſt quæſtio, † quādo actio pro dote naſcatur: quæ intricata inter veteres iam olim agitata fuit, quam tantum remiſſiue attingit *Iaſ. n.* 128. Si retro antiqua tempora reſpicimus, autores certi ſunt, primis annis quingentis Romæ nullum diuortium fuiſſe. Itaque tum temporis, non niſi per mortē mariti ſoluto matrimonio potuit tractari de hac actione, ſed poſt frequentiſſimus eius vſus fuit, in tanta diuertendi licentia: & tamen etiamnūm *in l. 1. de iur. d. t.* dotis cauſa dicitur perpetua, quia hoc animo nuptiæ contrahuntur, vt perpetuo durent. Quod ſi ita eſt, dici non poterit, quod de dote actio ſtatim nata ſit: ſed ſub die incerto cum ſolutum fuerit matrimonium, intelligetur maritus obligatus ad reſtituēdum: (quo etiam pertinet, quod maritus dominus efficitur rerum dotalium.) Nam quod aliquando cōſtante matrimonio dotem repetit mulier, ob inopiam mariti, plane eſt ſingulare, & ipſum quoq; incertum vel maxime diem habet. Et itaque dos datur marito non eo animo vt reddatur, *arg. d. l. 1. de iur. dot.* Sed propter onera matrimonii, quod ſperatur eſſe perpetuum. Sed quia tamen non raro ſoluitur, quo caſu mulieri dotem reſtitui æquum eſſet, hoc tacite conuentum intelligitur, vt in iſtum euentum dos reddatur: eoque etiam tum demum naſci iſtam actionem fatendum eſt, & videantur autores citati *à Iaſone d. loco.*

TEXTVS.

26. In bonæ fidei iudiciis poteſtas libera videtur permitti iudici, ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. In quo & illud continetur, vt ſi quid inuicem præſtare actorem oporteat, eo compenſato, in reliquum is cum quo actum eſt, debeat condemnari. Sed & in iuris ſtricti iudiciis, ex reſcripto Diui Marci oppoſita doli mali exceptione compenſatio inducebatur. Sed noſtra cōſtitutio eaſdem compenſationes, quæ iure aperto nituntur, latius introduxit, vt ipſo iure actiones minuant, ſiue in rem, ſiue in perſonā, ſiue alias quaſcumque, excepta actione ſola depoſiti: cui aliquid compenſationis nomine opponi ſane iniquum eſſe credimus, ne ſub prætextu compenſationis, depoſitarum rerum quis exactione defraudetur.

COMMENTARIVS.

1 *Compenſationibus olim tantum locus in bon. fid. iudiciis.*
2 *Quid ſit, ipſo iure locum eſſe compenſationi: aut, ipſo iure ſublatam eſſe obligationem.*
3 *An qui compenſare poteſt, ſolutum repetere poſſit.*
4 *Quid noui fecerit Iuſtin. circa compenſationes.*
5 *Cur in depoſito ſit ſpeciale.*
6 *An & quando olim locus retentioni.*
7 *Confutati errores Hottomanni.*

HÆc princeps eſt qualitas actionum bonę fidei, vt diximus *ad §. actionum 28 ſup. h. t.* quod cum in ſtrictis iudiciis ſit iudex quaſi alligatus formulæ, quam accepit à prætore, ita vt extra eam nihil poſſit, in illis ob clauſulam *Ex bona fide* ex officio æſtimare & adiudicare poſſit, quod alteri alterū ex bona fide, & æquo & bono præſtare oportet, ſub quo & hoc cōtinetur, quantū actori reſtitui debeat. Ex quo mihi probe firmari videtur, q *in d. §. 28.* cōtra Hottomañum diſputaui, etiā in actionib. bonæ fidei ſum̄am & quantitatē certam peti, quæ fuit in conuentione. Docet enim Iuſtinianus hic, quod non ſemper conſequatur actor totū quod petiit, nec quod petiit ſemper & reſtitui & præſtari iudex iubeat, ſed etiā aliquādo minus, quod inepte diceretur, (nimirū æſtimare iudicē quantum reſtitui oporteat, & quod ex ſeqq. apparet ob mutuum debitū) ſiquidē nihil certi petitum eſſet per actorem. Minus aūt reſtituere iubet iudex actori, ſi hic viciſſim reo ex alia cauſa aliquid debeat. Res autē hæc, q iudex poteſtatem habet nō adſtrictam formulæ, ſed iudicādi ex æquo & bono plurimos

effectus habet, quos pleroſque tractauimus *d. diſp. 6. de Action.* vnum autem iſtum h. §. proponere voluit Iuſtinianus, vt in minus, quam petitum eſt, iudex Reum condemnari poſſit,
1 & nimirū ex hac cauſa †, vt dixi, ſiquid viciſſim Reo actorem debere deprehenderit: cū olim in ſtricti iuris iudiciis id non liceret, ſed Reus, quod ſibi debebatur ab actore, propria actione ſeorſim id petere neceſſe haberet, & hoc, (vt docet hic Iuſtin.) vſque ad Imp. Marcū, qui primus compenſationē admiſit in ſtricti quoque iuris actionib⁹, beneficio exceptionis doli mali. At dixerit quis vtiq; etiam in bonæ fidei iudiciis oportere excipi de debito mutuo, cæteroquin non poterit eius rei iudex habere rationem: atq; ita hactenus nulla poſt reſcriptum Marci inter actiones bonæ fidei & ſtricti iuris erit differentia. Et hoc exiſtimaſſe videntur Interpp. quos refert hic *Iaſon n. 59.* in effectu nullam, ſed tantum in modo excipiendi differentiam fuiſſe. Et tamen agnouerunt, quod in ſtricti iuris actionibus tantum per exceptionē facta fuerit compenſatio, ſed in bonæ fidei iudiciis facta fuerit ipſo iure. Sed quid inter hæc duo interſit, ipſo iure quid fieri & tolli obligationem vel actionem, & hoc fieri
2 per exceptionē: & quid † ſignificet, ipſo iure locum eſſe compenſationi, non vſquequaq; facile eſt explicatu. Doctores paſſim & poſt eos *Iaſon hic d. n. 59.* hanc principem ponunt differentiam: Quod vbi obligatio ipſo iure ſublata eſt, poſſit ex officio iudex abſoluere reum: quod non poſſit, ſi reus ſolum defendatur per exceptionem. Ego de hac re dixi ad Treutl. *part. 2. de modis tollend. obligat. theſ.* 1. Et poteſt iſta Dd. differentia ita accommodari, iuxta rationem iuris noſtri, quod prætor ſi quid allegatum fuiſſet à Reo, per quod ipſo iure tollebatur obligatio, protinus actorem à limine iudicii remouebat: cæteroquin cum actione & exceptionem dabat. Hodie id eo pertinebit, vt res tale quid allegans quod ipſo iure tollit obligationem, non cogatur conteſtari litem, ſed protinus ab obſeruatione iudicii & inſtantia liberetur. Atquin vbi reus nihil allegat & obiicit, difficile eſt permittere hoc iudici vt liberet reum, cum non ſit eius ea ſupplere, quæ facti ſunt. Ceteroquin ſi quacunque ratione ex actis appareat iudici, non tantum eum qui ipſo iure liberatus, ſed etiam hunc qui exceptione ſaltem tutus eſt, abſoluere debet, vt tractatum ad *Treutl. de except. theſ.* 7. Ex ratione iuris veteris, quam ignorarunt olim Interpp. & hæc differentia fuit, quod ea quibus obligatio ipſo iure ſoluebatur, licet eorum nulla mentio facta eſſet apud prætorem, apud pedaneum iudicem obiicere licebat, quippe cum reuera nulla actio competeret actori. Atquin exceptiones in ſtricti iuris iudiciis (nam bonæ fidei actionibus ita inerant, vt etiam iudex pedaneus earum licet formulæ non inſertarum rationem habere cogeretur, vti dixi *diſp. 6. de actionib.*) non poterat admittere iudex pedaneus, ſed formulæ inſertas eas eſſe oportebat. Et adeo hæc quoque poſt reſcriptum Marci olim inter bonæ fidei actiones, & ſtricti iuris, quod ad compenſationem ſupererat differentia, vt in his neceſſe omnino haberet reus compenſationem obiicere apud prætorem, & peterc vt hæc exceptio inſereretur formulæ, quod in bonæ fidei iudiciis neceſſum non erat: ſed compenſationis & mutui debiti, quandocunque allegati, habebat iudex pedaneus rationem. Et hoc ſenſu exceptiones pacti doli &c. dicebantur ineſſe bonæ fidei iudiciis, quod late explicaui *diſput. 6. de actionib. th. 21.*

Et hoc quoq; ſignificatu poteſt dici, compenſationem olim in bonæ fidei iudiicis factam eſſe ipſo iure, quod vſq; ad ſententiam, in his actionibus mutuum debitum allegare liceret: quia ipſa poteſtate iudicii bonæ fidei id continebatur. Quod enim hoc §. ſtricti iuris actiones ita opponuntur actionibus bonæ fidei, quod in illis per exceptionem ſolum compenſatio inducebatur, conſequens eſt, quod in his compenſatio ipſo iure locum habuerit. Et tamen quoniam iſtud, vt diximus, in exceptionibus quibuſuis obtinebat, vt ipſa poteſtate iudicii bonæ fidei

fidei ineſſent, quod compenſatio in bonæ fidei iudicijs ipſo iure fieri dicitur, alium effectum inſuper habere videtur; veluti quod, vbi vtrimque pecunia debetur, ſed altera ſub vſuris, altera ſine vſuris, ipſo iure minuitur debitum, ita vt concurrentis quantitatis vſuræ amplius non debeantur, *leg. cum alter* 11. *de compenſ.* Et hinc porro, quod vbi compenſationi locus eſt, qui totum petit, male petere dicatur *l. verum* 4. *eod. tit.* nimirum tamquam poteſtate iuris debito imminuto. Ex quo porro & hoc conſequitur, vt, qui totum ſoluit, quod excedit, tamquam indebitum condicere poſſit *l. quod dicitur* 5. §. 2. *de impenſ. in res dot.* quod ſecus eſſe videtur, vbi tantum compenſatio per exceptionem introduci poteſt, vt

3 poſt *Dd. d. num.* 59. hic notat Iaſon. Sed † occurritur per vulgaram regulam; Exceptione perpetua tutum, ſi ſoluat, habere condictionem *l. qui exceptionem* 40. *in prin. de condict. indeb.* Ergo etiam, qui ex cauſa contractus ſtricti iuris obijcere poteſt compenſationem ope exceptionis, ſi ſoluit, repetere poterit, & facit *l. qui inuicem* 30. *de condict. indeb.* vbi ICtus ait, quibus caſibus compenſatio locum non habet, non eſſe repetitionem ſoluti: Ergo contra eſt, vbi compenſatio locum habet; Atquin poſt reſcriptum Marci vtique verum eſt, quod & in ſtricti iuris iudicijs compenſatio habeat locum. Poſſem facile & ſimpliciter totum hoc expedire, ſi dixero vnius effectus eſſe poſſe plures cauſas: & eſſe hanc quidem principem cauſam condictionis indebiti, quod ipſo iure ſublata eſt obligatio; ſed non eſſe tamen ſolam, verum inſuper & hanc quod quis exceptione perpetua defenditur. Sed dum rem penitius conſidero, deſcendo in Dd. ſententiam, qui putant, vbi tantum per exceptionem compenſatio poteſt indici, eum, qui ſoluit, non habere condictionem. Et reddunt Dd. hanc differentiæ rationem, & hoc modo reſpondent ad *d. l.* 40. *de condict. indeb.* quod tum demum procedat ea regula, vbi eiuſmodi exceptio competit, quæ impedit & elidit actionem ſui natiuitate: ſecus ſi elidat ita demum, ſi opponatur, qualem dicunt eſſe exceptionem compenſationis, quæ olim ex reſcripto Marci in iudicijs ſtricti iuris obiiciebatur. Verba quidem ſunt paulo obſcuriora, & accommode forte non ſatis ad exprimendum quod dicere voluerunt. Exemplo res erit apertior. Debeo tibi centum ex mutuo; vendo tibi poſtea fundum meum itidem pro centum: hoc debitum quo tu mihi obſtringeris non tendit directo ad tollendum illud debitum, quo ego tibi obſtringebar ante ex mutuo: neque ſi tibi ſoluam illa centum, quæ ex mutuo debeo, dici poſſum ſoluere indebitum; nec mihi fit iniuria ſi negetur condictio, cum propriam actionem ex vendito habeam, qua perſequar quod mihi debetur. Verum tamen quia intereſt mea potius retinere debitum, quam poſt propriam actionem inſtituere, arg. *l.* 3. *de compenſat.* merito ex reſcripto Marci mihi conuento ſtricti iuris actione, condictione certi ex mutuo, conceditur, vt me defendam exceptione compenſationis, quod actor mihi tantundem ex vendito debet. Quæ ipſa ratio facit, vt vbi ſolui, mihi condictio indebiti non ſit concedenda; quoniam ceſſat ratio ex *d. l.* 3. *de compenſat.* quia poſtquam ſolui, dicere amplius non poſſum, quod mea interſit, compenſare potius, quam ſoluere, & poſt noua actione experiri. Quæ ratio faceret, vt nec ex cauſa bonæ fidei contractus eſſet locus cōdictioni indebiti, niſi hic propria adeſſet ratio, quam ſupra attigimus, quod hic ipſo iure compenſatio debiti & imminutio fit, vt proinde neceſſe ſit indebitum reuera ſolutum eſſe quo poſito condictio negari non poteſt. Atquin v. c. pactum de non petendo, natiuitate ſua tendit directo ad elidendam actionẽ, & perimit vinculum æquitatis; & iniuria fieret reo, ſi ipſi poſtquam ſoluit per errorem, negaretur condictio, cui nullum aliud ſupereſt remedium. Et hinc in *d. l. qui inuicem* 30. *de condict. indebiti*, compenſationem habere locum, vel non habere, intelligo in proprio ſignificatu, habere locum ipſo iure, nam minus proprie ſimpliciter dicitur compenſatio habere locum, vbi tantum ea per exceptio-

nem inducitur. Ceteroquin poſſit etiam eo ſenſu & caſu accipi, quod locum non habeat compenſatio, vbi vtrimque ſpecies, vel hinc quantitas, hinc ſpecies debetur, ſed per prædicta explicatio prior verior eſt. Supereſt videre, † quid noui fecerit Iuſtinianus conſtitutionibus ſuis in *l. vltim. C. depoſ. l. vlt. C. de compenſat.* quam h. §. intelligit. Diximus hac de re ad *Treutl. de compenſat. & d. diſput. 6. de Action. th. 23.* Et nimirum 1. dicendum eſt, ſententiam & mentem Iuſtiniani fuiſſe exæquare hac in re bonæ fidei & ſtricti iuris actiones, vt & in his ipſo iure locus eſſet compenſationi. Sed enim 2. vt ad id ponantur termini habiles, vt poſt gl. late tractant *Iaſon Ioh. Fab. Angel. & alij ad hunc* §. vbi nimirum vtrimque quantitas debetur. At enim ait h. §. Iuſtinianus, quod ex ipſius conſtitutione compẽſatio habeat locum & minuat ipſo iure actiones in rem & in perſonam; in illis autem ſemper, in harum multis, vt in actione commodati, depoſiti, pignoratitia, non quantitatem ſed ſpeciem perſequimur. Itaque reſpondent Dd. vulgo, id obtinere, vbi re perdita & corrupta, vel quæ per contumaciam non reſtituitur, de æſtimatione præſtanda quæritur. Verum, nec hoc nodum expedit, vtcunque ita accipiatur Iuſtinianus: nam cum ipſo iure debitum minui non poſſit, niſi vtrimque quantitas certa debeatur, vtique æſtimatio ſpeciei debitæ, incerta eſt. Et proinde fateri oportet, cum varij ſint huius rei effectus; quod compenſatio ipſo iure fieri, aut actio ipſo iure minui dicitur, non omnes vbique concurrere poſſe; aut retro illos demum induci, vbi debitum vtrimque approbatum iudici, & æſtimatio ſpeciei debitæ facta fuit. Nam quod *Iuſtinian. h. §.* ſcribit, compenſationem earum demum effectum hunc eſſe, quæ aperto iure nituntur, non eam habet ſententiam, quod conſtare oporteat de quantitate, & ita quoque de æſtimatione rei debitæ, (ita enim vix in actionibus ex quibus ſpecies debetur, futurus ſit locus compenſationi) verum, quod oporteat de debito conſtare, ita vt, ſi debitum ſit dubium & ab altera negetur parte, iudex condemnare reum, & eum ad iudicium proprium inſtituendum remittere debeat. Et ita recte Interpp. communiſſime hæc verba explicant quod oporteat debitum eſſe liquidum & confeſſum, aut quod in continenti probari poſſit. Et nimirum, quod Iuſtinianus minime ita explicari poſſit, vt reſtringatur ad caſum quo re corrupta de æſtimatione præſtanda quæritur, iſtud argumento euidenti eſt, quod ſolam actionem depoſiti excipit, ex hac ratione, ne ſub prætextu compenſationis quis rerum depoſitarum exactione defraudetur.

Quæ ratio nulla eſt, vbi perempta re depoſita ad quæſtionem de æſtimatione præſtanda venitur. Et igitur neceſſum eſt, ex ſententia Iuſtiniani quæri etiam de compenſatione vbi ſpecies petitur, & compenſatione obiecta fieri poſſe, vt ſpecies etiam quæ exſtat, non reſtituatur; & proinde ipſo iure minui actionem paulo latius & pinguius accipi, & non tantum ſignificare, quod minus petatur, ſed etiam quod per officium iudicis minus, aut nihil adiudicari poſſit, permiſſa ſcilicet, poteſtate iudici, vt rem petitam æſtimet, & ita obiecta compenſatione faciat, vt habeat effectum. Et vt quis tentare velit, nihilominus ipſa poteſtate iuris id factum dici poſſe, vtique hoc tantum poterit conſiderari in idea, effectus autem rei ſeſe exerit apud iudicem, ſed nec vllo modo, aut ratione efficere poſſit, vt omnes effectus ipſa iuris poteſtate inducantur: Et verbi cauſa in ſuperioribus diximus ex *l. 4. de compenſat.* quod vbi compenſationi locus eſt, plus petat & male agat, qui integrum debitum petit. Hoc vtique in caſu ſpeciei debitæ non poteſt inuenire locum, propter æſtimationis incertitudinem. Et igitur vt conſtet ratio Iuſtiniano, ſatis eſt effectibus alijs locum eſſe ad hoc, vt minui ipſo iure actio dicatur. Et in *leg. 5. de imp. en*[*ſ. in*] *res dot. ſunct. §. quod dicitur 3. l. ſi us qui 56. de iur. dot.* tradit ICtus impenſas neceſſarias in dotẽ factas, id efficere, vt fundus dotalis, deſinat ipſo iure eſſe dotalis, vbi nimirum impenſæ factæ

*factæ precium fundi exæquarunt. Id quidem facit ratio ipſa iuris: Sed vtique non eo effectu, vt ipſo iure nulla competat actio vxori pro dote; ſiquidem quanti fundus ſit, & quid impenſum ſit, apud iudicem tractari oportet.

Et nec dubitandum eſt (de quo poſt gloſſ. interpretes hic tractant *& Iaſon numer.* 77.) quin omnino opus ſit facto hominis & allegatione in iudicio, vel in iure, vt effectus ſuus compenſationi conſtet, vtcunque inuicem quantitates debeantur, (quamuis quidam quos refert & probat *Iaſon numer.* 78. putent ſufficere, vt quis extra iudicium dicat ſe velle compenſare; male vt opinor, nullum enim effectum vltra, quam ius ipſum hoc operari poſſit.) Nam & verbi cauſa ſi quis à Reo qui centum debet, ducenta petat, vel ab eo, qui nihil debet, centum petat, vtcunque ius hic diſponat, quid iudex definire & pronuntiare debeat, vtique tamen, obijcere, qui conuenitur debet, iniuriam partis aduerſæ, vt quod iure diſpoſitum eſt, conſequatur; idque etiam obtinet ſi quis per ſolutionem, nouationem, acceptilationem, &c. ipſo iure ſit liberatus; hoc enim ita accidiſſe, allegare oportet; Sed ſunt proprij effectus etiam poſt allegationem, quibus differt hic caſus ab eo, quo per exceptionem tantum liberari dicitur Reus. Sed quæ ratio
5 eſt, vt ſola † actio depoſiti excipiatur, & depoſiti omnino reſtitutio ſit facienda citra vllam exceptionem? Pleniſſime ratio Iuſtiniani, ne ſub prætextu compenſationis rerum depoſitarum reſtitutione quis defraudetur, etiam in commodato, etiam in precario, &c. militat. Quin de commodato ita diſerte reſcriptum eſt in *l. vlt. C. commod.* & ipſe Iuſtin. in *l. vn. Cod. de rei vx. act. §. taceat & §. ſeq.* non permittit, vt vlla retentio actioni rei vxoris obiiciatur à marito. Fruſtra eſt Cuiac. dum in *dict. l. vltim.* pro *commodati* vult legi *commendati*: quod & rubr. reſpuit, & certiſſimum eſt iure veteri olim actioni commodati non obijci potuiſſe exceptionem ob diuerſum debitū. Ideo q; & inepti ſunt Dd. vulgo, qui ad caſum debiti illiquidi *d. l. vlt.* reſtringunt. Nec iuuat, quod pleriq; inter retentionem & compenſationem diſtinguunt. Equidem retentio latius patet, quam compenſatio, in ſpecie dicta: Sed ſane propter hoc ipſum negato retentionis iure, etiam compenſatio negata erit. Et vtique in *d. l. vn. Cod. de rei vx. act.* fatendum eſt negari compenſationem, cum Iuſtin. vtatur hac ratione, cur neget ius retinendi marito, eo quod ipſi proprijs actionibus ſit conſultum. Et cum neget compenſandi ius ob cauſas contingentes quodammodo actionem dotis, ob res amotas, etiam ob impenſas, tanto magis ex alia cauſa, obijci compenſationem patietur. Sunt qui non excludi putant caſus ſimiles, & in quibus ſit eadem ratio: & paſſim tradunt Doct. nec per particulam taxatiuam excludi caſus in quibus maior, aut eadem ratio eſt. Sed ſane hoc non poteſt eſſe generale, neque huc commode videtur accommodari poſſe, propter vulgatum illud, quod regulam firmet exceptio in caſibus non exceptis. Et autem Iuſtinian. *h. §. & in l. vltim. C. de compenſ.* regulam hanc tradit, quod in actionibus in rem & in perſonam, & quibuſcunq; alijs habeat compenſatio locum: & deinde exceptionem hanc ſubijcit; *excepta SOLA depoſiti actione*: quo ſane excluduntur reliquæ omnes; quod ſi admittamus vnam, porro alius aliam admittendam contendet, & ita ſemper erimus in incerto; & cur non etiam admittamus actionem pro precario &c. Ego pene exiſtimo, eſſe in hac tota traditione veſtigium † ſapien- 6
tiæ Tribonianæ, qui ſecutus priorum conſtitutionum, prout ipſi commodum viſum fuit & vtile, nouas conſcripſit Leges. Et omnimodo iure veteri, puto haud facile admiſſas fuiſſe retentiones, niſi in caſu neceſſitatis, vbi alias Reo conſultum non erat, & quo ad ea, quæ ipſam actionem inſtitutam contingebant: Ceteroquin mutuas actiones inſtituendas fuiſſe puto. Hæc ita vt ſub manum ſe dederunt, chartis illinere viſum fuit, qualiacunque ea ſint. Nihil hoc §. ſupereſt aliud, quam quod Iuſtinianus ait,

ſint

INtegra diſputatione ſexta *Tract. de Actionib.* egimus de iudiciis bonæ fidei & ſtricti iuris: ideoque hic erimus breuiores. Et diximus *th.* 1. hanc eſſe ſubdiuiſionem actionum perſonalium *& th.* 2. quę ſit ratio oppoſitionis in membris diuiſionis, *bonæ fidei*. &, *ſtricti* iuris. Nec male Hottom. hic in pr. ait, à ICtis præciſe actiones dictas eſſe bonæ fidei, pro eo quod plane fuiſſet dicendum, actiones, in quarum formulis addi ſolet, *Ex bona fide*: & ſtricti iuris, pro eo quod apertius diceretur, in quibus ad formulam certam iudex datus adſtringitur. Cur autem quædam actiones hoc nomen, imo potius hanc naturam ſibi habeant propriam *d. diſputat. 6. th. 2. & 12.* oſtendimus. Admitti autem non poteſt, quod Hottoman-
1 nus hic affirmat † in genere, pendere id à ſynallagmate, vt illæ actiones ſint bonæ fidei, quæ deſcendunt ex cõtractibus, qui vltro citroque obligationem pariunt. Aut enim hoc accipit in ſpecie, vbi initio ſtatim mutuæ obligationes naſcuntur, & aperte falſa efficeretur ſententia, & actiones commodati, mandati, depoſiti, pignoratitia excluderentur: aut laxius accepit, vbi quomodocunq; naſcitur vtrinq; obligatio: qua explicatione admiſſa, actiones præſcriptis verbis ex omnibus quatuor articulis, de quibus *in l. 5. de præſc. verb.* bonę fidei erunt, quod quidem ita ſtatuit Hottomannus, ſed falſum id eſſe infra oſtendemus. Tum etiam cum in his contractibus ex accidenti & poſt facto naſcatur actio, & fieri poſſit adeo, vt ex vna parte tantum cõtractus maneat obligatorius; non videtur ratio huius rei recte hinc deſumi: Quin &, cum, vt dixi, Hottom. ſimpliciter actiones *præſ. verb.* omnes referat inter bon. fidei actiones, non tamẽ videtur vere dici poſſe, ꝙ ex his naſcatur mutua obligatio: ſiquidem ſolus ille qui ab alio accipit rem v. c. obligatur, qui autem dedit, non obligatur, niſi quod aliquando prorſus ex accidenti, euicta re quæ fuit data, actione in factum conuenitur *l. 1. in pr. de rer. permut.* Et quamuis Labeo *in leg. de verb. ſign.* συνάλλαγμα ita videatur accepiſſe, pro mutua obligatione, vel contractu ex quo talis obligatio naſcitur: Vlpianus tamen *in l. 7. §. 2. de pact.* laxius verbũ hoc vſurpat, pro negotio aliquo, facto aut datione, quod interueniens, facit, vt æquum ſit, ei qui dedit aut fecit, contra alterum, qui conuentionis Legem nõ ſeruauit, dari actionẽ. Quis porro ſit effectus huius rei, ꝙ actio vel bonæ fidei eſt vel ſtricti iuris, & differentias harum actionũ perſecuti ſumus ſatis late *d. diſp. 6. de Actionib.* quarum attingit aliquas Hottom. hic, ſed proponit duas, quæ mihi falſæ videntur, vna eſt, quod actionibus bonæ fidei nulla certa quantitas petatur, ſed totum hoc, quantum ſoluendum ſit, arbitrio iudicis permittatur. Enimuero cum in locatione, verbi cauſa, & emptione, hinc de re, hinc de pecunia certa, conuentum ſit, mirum videatur, & imo improbabile, non petendum fuiſſe, nec peti debuiſſe aut potuiſſe, quod deductum in conuentionem fuerat: aut eadem ratione dicam, nec in actione depoſiti, commodati, & pignoratitia, ipſas res debitas peti potuiſſe, quod ego quidem omnino falſum eſſe puto, de quo etiam agitur *infr. t.* § *in bonæ* o. *in pr.* Altera differentia Hottom. quæ mihi falſa videtur, hæc eſt, quod in ſtricti iuris iudiciis, verſetur & iuris & facti quæſtio: in bonæ fidei actionibus, tantum iuris nunquam facti. Id quomodo verum, imo quomodo non ſit manifeſto falſum, (quod nec vllo textu aut ratione commoda confirmat) videre & animaduertere non poſſum. Eſt autem hæc principalis differentia harum actionum, quam fere conſequuntur cæteræ: quod in ſtricti iuris actiones, tantum venit illud, de quo nominatim conuentum eſt, & quod ipſi naturæ & eſſentiæ contractus ineſt ex definitione iuris *l. 3. de reb. cred.* ſed in bonæ fidei iudiciis multa veniunt, quæ nominatim non placuerunt, & omnino quidquid præſtare æquum bonum eſt officio iudicis continetur & adiudicatur, non minus, quam ſi verbis expreſſum fuiſſet: in quam rem ſunt textus *in l. quidquid 99. de verb. obl. l. 7. de neg. geſt. l. 6. de act. empt. l. Luc. 17. depoſit. iunct. l. quod ſi nolit. 31. §. qui aſſ. dua ae e hi. Edicto.* Et hi textus fere tantum loquuntur de contractibus, qui conſenſu conſtant,

ſtant, & in iis qui re dicuntur contrahi non æque locum habent: vt hinc intelligere liceat, eſſe quoſdam gradus bonæ fidei actionum, & in aliis plus poſſe officium iudicis & operari, in aliis minus: eoque pertinet, quod eſt *in l. 3. C. pro ſocio*, quod in contractibus ſocietatis exuberet bona fides. Ait Iuſtin.

3 *Bonæ fidei † ſunt hæ.*] Ex his verbis non obſcure apparet, dum ait, *ſunt hæ*, propoſitum fuiſſe Iuſtiniano actiones omnes bonæ fidei hic enumerare: quod confirmauimus *d. diſput. 6. theſ. 3. & in ſeqq.* plures obiectiones, ab actionibus variis, quæ hic non referuntur, & bonæ fidei tamen eſſe videntur, deſumptas, remouimus, & imprimis th. 8. eorum opinionē late confutauimus, qui omnem actionem præſcriptis verbis bonæ fidei eſſe contendunt: quos neceſſum eſt recedere a communiſſima & vera opinione, & ſtatuere, non omnes actiones bonæ fidei hic eſſe relatas quæ opinio vel ideo recipienda non eſt, quod ita in tanto numero diuerſiſſimarum actionum, numquam habebimus aliquid certi quod ſtatuamus. Et quod ad actionem præſcr. verb. attinet, tanto minus probanda eſt hæc opinio, quod Iuſtinian. nominatim ſub claſſem bonæ fidei actionum duas hic recenſet ſpecies, eam quæ eſt ex permutatione, & de æſtimato, de qua *in tit. de æſtim. act.* quas inepte in ſpecie propoſuiſſet, ſi omnes actiones *præſcript. verb.* bonæ fidei eſſe credidiſſet. Hottomannus hanc obiectionem dum remouere conatur, grauiori & ſe errori implicare videtur: dum ita explicat hunc textum: quaſi in *verb. præſcriptis* primo pro exemplo bonæ fidei actionem, in genere proponeretur actio præſcript. verb. tum duæ ſpecies eius, quæ naſcuntur ex contractibus qui proprium nomen habent, ſubiicerentur. Et enimuero apparet, per verba, *quæ de æſtimato & E A* &c reſtringi verba præcedd. *præſcriptis verbis*, & ad has actiones prædicatum *bonæ fidei* referri: & ineptus fuiſſet, alias ſi has duas ſpecies ſubieciſſet, cum in genere ſuffeciſſet dicere, *præſcriptis verbis actio* vel, *actiones*: cum nec permutatio quidem contractus ſit nominatus, ſed nomen illud in genere ſumtum latius ſe porrigat, aut in ſpecie hincinde rem datam ſignificet: minus autem proprie contractui do vt des adcommodetur: licet verum ſit in ea materia per verbum permutationis contractum do vt des ſignificari: quod nec Hottomannus negat: adeoque fateri eum oportet, iuxta ſuam interpretationem inepte feciſſe Iuſtinianum, qui aut duas ſpecies tantum propoſuerit, aut idem bis repetierit. Et vero non contractuum, ſed actionum nomina hic proponit Iuſtin. itaque neceſſe habuit, vt præmitteret, præſcriptis verbis, neque enim aut *de æſtimato*, aut, *ex permutatione* reuera ſunt nomina actionis, ſed ex negotio quo res æſtimata vendenda datur, & ex contractu. Do vt des, qui dicitur permutatio, naſcitur actio quæ dicitur præſcriptis verbis. Et facetus eſt Hottom. dum oſtendere vult, notam, quam ſupra dedit, ex qua æſtimari vult an actio ſit bonæ fidei (quod nimirum naſcatur ex contractu vltro citroque obligatorio) etiam conuenire contractibus innominatis: Nimirum, ita diſputat, quod verbi cauſa, inter Titium & Mæuium ineatur contractus do vt des: & licet vbi Titius rem dedit, ipſe non obligetur, ſed Mæuius, tamen poſſe & Mæuium dare, vt ita Titius quoque obligetur. Ridicule: Ita enim & mutuum & ſtipulationem cōtractus vltro citroq; obligatorios, & ita porro iuxta diſputationem Hottomanī contractus bonæ fidei efficiemus. Nec magis ſubtilis eſt altera ratio, qua circa contractum, facio vt facias, vtitur: ſi conuenit, ait, inter nos, vt tu ſeruum tuum manumitteres, & ego meum, conſtat & fidem vtrimque datam eſſe, & vtriuſque pariter intereſſe: vt officii & bonæ fidei ratio habeatur. At enim quid certius eſt, quam contractus hos innominatos eſſe reales, & antequam quid datum aut factum ſit, nullam obligationem efficacem contractam, nec actionem natam eſſe? Adeoque vt maxime conueniat bonæ fidei, pactum etiam interpoſitum de faciendo vtrimque obſeruari, tamen non magis naſcitur obligatio efficax & actio, quam ex alio

alio quouis pacto nudo, vt maxime pacta ſeruari naturali æquitati congruere dicant Iuriſconſulti *in l. 1. de pact. l. 1. de conſtit. pec.* Adeo ridiculum eſt diſputare de contractu vtrimque obligatorio, vbi necdum vllus contractus eſt, & huiuſmodi cõuentiones de vtrimque faciendo aut dando ſubſiſtere & manere in nudis terminis pacti liquidiſſimum eſt, & expreſſe reſcriptum *in l. 3. C. de rerum permutat.* Conſequenter igitur, ſiquidẽ ſententia Hottomanni vera eſt, quod omnes contractus innominati ſint bonæ fidei, oportet illam notam falſam eſſe: ſed enim & falſum eſt omnes contractus innominatos eſſe bonæ fidei, vt probauimus *d. th. 8. diſp. 5. de Action.* & nihilominus nota illa falſa eſt, quoniam contractus do vt des, qui bonæ fidei eſt, vltro citroque obligatarius non eſt.

Iſta hic obſeruatio neceſſaria eſt, circa actiones mixtas, quæ hoc § proponuntur: videl. familiæ erciſcundæ & communi diuidundo. Quoniam enim, vt prædiximus, hæc diuiſio ad actiones tantum in perſonam pertinet, aut ſi cum Dd. abuti hac diuiſione velis, actiones in rem ſunt ſtricti iuris, conſequitur, has actiones *fam. erc. & com. diu.* hic non recenſeri, qua ſunt in rem, ſed qua ſunt in perſonam; & competunt ſuper perſonalibus præſtationibus, adeo qua ſunt quaſi ex contractu, iuxta tradita *ad §. quadam ſup. h. t. & in §.*
4 *Item ſi 3. ſup. de obl. quaſi ex cont.* Eademque eſt ratio petitionis hæreditatis, quæ & ipſa mixta eſt: & quæ proinde ratione præſtationum perſonalium, olim quoque videtur fuiſſe bonæ fidei: & forte propter hoc quod magis in rem eſſe videbatur, dubitatum de hoc fuit: & ſæpe Iuſtin. ſibi attribuit, quæ iam veteribus placita fuerunt: & ſiquidem totam illam actionem qua in rem quoque eſt, exiſtimauit Tribonianus bonæ fidei eſſe, non dubitarim ipſum lapſum eſſe, ſed explicandus potius eſt, vt à lapſu & errore liberetur. Cætera quæ huc & ad materiam hanc pertinent, ex ſæpe citato *Tract. de action. diſput. 6.* peti volumus, ne actum agamus, nec cuipiam hoc agere videa-
5 mur, vt chartas impleamus. Illud † ſolummodo hic addamus, quid de actione de peculio ſit ſentiendum. Diximus in *eo Tract. de actionib. th. 7.* per iſtam enumerationem excludi actiones omnino diuerſas, non autem omnino omnes, quæ aliqua ratione ſub iis comprehendi poſſunt: & haud dubie etiam contrarias, (quod vitioſe negat *Hottoman. §. in bonæ infra* vbi dicemus) etiam vtiles actiones bonæ fidei eſſe. Sed de iis quæritur, quæ qualitatẽ quandam & adiectionem ſignificant actionis, quæ ipſa bonæ fidei eſt veluti, ſi cum magiſtro nauis, aut cum inſtitore contractum ſit, in ipſum exercitorem & præponentem actio datur, quæ an ſit & ipſa bonæ fidei, ſi quid v. c. vendiderit magiſter aut inſtitor, in dubium vocari poteſt. Nec minus, ſi quis vendiderit filiofam. aut ſeruo, an actio de in rem verſo aut peculio, quæ ſunt reuera actiones ex contractu principali, & ipſæ ſint bonæ fidei. Ego cum *Ioh. Fabro & Angel. in §. actiones 10. ſup. h. t.* affirmatiue reſpondendum exiſtimo: cum vtrique hæ ſint nudæ actionis adiectiones, actio autem ipſa ſit, empti venditi, commodati &c. vt late probauimus *diſp. 8. de Actionib.* neque nuda adiectio, quod in alium datur, hactenus variare poteſt actionem, vt efficiatur ſtricti iuris. Igitur pro quantitate peculii, etiam præſtationes actionum bonæ fidei ineſſe hic dicendum erit, poſtquam actiones principales eo produxit prætor, vt ſub certa qualitate in alias perſonas dentur: quam ſententiam optime probat *l. in bonæ 36. de pecul.* & apertius *l. mora 32. §. in bonæ 2. cum §. ſeq. de vſur.* vbi cum *in d. §. 2.* ſcripſiſſet ICtus in bonæ fidei iudiciis ex mora vſuras deberi, mox quærit, quid iuris ſit, ſi filiusfam. teneatur, & pater ex eius perſona: & ita reſpondet, vt omnino appareat, hactenus eandem qualitatem ſtatui actionis, quæ datur in patrem: & alias inepta omnino eſſet quæſtio, ſi quæ actio in patrem datur, ſtricti eſſet iuris: & de ſententia eius loci pluribus egimus *Tract. de action. diſp. 8. theſ. 14.* Nec vllam rationem habet, quod *Iaſon ſup. in §. actiones 10. n. 27.* diſtinguit, an dominus ex contractu ſerui, an pater ex contractu filii conueniatur: quoniam vtrobique niſi expreſ-

Digitized by Google

expreſſam differentiam faciant iura, eadem ratio eſt, vt docet *Iuſtin. in pr. tit. ſeq.* & eadem eſt eſſentia contractus ſiue cum ſeruo, ſiue cum filio initus ſit: itaque nec hinc differentiam quis poſſit petere, quod ex contractu ſuo ipſe quoque filiusfam. non autem ſeruus tenetur.

TEXTVS.

25. Fuerat antea & rei vxoriæ actio vna ex bonæ fidei iudiciis. Sed cum pleniorem eſſe ex ſtipulatu actionem inuenientes, omne ius, quod res vxoria antea habebat, cum multis diuiſionibus, in actionem ex ſtipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus: merito rei vxoriæ actione ſublata, ex ſtipulatu actio, quæ pro ea introducta eſt, naturam bonæ fidei iudicii, in exactione dotis tantum, meruit, vt bonæ fidei ſit: ſed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum ipſa mulier de dote ſua experiatur, cuius ſolius prouidentia hoc induximus.

COMMENTARIVS.

1 *Natura actionis rei vxoriæ.*
2 *An mulier dotem & legatum petere poſſit.*
3 *Prærogatiuæ actionis ex ſtipulatu.*
4 *Quando naſcatur actio dotis.*

De actione rei vxoriæ late ſatis egi ad *Treutl. part. 2. diſp. 24. th. 7.* aliquid etiam *th. vlt. diſp. 6. de Actionib.* Dotem dat aut pater, aut mulier, aut extraneus, omnis ſcil. præter patrem & mulierem. Si pater dediſſet dotem, poterat ſtipulando, vt ſibi redderetur, actionem ſibi propriam facere, quæ tum eo mortuo in heredes eius tráſibat, ſin ſtipulatus nó eſſet, actionem ſolus habebat pro repetendo, mortua filia: ceteroquin morte mariti aut per diuortium ſoluto matrimonio, communis erat actio patri & filiæ, quæ præmortuo patre in filiæ ſolius perſonam conſolidabatur: & erat actio rei vxoriæ. Extraneus quoq; dotem dans, iure ſuo de ea reddenda ſibi in quécunq; caſum ſtipulari poterat: ſi ſtipulatus nó eſſet, actio rei vxoriæ erat vxoris in ſolidum ſi emácipata erat, cæteroquin itidem patri cum filia erat communis. Mulier ipſa dotem quæ dederat aut ſolam rei vxoriæ actioné, pro repetenda dote, aut ſi ſtipulata eſſet inſuper actioné ex ſtipulatu habebat. Et hæc quidé cómuni iure ſtricti iuris erat, illa bonæ † fidei, optimo iure, quippe cuius formulę, verba *Quod æquius melius* inſeri ſolebant, vt apparet ex *l. ſi cum 82. in fin. de ſolut. & l. pen. §. vlt. ſolut. matrim.* quod & *Cicero in Topic. & 3. offic.* teſtatum reliquit, idque ſiue ipſa mulier dediſſet dotem, ſiue extraneus, qui dotem ſibi reddi ſtipulatus non erat, ſiue etiam pater, itidem de ſibi reddendo non ſtipulatus: omnibus enim his caſibus locus erat actioni rei vxoriæ, quæ omnino bonæ fidei erat. Verum licet in non paucis hæc actio melioris conditionis eſſet, quam actio ex ſtipulatu ſtricti iuris, habebat tamen hæc quædam propria & præcipua præ actione dotis, rei vxoriæ, quæ cómemorantur *in l. vn. C. de rei vx. act.* Et inprimis vbi † mulier ſtipulata erat dotem ſibi reddi, non erat locus Edicto de alterutro. Nimirum cautum fuerat aliquo edicto, vt ſi maritus quid legaſſet vxori, non poſſet mulier vtrumque perſequi, dotem videlicet & legatum, ſed alterutro contentam eſſe eam oporteret, competente ei iure eligédi, an legatum petere an dotem repetere mallet. Ex quo euidentiſſimum eſt, putaſſe autores Edicti, quod maritus in dubio intelligerétur legaſſe vxori, animo compenſandi cum dote: cæteroquin dubitari non potuit, quin maritus vltra dotem vxori quid legare potuerit. Itaque euidenter hic lapſus eſt Tribonianus *in d. l. vn. §. primum 3.* dum ſcribit, manifeſtiſſimum eſſe, quod maritus, niſi expreſſe adiecerit, ſe compenſandi animo legare velit, mulierem vtrumque conſequi: Ita

enim plane abſurdum fuiſſet Edictum de alterutro, & contra voluntatem mariti: quod exiſtimare penitus eſt abſurdum: & huiuſmodi lapſus Triboniani non ſunt infrequentes. Igitur vt ibi teſtatur Tribonianus (hactenus enim ipſi fidē habere oportet) ſi mulier ſtipulata fuiſſet, & maritus ſimpliciter quid legaſſet, vtrumque petendi ius habebat, quod per ſtipulationem nouatio facta intelligebatur, ceſſante hoc caſu Edicto de alterutro: cui locus erat, vbi mulier non erat ſtipulata: quæ inſignis erat prærogatiua actionis ex ſtipulatu.
3 Deinde & ſecundo, † quæ obſtabāt actioni rei vxoriæ exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas donatas, expenſas *l. rei 15. §. 1. ſolut. mat.* mulieri agenti ex ſtipulatu non obſtabant, vt tractatus *in d. l. vn. §. taceat 5. C. de rei vxor. act.* Porro & 3. ſi mulier non ſtipulata, in matrimonio deceſſiſſet, dos aduentitia apud maritum remanebat, ſed actio ex ſtipulatu ad hæredes vxoris omnimodo tranſibat *§. maneat 4. & §. illo 6. C. d. t.* Denique vbi agebatur rei vxoriæ actione dos nō ſtatim, ſed annua bima trima die reſtituebatur: atquin ſi ex ſtipulatu ageretur, ſtatim reſtituenda dos erat, de quo *in §. cum autem 7. d. l. vn.* Hæc cum ita ſe haberent, Iuſtiniano, qui numquam ſatis mulieribus conſultum putauit, ius ita conſtitui viſum fuit, vt omnibus iſtis prærogatiuis & commodis ſimul mulier frueretur: & quia exiſtimauit, plus in actione ex ſtipulatu commodi vtilitatiſque ineſſe, in hanc, actionis rei vxoriæ priuilegia & commoda transfudit, & dotem ſemper per actionem ex ſtipulatu & omnibus illis caſibus, quibus olim agebatur rei vxoriæ actione *§. accedit 13. d. l. vn. C. de rei vx. act.* exigi voluit: eoque ſimplici autoritate Legiſlatoria diſpoſuit, vt ſiue ſtipulatio inutilis & inualida à muliere eſſet interpoſita, ſiue etiam omnimodo ſtipulati mulier aut extraneus *d. l. vn. §. 13.* non fuiſſent, tamen eſſe vxori actionem ex ſtipulatu, quæ & bonæ fidei actionis iure vteretur *d. l. vn. in pr. & §. ſed etſi 2. C. de rei vx. act. & h. textu* Sed nec hic ſibi ſubſiſtendum putauit Iuſtinianus, verum inſuper actioni ex ſtipulatu
4 duas prærogatiuas attribuit & priuilegia; primum eſt, ius hypothecæ tacitæ in omnibus bonis mariti, *h. textu & d. l. vn. §. 1.* Quod tamen priuilegium commune eſt marito, vt habeat hypothecam in bonis eius, qui promiſit dotem, per textum *in d. l. vn. §. 1.* quo argumēto fere, putant Dd. & id habere commune actionem, quæ marito competit pro exigenda dote, vt ſit bonæ fidei & ipſa, quam ſententiam oſtendimus eſſe falſam *ad Treutl. de iure dot. th.* 8. & vel hinc coarguitur opinio ea, quod nulla vmquam fuit actio bonæ fidei quæ competierit marito: & Iuſtin. h §. diſerte ſcribit, actionem ex ſtipulatu hoc tantum caſu in exactione dotis, (agit autem de actione rei vxoriæ quam habet vxor) bonæ fidei actionis habere naturam. Alterum eſt adhuc pinguius priuilegium, quod huic actioni qua mulier repetit dotem, proprium eſſe conſtat, ius prælationis contra cæteros creditores anteriores hypothecarios mariti *h. text. & l. aſſiduis 12. C. Qui potiores*, de quo an etiam contra creditores, qui habent hypothecam anteriorem expreſſam, competat, an etiam liberis hæredibus vxoris, & qui potiori iure vitantur, & alia eo pertinentia late executi ſumus, *ad Treutl. part. 2. diſp. 24. de benef. creditor. th. 7. & in Treutl. de pignorib.* Illa autem ieiuna quæſtio eſt, quam poſt Dd. alios mouet *Iaſ. hic. nu. 69.* an priuilegium prælationis ſit conceſſum mulieri, an actioni: vtriq; fateri oportet actionem hoc priuilegiū habere, quā mulier mouet contra quoſuis creditores hypothecarios, (actioni enim hypothecariæ hoc priuilegium annexum eſt) ſed competit ei ex Lege fauore mulieris, itaque in hęredes non deſcendit *h. §. in fi.* (præterquam ſi liberi ipſi ſint hæredes, de quo *d. diſput. 24. th.* 8. diximus) actio ſcil. non deſcendit cum priuilegio. Atque ita actio tutelæ pupillo cōceſſa eſt cum priuilegio vt aliis creditoribus præferatur, ſed hæredi aut ceſſionario agenti idem priuilegium non competit *l. ex pluribus 42. de admin. tut.* Itaque nec ceſſionario mulieris hoc priuilegium competit: de quo late *Iaſon multos citans hic n. 111.* Hypotheca autem procul dubio incipit à die contracti matrimonii, vt ad Tr. diximus. Nec longe

Digitized by Google

4 longe hinc remota eſt quæſtio, † quãdo actio pro dote naſcatur: quæ intricata inter veteres iam olim agitata fuit, quam tantum remiſſiue attingit *Iaſ. n.* 128. Si retro antiqua tempora reſpicimus, autores certi ſunt, primis annis quingentis Romæ nullum diuortium fuiſſe. Itaque tum temporis, non niſi per mortẽ mariti ſoluto matrimonio potuit tractari de hac actione, ſed poſt frequentiſſimus eius vſus fuit, in tanta diuertendi licentia: & tamen etiamnum *in l.* 1. *de iur. dot.* dotis cauſa dicitur perpetua, quia hoc animo nuptiæ contrahuntur, vt perpetuo durent. Quod ſi ita eſt, dici non poterit, quod de dote actio ſtatim nata ſit: ſed ſub die incerto cum ſolutum fuerit matrimonium, intelligetur maritus obligatus ad reſtituẽdum: (quo etiam pertinet, quod maritus dominus efficitur rerum dotalium.) Nam quod aliquando cõſtante matrimonio dotem repetit mulier, ob inopiam mariti, plane eſt ſingulare, & ipſum quoq; incertum vel maxime diem habet. Et itaque dos datur marito non eo animo vt reddatur, *arg. d. l.* 1. *de iur. dot.* Sed propter onera matrimonii, quod ſperatur eſſe perpetuum. Sed quia tamen non raro ſoluitur, quo caſu mulieri dotem reſtitui æquum eſſet, hoc tacite conuentum intelligitur, vt in iſtum euentum dos reddatur: eoque etiam tum demum naſci iſtam actionem fatendum eſt, & videantur autores citati *à Iaſone d. loco.*

TEXTVS.

26. In bonæ fidei iudiciis poteſtas libera videtur permitti iudici, ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. In quo & illud continetur, vt ſi quid inuicem præſtare actorem oporteat, eo compenſato, in reliquum is cum quo actum eſt, debeat condemnari. Sed & in iuris ſtricti iudiciis, ex reſcripto Diui Marci oppoſita doli mali exceptione compenſatio inducebatur. Sed noſtra cõſtitutio eaſdem compenſationes, quæ iure aperto nituntur, latius introduxit, vt ipſo iure actiones minuant, ſiue in rem, ſiue in perſonã, ſiue alias quaſcumque, excepta actione ſola depoſiti: cui aliquid compenſationis nomine opponi ſane iniquum eſſe credimus, ne ſub prætextu compenſationis, depoſitarum rerum quis exactione defraudetur.

COMMENTARIVS.

1 *Compenſationibus olim tantum locus in bon. fid. iudiciis.*
2 *Quid ſit, ipſo iure locum eſſe compenſationi: aut, ipſo iure ſublatam eſſe obligationem.*
3 *An qui compenſare poteſt, ſolutum repetere poſſit.*
4 *Quid noui fecerit Iuſtin. circa compenſationes.*
5 *Cur in depoſito ſit ſpeciale.*
6 *An & quando olim locus retentioni.*
7 *Confutati errores Hottomanni.*

HÆc princeps eſt qualitas actionum bonę fidei, vt diximus *ad §. actionum* 28. *ſup. h. t.* quod cum in ſtrictis iudiciis ſit iudex quaſi alligatus formulæ, quam accepit à prætore, ita vt extra eam nihil poſſit, in illis ob clauſulam *Ex bona fide* ex officio æſtimare & adiudicare poſſit, quod alteri alterũ ex bona fide, & æquo & bono præſtare oportet, ſub quo & hoc cõtinetur, quantũ actori reſtitui debeat. Ex quo mihi probe firmari videtur, ꝙ *in d. §.* 28. cõtra Hottomañum diſputaui, etiã in actionib. bonæ fidei ſumam & quantitatẽ certam peti, quæ fuit in conuentione. Docet enim Iuſtinianus hic, quod non ſemper conſequatur actor totũ quod petiit, nec quod petiit ſemper & reſtitui & præſtari iudex iubeat, ſed etiã aliquãdo minus, quod inepte diceretur, (nimirũ æſtimare iudicẽ quantum reſtitui oporteat, & quod ex ſeqq. apparet ob mutuum debitũ) ſiquidẽ nihil certi petitum eſſet per actorem. Minus aũt reſtituere iubet iudex actori, ſi hic viciſſim reo ex alia cauſa aliquid debeat. Res autẽ hæc, ꝙ iudex poteſtatem habet nõ adſtrictam formulæ, ſed iudicãdi ex æquo & bono plurimos

Digitized by Google

effectus habet, quos pleroſque tractauimus *d. diſp. 6. de Action.* vnum autem iſtum h. §. proponere voluit Iuſtinianus, vt in minus, quam petitum eſt, iudex Reum condemnari poſſit, 1 & nimirũ ex hac cauſa†, vt dixi, ſi quid viciſſim Reo actorem debere deprehenderit: cũ olim in ſtricti iuris iudiciis id non liceret, ſed Reus, quod ſibi debebatur ab actore, propria actione ſeorſim id petere neceſſe haberet, & hoc, (vt docet hic Iuſtin.) vſque ad Imp. Marcũ, qui primus compenſationẽ admiſit in ſtricti quoque iuris actionib⁹, beneficio exceptionis doli mali. At dixerit quis vtiq; etiam in bonæ fidei iudiciis oportere excipi de debito mutuo, cæteroquin non poterit eius rei iudex habere rationem: atq; ita hactenus nulla poſt reſcriptum Marci inter actiones bonæ fidei & ſtricti iuris erit differentia. Et hoc exiſtimaſſe videntur Interpp. quos refert hic *Iaſon. n. 59.* in effectu nullam, ſed tantum in modo excipiendi differentiam fuiſſe. Et tamen agnouerunt, quod in ſtricti iuris actionibus tantum per exceptionẽ facta fuerit compenſatio, ſed in bonæ fidei iudiciis facta fuerit ipſo iure. Sed quid inter hæc duo interſit, ipſo iure quid fieri & tolli obligationem vel actionem, & hoc fieri 2 per exceptionẽ: & quid † ſignificet, ipſo iure locum eſſe compenſationi, non vſquequaq; facile eſt explicatu. Doctores paſſim & poſt eos *Iaſon hic d. n. 59.* hanc principem ponunt differentiam: Quod vbi obligatio ipſo iure ſublata eſt, poſſit ex officio iudex abſoluere reum: quod non poſſit, ſi reus ſolum defendatur per exceptionem. Ego de hac re dixi ad Treutl. *part. 2. de modis tollend. obligat. theſ.* 1. Et poteſt iſta Dd. differentia ita accommodari, iuxta rationem iuris noſtri, quod prætor ſi quid allegatum fuiſſet à Reo, per quod ipſo iure tollebatur obligatio, protinus actorem à limine iudicii remouebat: cæteroquin cum actione & exceptionem dabat. Hodie id eo pertinebit, vt res tale quid allegans quod ipſo iure tollit obligationem, non cogatur conteſtari litem, ſed protinus ab obſeruatione iudicii & inſtantia liberetur. Atquin vbi reus nihil allegat & obiicit, difficile eſt permittere hoc iudici vt liberet reum, cum non ſit eius ea ſupplere, quæ facti ſunt. Ceteroquin ſi quacunque ratione ex actis appareat iudici, non tantum eum qui ipſo iure liberatus, ſed etiam hunc qui exceptione ſaltem tutus eſt, abſoluere debet, vt tractatum ad *Treutl. de except. theſ.* 7. Ex ratione iuris veteris, quam ignorarunt olim Interpp. & hæc differentia fuit, quod ea quibus obligatio ipſo iure ſoluebatur, licet eorum nulla mentio facta eſſet apud prætorem, apud pedaneum iudicem obiicere licebat, quippe cum reuera nulla actio competeret actori. Atquin exceptiones in ſtricti iuris iudiciis (nam bonæ fidei actionibus ita inerant, vt etiam iudex pedaneus earum licet formulæ non inſertarum rationem habere cogeretur, vti dixi *diſp. 6. de actionib.*) non poterat admittere iudex pedaneus, ſed formulæ inſertas eas eſſe oportebat. Et adeo hæc quoque poſt reſcriptum Marci olim inter bonæ fidei actiones, & ſtricti iuris, quod ad compenſationem ſupererat differentia, vt in his neceſſe omnino haberet reus compenſationem obiicere apud prætorem, & peteret vt hæc exceptio insereretur formulæ, quod in bonæ fidei iudiciis neceſſum non erat: ſed compenſationis & mutui debiti, quandocunque allegati, habebat iudex pedaneus rationem. Et hoc ſenſu exceptiones pacti doli &c. dicebantur ineſſe bonæ fidei iudiciis, quod late explicaui *diſput. 6. de actionib. th.* 21.

Et hoc quoq; ſignificatu poteſt dici, compenſationem olim in bonæ fidei iudiicis factam eſſe ipſo iure, quod vſq; ad ſententiam, in his actionibus mutuum debitum allegare liceret: quia ipſa poteſtate iudicii bonæ fidei id continebatur. Quod enim hoc §. ſtricti iuris actiones ita opponuntur actionibus bonæ fidei, quod in illis per exceptionem ſolum compenſatio inducebatur, conſequens eſt, quod in his compenſatio ipſo iure locum habuerit. Et tamen quoniam iſtud, vt diximus, in exceptionibus quibuſuis obtinebat, vt ipſa poteſtate iudicii bonæ

fidei

fidei ineſſent, quod compenſatio in bonæ fidei iudicijs ipſo iure fieri dicitur, alium effectum inſuper habere videtur; veluti quod, vbi vtrimque pecunia debetur, ſed altera ſub vſuris, altera ſine vſuris, ipſo iure minuitur debitum, ita vt concurrentis quantitatis vſuræ amplius non debeantur, *leg. cum alter* 11. *de compenſ.* Et hinc porro, quod vbi compenſationi locus eſt, qui totum petit, male petere dicatur *l. verum* 4. *eod. tit.* nimirum tamquam poteſtate iuris debito imminuto. Ex quo porro & hoc conſequitur, vt, qui totum ſoluit, quod excedit, tamquam indebitum condicere poſſit *l. quod dicitur* 5. §. 2. *de impenſ. in res dot.* quod ſecus eſſe videtur, vbi tantum compenſatio per exceptionem introduci poteſt, vt
3 poſt *Dd. d. num.* 59. hic notat Iaſon. Sed † occurritur per vulgatam regulam; Exceptione perpetua tutum, ſi ſoluat, habere condictionem *l. qui exceptionem* 40. *in prin. de condict. indeb.* Ergo etiam, qui ex cauſa contractus ſtricti iuris obijcere poteſt compenſationem ope exceptionis, ſi ſoluit, repetere poterit, & facit *l. qui inuicem* 30. *de condict. indeb.* vbi ICtus ait, quibus caſibus compenſatio locum non habet, non eſſe repetitionem ſoluti: Ergo contra eſt, vbi compenſatio locum habet; Atquin poſt reſcriptum Marci vtique verum eſt, quod & in ſtricti iuris iudicijs compenſatio habeat locum. Poſſem facile & ſimpliciter totum hoc expedire, ſi dixero vnius effectus eſſe poſſe plures cauſas: & eſſe hanc quidem principem cauſam condictionis indebiti, quod ipſo iure ſublata eſt obligatio; ſed non eſſe tamen ſolam, verum inſuper & hanc quod quis exceptione perpetua defenditur. Sed dum rem penitius conſidero, deſcendo in Dd. ſententiam, qui putant, vbi tantum per exceptionem compenſatio poteſt indici, eum, qui ſoluit, non habere condictionem. Et reddunt Dd. hanc differentiæ rationem, & hoc modo reſpondent ad *d. l.* 40. *de condict. indeb.* quod tum demum procedat ea regula, vbi eiuſmodi exceptio competit, quæ impedit & elidit actionem ſui natiuitate: ſecus ſi elidat ita demum, ſi opponatur, qualem dicunt eſſe exceptionem compenſationis, quæ olim ex reſcripto Marci in iudicijs ſtricti iuris obiiciebatur. Verba quidem ſunt paulo obſcuriora, & accommode forte non ſatis ad exprimendum quod dicere voluerunt. Exemplo res erit apertior. Debeo tibi centum ex mutuo; vendo tibi poſtea fundum meum itidem pro centum: hoc debitum quo tu mihi obſtringeris non tendit directo ad tollendum illud debitum, quo ego tibi obſtringebar ante ex mutuo: neque ſi tibi ſoluam illa centum, quæ ex mutuo debeo, dici poſſum ſoluere indebitum; nec mihi fit iniuria ſi negetur condictio, cum propriam actionem ex vendito habeam, qua perſequar quod mihi debetur. Verum tamen quia intereſt mea potius retinere debitum, quam poſt propriam actionem inſtituere, arg. *l.* 3. *de compenſat.* merito ex reſcripto Marci mihi conuento ſtricti iuris actione, condictione certi ex mutuo, conceditur, vt me defendam exceptione compenſationis, quod actor mihi tantundem ex vendito debet. Quæ ipſa ratio facit, vt vbi ſolui, mihi condictio indebiti non ſit concedenda; quoniam ceſſat ratio ex *d. l.* 3. *de compenſat.* quia poſtquam ſolui, dicere amplius non poſſum, quod mea interſit, compenſare potius, quam ſoluere, & poſt noua actione experiri. Quæ ratio faceret, vt nec ex cauſa bonæ fidei contractus eſſet locus cõdictioni indebiti, niſi hic propria adeſſet ratio, quam ſupra attigimus, quod hic ipſo iure compenſatio debiti & imminutio fit, vt proinde neceſſe ſit indebitum reuera ſolutum eſſe quo poſito condictio negari non poteſt. Atquin v.c. pactum de non petendo, natiuitate ſua tendit directo ad elidendam actionẽ, & perimit vinculum æquitatis; & iniuria fieret reo, ſi ipſi poſtquam ſoluit per errorem, negaretur condictio, cui nullum aliud ſupereſt remedium. Et hinc in *d. l. qui inuicem* 30. *de condict. indebiti*, compenſationem habere locum, vel non habere, intelligo in proprio ſignificatu, habere locum ipſo iure, nam minus proprie ſimpliciter dicitur compenſatio habere locum, vbi tantum ea per exceptio-

*factæ precium fundi exæquarunt. Id quidem facit ratio ipſa iuris: Sed vtique non eo effectu, vt ipſo iure nulla competat actio vxori pro dote; ſiquidem quanti fundus ſit, & quid impenſum ſit, apud iudicem tractari oportet.

Et nec dubitandum eſt (de quo poſt gloſſ. interpretes hic tractant *& Iaſon numer.* 77.) quin omnino opus ſit facto hominis & allegatione in iudicio, vel in iure, vt effectus ſuus compenſationi conſtet, vtcunque inuicem quantitates debeantur, (quamuis quidam quos refert & probat *Iaſon numer.* 78. putent ſufficere, vt quis extra iudicium dicat ſe velle compenſare; male vt opinor, nullum enim effectum vltra, quam ius ipſum hoc operari poſſit.) Nam & verbi cauſa ſi quis à Reo qui centum debet, ducenta petat, vel ab eo, qui nihil debet, centum petat, vtcunque ius hic diſponat, quid iudex definire & pronuntiare debeat, vtique tamen, obijcere, qui conuenitur debet, iniuriam partis aduerſæ, vt quod iure diſpoſitum eſt, conſequatur; idque etiam obtinet ſi quis per ſolutionem, nouationem, acceptilationem, &c. ipſo iure ſit liberatus; hoc enim ita accidiſſe, allegare oportet; Sed ſunt proprij effectus etiam poſt allegationem, quibus differt hic caſus ab eo, quo per exceptionem tantum liberari dicitur Reus. Sed quæ ratio
5 eſt, vt ſola † actio depoſiti excipiatur, & depoſiti omnino reſtitutio ſit facienda citra vllam exceptionem? Pleniſſime ratio Iuſtiniani, ne ſub prætextu compenſationis rerum depoſitarum reſtitutione quis defraudetur, etiam in commodato, etiam in precario, &c. militat. Quin de commodato ita diſerte reſcriptum eſt in *l. vlt. C. commod.* & ipſe Iuſtin. in *l. vn. Cod. de rei vx. act. §. taceat & §. ſeq.* non permittit, vt vlla retentio actioni rei vxoris obiiciatur à marito. Fruſtra eſt Cuiac. dum in *dict. l. vltim.* pro *commodati* vult legi *commendati*: quod & rubr. reſpuit, & certiſſimum eſt iure veteri olim actioni commodati non obijci potuiſſe exceptionem ob diuerſum debitũ. Ideo q; & inepti ſunt Dd. vulgo, qui ad caſum debiti illiquidi *d. l. vlt.* reſtringunt. Nec iuuat, quod pleriq; inter retentionem & compenſationem diſtinguunt. Equidem retentio latius patet, quam compenſatio, in ſpecie dicta: Sed ſane propter hoc ipſum negato retentionis iure, etiam compenſatio negata erit. Et vtique in *d. l. vn. Cod. de rei vx. act.* fatendum eſt negari compenſationem, cum Iuſtin. vtatur hac ratione, cur neget ius retinendi marito, eo quod ipſi proprijs actionibus ſit conſultum. Et cum neget compenſandi ius ob cauſas contingentes quodammodo actionem dotis, ob res amotas, etiam ob impenſas, tanto magis ex alia cauſſa, obijci compenſationem patietur. Sunt qui non excludi putant caſus ſimiles, & in quibus ſit eadem ratio: & paſſim tradunt Doct. nec per particulam taxatiuam excludi caſus in quibus maior, aut eadem ratio eſt. Sed ſane hoc non poteſt eſſe generale, neque huc commode videtur accommodari poſſe, propter vulgatum illud, quod regulam firmet exceptio in caſibus non exceptis. Et autem Iuſtinian. *h. §. & in l. vltim. C. de compenſ.* regulam hanc tradit, quod in actionibus in rem & in perſonam, & quibuſcunq; alijs habeat compenſatio locum: & deinde exceptionem hanc ſubijcit; *excepta SOLA depoſiti actione*: quo ſane excluduntur reliquæ omnes; quod ſi admittamus vnam, porro alius aliam admittendam contendet, & ita ſemper erimus in incerto; & cur non etiam admittamus actionem pro precario &c. Ego pene exiſtimo, eſſe in hac tota traditione veſtigium † ſapientiæ Tribonianæ, qui ſecurus priorum conſtitutionum, prout ipſi commodum viſum fuit & vtile, nouas conſcripſit Leges. 6
Et omnimodo iure veteri, puto haud facile admiſſas fuiſſe retentiones, niſi in caſu neceſſitatis, vbi alias Reo conſultum non erat, & quo ad ea, quæ ipſam actionem inſtitutam contingebant: Ceteroquin mutuas actiones inſtituendas fuiſſe puto. Hæc ita vt ſub manum ſe dederunt, chartis illinere viſum fuit, qualiacunque ea ſint. Nihil hoc §. ſupereſt aliud, quam quod Iuſtinianus ait, ſiue

ſiue in rem, ſiue in perſonam, ſiue alias quaſcunque: & quæ nam ſunt illæ actiones præter eas quæ ſunt in rem, & in perſonam; & ita vitioſa fuerit diuiſio §. 1. & falſum quod ibi omnium actionum hanc diuiſionem eſſe ait. Sæpe dixi eum fruſtra eſſe, qui in textibus Tribonianeis, qualis hic haud dubio eſt, quærit accurationem: aut an ille reſpexit ad varias diuiſiones hactenus propoſitas, aut an cum variæ omnino ſint actiones, natiuæ & datiuæ, de quibus ſæpe non conſtare ſatis poteſt, cuius naturæ ſint, quod de actione Pauliana diximus *ſup. ad* §. *Item 6. h. t.* Iuſtinian. his verbis ſibi cauere voluit, vt ne qua actio vlla, qualiſcunque tandem eſſet, ab hac diſpoſitione videretur exempta. Illud denique notandum hic agi de compenſatione ex cauſis ciuilibus pecuniarijs, non de compenſandis hinc inde delictis: vt inepti ſint Interpp. qui iſta cōfundunt, & notant aliquando fieri compenſationem ſine facto homini, de quo *v. Iaſon. hic poſt gloſſ. n.* 80. vbi tamen ſunt alia exempla quæ recte ſe habent. Colophonis loco ad hunc §. errores aliqui Hottomanni explodendi ſunt quos h. §. commiſit, quamuis primus pertineat ad §. 28. *ſup. h. t.* Negat ad *pr. h.* §. actiones contrarias, quæ nimirum dantur ex contractibus, mandati, depoſiti, commodati, pignoris, negot. geſt. tutelæ, & ſi quæ ſunt aliæ, eſſe bonæ fidei. Nos contrariam ſententiam ſub fin. *d.* §. *actionum* 28. propoſuimus, à qua vix vllum Interpp. diſſentire puto. Et notauimus ibid. non omnes qualitates actionum bonæ fidei in ſingulis ſpeciebus occurrere, ſed ad hoc vt actio bonæ fidei dicatur, ſufficere eas ineſſe, quas admittit natura contractus, modo ne adſint qualitates actionum ſtricti iuris; quod addo propter actionem ex teſtamento, quæ quo ad fructus & vſuras imitatur naturam bonæ fidei actionum *l. vſuræ* 34. *de vſuris.* Ceteroquin ſtricti iuris eſt. Et ita in contrarijs his actionibus obtinet, vt quaſcunque fert earum conditio, qualitates actionum bonæ fidei habeant. Et oppido quam inepte pro contraria ſententia adducit Hottom. text. in *l. furti* 6. §. *vlt. de his qui not. inf.* vbi negat ICtus damnatum ſequi infamiam, quia ibi non de perfidia agatur: & in *l. ei apud* 5. *in pr. depoſ.* vbi negatur in contrario iudicio de fide rupta agi. Ergo, inquit Hottom. non agitur de fide, & igitur actio nec bonæ fidei eſt, quia v. c. deponens fidem non dedit. Hoc quidem argumento, nec actio negot. geſtor. nec actio tutelæ, nec commun. diuid. bonæ fidei erunt, quoniam hic nulla fides expreſſi data eſt. Et eſt fallacia homonymiæ in verbis *bona fide:* neque propterea actiones bonæ fidei dicuntur, quod alter alteri expreſſe fidem dederit, & poſt eam ruperit: ſed quod natura contractuum verorum, aut quaſi hæc eſt, vt quod alterum alteri præſtare oporteat exacte verbis concipi & exprimi non poſſit, & ideo officio iudicis permittendum ſit, quid & quantum, alterum alteri præſtare oporteat. Et nimirum perſpicua in eo quæ in dd. textibus traditur ratio differentię apparet inter iudicia directa & contraria. Qui commodatum v. c. & depoſitum non reſtituit iuxta conuentionem, manifeſto fidem rumpit: at qui diſputat de impenſis, aut damno, quod alter ſe accepiſſe contendit, fidem non rumpit, ſed vt in *d. l. 6. de his, qui not. infam.* ſcribit Vlpianus, magis diſputat de calculo. At quod ob id non ſit bonę fidei iudicium contrarium abſurde plane & inepte infertur. Et v. c. in ſeruum commodatum impenſas me feciſſe, per eum furtum mihi factum, per dolium commodatum, pro integro, damnum me ſenſiſſe dico, vtiq; hic opus eſt officio iudicis, qui æſtimet iſta ex bona fide & æquo bono.

Scribit porro hoc §. Hottomannus, ideo in ſtricti iuris iudicijs non fuiſſe locum compenſationi, quæ ipſo iure minuit debitum *l.* 4. *& 21. de compenſ. l. 4. C. eod.* quoniam alias cum in iſtis iudicijs certum peti oportuerit, actor ſemper incidiſſet in periculū plus petitionis, ſed 1. ſupponit, quod in bonæ fidei iudicijs nihil certi petitum fuerit. Quod oſtendimus ſupra falſum eſſe. Et proinde 2. inepta penitus eſt conſequentia, quod ob id reus inciderit in periculum plus petitionis. Etenim ſcire quiſquę debet, quid ipſe debeat alteri viciſſim,

Digitized by Google

ciſſim, itaque minus petere debet, aut clauſula aliqua inſerta ſibi cauere à periculo plus petitionis, de quo paulo inferius. Nec melior eſt altera ratio, quod in bonæ fidei iudicijs iudex cognoſcat, quid oporteat præſtare alterum alteri, ſed in ſtricti iuris actionibus, cognoſcat iudex tantum quid reum actori præſtare conueniat, particularem enim tantum hanc rationem apparet eſſe, in illis actionibus, quæ ſunt ex contractibus, qui mutuam pariunt actionem, ſed in illis fallit, qui tantum ex vno latere obligant. Denique labitur & Hottomann. in eo, dum reprehendit Iuſtinianum hoc ſibi tribuentem, quod in actione ex depoſito non ſit locus compenſationi; & imo hoc iam ante à Paulo *lib. 2. ſent. 12. traditum eſſe.* Etenim hoc omnino etiam olim obtinuit, vt ne actione depoſiti qua ſpecies petitur, poſſet obiici compenſatio; Sed quod non poſſet obijci ſoli actioni huic & omnibus alijs poſſet, id omnino nouum, & adeo nouum, vt penitus abhorreat à iuris veteris ratione.

TEXTVS.

27. Præterea quaſdam actiones arbitrarias, id eſt, ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus: in quibus niſi arbitrio iudicis is cum quo agitur, ſatisfaciat, (veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſoluat, vel ex noxali cauſſa ſeruum dedat) condemnari debeat. Sed iſtæ actiones tam in rem quam in perſonam inueniuntur. In rem, veluti, Publiciana, Seruiana de rebus coloni: quaſi Seruiana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In perſonam: veluti quibus de eo agitur, quod vi metuſue cauſa, aut dolo malo factum eſt: Item cum id quod certo loco promiſſum eſt, petitur: ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pēdet. In his enim actionib. & ſimilib. permittitur iudici, ex bono & æquo, ſecundū cuiuſq; rei, de qua actum eſt, naturam æſtimare quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.

COMMENTARIVS.

1 *Duæ ſpecies actionum arbitrariarum.*

2 *Quomodo differant bonæ fidei iudicia & arbitraria.*

3 *An arbitrariæ actiones faciant tertiam ſpeciem.*

De arbitrariis actionibus itidem egimus *Tract. de actionib. tota diſput. 7.* quam diſtinximus in duas partes; quoniam & duæ ſunt principales ſpecies, aut genera actionum arbitrariarum; nec caret vitio, quod citra vllam diſtinctionem confuſim omnes iſtæ ſpecies ſiue exempla proponuntur: cum tamen longe diuerſa ratione, quam ceteræ, actio ea ſit & dicatur arbitraria, quæ alibi mouetur ſuper eo, quod certo loco promiſſum fuit. Et vt paucis repetamus, duæ ſunt cauſæ, ex quibus actio dicitur arbitraria, veluti id verbum hoc §. vſurpatur, & hinc etiam ſpecies duæ actionis arbitrariæ.

Altera in qua totum quantum ſit † ſoluendum permittitur arbitrio iudicis, & quidem vna ſententia ſicut in alijs fere actionibus decidendum; cuiuſmodi eſt actio, quæ alio loco intenditur, quam in quem promiſſio & ſolutio ex cauſa obligationis & contractibus ſtricti iuris collata fuit. Nam cum verbi cauſa ſi quis promiſerit ſe Epheſi centum daturum, ex rigida iuris ratione reus alibi cōueniri nō poſſit *l. 1. de eo quod certo loco.* & tamen iniquum ſit, vt obligatio & promiſſio in irritum recidat, ſi reus, vel non poſſit, vel nolit in locum eum venire, permiſit in hunc euentum prætor alibi agere, ſed cum commemoratione & adiectione loci, ne plus petere videatur. Nam cum fere commodius eſſe poſſit Reo eo loco ſoluere, in quem ſolutio collata fuit, in quo forte pecuniam paratam habuit, quam alibi ſub vſuris accipere neceſſe

Digitized by Google

habeat, ſi pure & ſimpliciter ſtipulator creditor alibi petat, hanc vtilitatem Reo adimere & plus petere intelligitur vt docet §. *plus autem 34. infr. h. t.* ideo neceſſum fuit agere cum commemoratione loci, & permittere pretori ſimul & iudici, vt quanti intereſſet Rei in loco adiecto ſoluiſſe, illud æſtimaret & tanti minoris Reum condemnaret. Ex quo actio arbitraria appellatur: de qua prolixe egimus *d. diſp. 7. de Actionib. part. 2* Atque hæc eſt prima ſpecies actionum arbitrariarum.

Altera, quæ porro ſub ſe plures habet ſpecies, ex eo dicitur, quod initio procedit arbitrium iudicis de faciendo & præſtando aliquid, cui ſi pareat reus, abſoluitur; ſin non pareat in aliud, quam quod in arbitrio & iuſſu præcedenti erat, & quidem grauius propter contumaciam condemnatur, verbi cauſa: Inſtituta rei vindicatione & probato dominio iubet iudex reſtituere rem petitori; ſi non pareat reus, condemnatur, quanti actor per iuramentum in litem rem æſtimauerit; quod & in Seruiana, Publiciana & in actione ad exhibendum obſeruatur. Ita in actione quod metus cauſa, probato metu iubetur reus rem reſtituere; quod ſi non faciat in quadruplum damnatur: in quo poſita eſt finalis condemnatio. At, inquit, Hottomannus, quis tam fatuus ſit, vt non malit ſatisfacere iuſſui iudicis, quam ſubire grauiorem condemnationem. Proinde ipſe reſpondet, duplicem actionem hic interuenire, & in altera demum qui ſperauit forte iudicem ſecundum pronuntiaturum aliter, reum grauius condemnari, propterea quod iudicis prioris arbitrio non paruit. Sed iſta ſententia eſt manifeſto falſa, & incidit in illorum Interpp. opinionem & errorem, qui duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem in his actionibus requirunt. Et vero cum fateatur Hottomann. ipſe hanc fuiſſe formulam actionum harum: *Si apparet rem eam, de qua agitur, Lucij Titij eſſe, neque ea ſuo arbitrio reſtituatur, iudex condemna:* efficitur prorſus neceſſario, vna actione & per vnum iudicem negotium expeditum fuiſſe. Quod & vltro perſpicuum eſt, & ridiculum ſit exiſtimare, poſt iuſſum de reſtituendo, aliam formulam petitam, & ad alium iudicem arbitrumue itum fuiſſe, qui condemnaret reum, quanti in litem petitor iuraſſet. Et poteſt vtique fieri, vt reus aliquis improbus, quacunque etiam cauſa fretus, detrectet parere arbitrio iudicis; poteſt & fieri, vt ante arbitrium dolo deſierit poſſidere, quo caſu nihilominus tamquam adhuc poſſidens, iubetur reſtituere, & vt maxime tum amplius non poſſit, condemnatur, quanti actor in litem iurauerit. Secundum hæc verba *huius* §. commode applicanda duabus iſtis actionum arbitrariarum ſpeciebus, & recte explicanda ſunt. Et quod ait Iuſtinianus pendere has actiones ex arbitrio iudicis, vtrique ſpeciei recte applicatur; ſed non eodem tamen modo. Actio de eo quod certo loco ita pendet ex arbitrio iudicis, quod quantum ſit præſtandum actori, arbitrio illius decernendum, permiſſum eſt.

Altera ſpecies ita pendet, quod ille initio arbitratur, quid faciendum ſit Reo, vt actori ſatisfiat, cui ſi non pareatur arbitrio, grauior ſequitur condemnatio; Ceterum quod mox, poſt iam dicta verba, *ex arbitrio iudicis pendentes appellamus*, ſequitur, *in quibus niſi iudicis arbitrio, &c.* cum pro ratione dicti afferatur, facit, vt non niſi ad poſteriorem ſpeciem referri poſſit: Etenim in actione de eo quod certo loco, fertur vnica tantum ſententia; Sed in poſteriori ſpecie ita, vt diximus obtinet, vt primo præcedat arbitrium, & reus niſi iuxta id arbitrium ſatisfaciat, condemnetur: Sententia enim hæc poſterior in excellentiori ſignificatu vocatur condemnatio: Ceteroquin & prior quæ arbitrium & iuſſum de reſtituendo dicitur, non vno loco condemnatio appellatur, vt hoc late probauimus *d. diſp. 6. de Actionib. th. 7. 8. & 9.* vbi etiam & *th.* 10. oſtendimus, aliquando etiam ſi reus contumax ſit, non ferri poſteriorem ſententiam, ſed vbi actor omnino rem habere mauult quæ penes reum eſt, primam ſen-

ſententiam & iuſſum de reſtituendo extra ordinem per manum militarem mandari executioni, & rem reo auferri, iuxta *l. qui reſtituere 68. de rei vindic.*

Porro cum iſta deſcriptione actionum arbitrariarum quæ in *princip.* §. proponitur, videndum eſt quomodo conueniat, quæ in *f.* §. ſubiicitur, quod in ijs permittatur iudici, ex bono & æquo æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat. Ea quidem actioni *de eo quod cert. loco* omnino conuenit: ſed conuenire minus videtur alteri ſpeciei; quoniam, qui grauiorem reo condemnationem infligit, verbi cauſa, in quadruplum, vel quanti in litem iuratum eſt, non æſtimat ex bono & æquo. Equidem abſurdum fuerit, hanc generalem deſcriptionem & clauſulam reſtringere ad alteram ſpeciem tantum, quæ præſertim longe anguſtiores habet fines quam altera. Quod ſi huic quoque accommodare velis, non debet intelligi de vltima condemnatione grauiori, vt inconſulte quidam putant, ſed ad ſententiam primam & arbitrium iudicis. Vtcunque enim quod principaliter petitur, non permittatur arbitrio iudicis, tenetur enim iudex, verbi cauſa in rei vindicatione, iubere, vt res reſtituatur, poſſunt tamen multa interuenire, quæ deſiderant officium, & arbitrium ex æquo & bono interponendum veluti circa fructus, aut ſi res poſt moram perierit, *l. item ſi 57. in fin.* & circa alia.

Quod attinet exempla hic propoſita, ſingula accurate explicauimus, *d. diſput.* 9. & inprimis (quod ingens habet dubium) quo ſenſu noxalis actio arbitraria appelletur; & ibidem alias quoque actiones prçter hic enumeratas, produximus; eſſe enim plures: nec omnes ſpecies hic à Iuſtiniano relatas eſſe, apparet ex *verſ. in his enim.* illis verbis, *& alijs ſimilib.* quibus tamen nimis abutuntur Interpp. dum, omnes actiones in mundo, vt loquuntur, arbitrarias fieri poſſe ſtatuunt, ſi iudex aliquid iubeat fieri, cui non pareatur, quam opinionem eorum refert & ſequitur *Iaſon hic n. 14. & 32.* Et habet vero quoq; actio naturam ſuam, & formam à iure definitam extra quam iudex nihil poteſt. Et niſi formulæ ea inſerta verba fuiſſent, quæ ſupra retulimus, *niſi arbitratu tuo ſatisfiat, condemna*, non poterat iudex condemnationi finali iuſſum, aut arbitrium præmittere: itaq; certę tantum actiones erant, in quib. eiuſmodi formulam prætor dabat.

2 Illud non eſt † expeditum, qua in re differant bonæ fidei iudicia ab arbitrarijs; cum conſtet in illis quoque in litem iurari; itaque neceſſum eſt & hic quoque dolum & contumaciam præceſſiſſe, citra quæ in litem non iuratur. Conatus ſum hanc rem explicare in *d. diſput. 7. de Actionibus th. 12.* Vulgo Doctor. hanc rationem differentiæ reddunt, quod officium iudicis bonæ fidei actionibus ſit naturale & intrinſecum, & quaſi eſſentiale: Sed actionibus arbitrarijs extrinſecum ſit, & accidentale: & quod reſideat in perſona ſola iudicis, & quod (quæ tamen poſterior non eſt communior ſententia) in arbitrio eius libero ſit, ita ſtatuere iubere, vel condemnare. Sed ſane poſterius hoc, à pleriſque improbatur, & recte; ſiquidem omnino neceſſe habet iudex, vt iuxta formulam rem petitam iubeat reſtitui, & reum non parentem, in grauius aliquid, & à priori diuerſum, & id quoq; à iure præſcriptum & definitum condemnet. Sed quod ad prius, cum cõſtet, inſertum iſtud formulæ fuiſſe, *Niſi arbitrio tuo ſatiſfiat, condemna*, neceſſe eſt, vt poteſtate actionis & formulæ iſta iudex fecerit. Hactenus ego ſane video & admitto differentiam, quod v. c. vt in vſuras ex mora fructus & alia condemnet iudex ex æquo & bono, pure & ſimpliciter ineſt actionibus bonæ fidei; Sed hic in arbitrarijs, vt iudex condemnet, ineſt, ſub conditione, ſi reus non ſatisfaciat; itaq; vbi reus ſatisfaciat; vt plerumque fieri ſolet, ceſſat iſta pars officij iudicis. Sed ſimul hic obſeruandus alius Dd. error; quod in arbitrarijs actionibus officium iudicis, non tam pertinet, imo magis non pertinet ad finalem condemnationem, quæ ob contuma-

Digitized by Google

tumaciam irrogatur, vt ipſi petant, dum accidentale appellant hoc officium iudicis, ſed ad iuſſum & arbitrium prius, quo æſtimat iudex quomodo ſatisfaciendum ſit actori, vt eſt in *fin. h.* §. & cui, ſi non ſatisfaciat reus, demum condemnatur finaliter, vt aperte habetur in *prin. h.* §. Hottomann. has differentias tradit arbitrariarum & bonæ fidei actionum. Primam, quod in bonæ fidei iudicijs ideo fuerit data libera poteſtas iudici, quod id æque vtriusque intereſſet, cum vterque inuicem obligatus eſſet, ſed arbitrariæ actiones, aut ex poſſeſſione, aut obligatione vnius tantum naſcantur. Atquin iam ſupra abunde probauimus, falſum eſſe quod bonæ fidei actiones tantum naſcantur ex vtrinque contractu obligatorio; neque hoc differentiam veram conſtituere poteſt, an vnius cauſa an vtriuſque ea poteſtas iudici detur; tum & inſubtiliter dicitur, quod ex poſſeſſione naſcatur actio arbitraria, & imo falſum hoc eſt, ſed ex iure dominij, aut pignoris, aut ex delicto &c. naſcuntur. Altera Hottomanni differentia eſt, quod in actionibus bonæ fidei inſeratur formula ex *fide bona*, ſed in arbitrarijs, *neque ea rei arbitrio tuo reſtituatur*, &c. Verum hæc differentia tantum eſt in verbis; & oſtendimus antea, re ipſa etiam hoc comprehenſum fuiſſe in formula actionum bonæ fidei; quoniam & hic iudex reum, qui non reſtituebat rem commodatam depoſitam, &c. condemnabat quanti actor in litem iuraſſet. Tertia eſt, quod actiones bonæ fidei ſint tantum in perſonam, ſed arbitrariæ & in rem, & in perſonam. Verum conſtat qua in re differant actiones in rem; & in perſonam: atquin ita intelligere non licet, quid & in quo differant hic actiones bonæ fidei, & actiones arbitrariæ in perſonam. Ergo totum iſtud ineptum eſt. Quartam denique affert, quod actiones bonæ fidei oriantur, vel ex contractu, vel ex contractus quadam ſimilitudine; ſed arbitrariæ ex genere & ſimilitudine quadam delicti. Vbi primum non ſat intelligo, quid ſibi velit per ſimilitudinem contractus; niſi forte, quaſi contractum, veluti, negotiorum adminiſtrationem & geſtionē pupilli, aut alterius, vnde actio negot. geſt. & tutelæ.

Tum porro metus, dolus & delictum ſerui vtique vere delicta ſunt, ex quibus arbitrariæ actiones naſcuntur; reliquæ autem ſunt nullo modo ex delicto. Et ab efficiente hac cauſa non poteſt ſumi actionum vera diſtinctio. Et proinde tota iſta diſputatio Hottomanni inepta eſt, addamus & cetera Hottomann. in quibus peccat. Ait omnes actiones eſſe arbitrarias, in quibus iudici poteſtas iudicij diſſoluendi permittitur: & adducit pro exemplo actionem funerariam. Ego vero ſolide oſtendi *diſputat. 6. de action. bon. fid. th. 7.* quod hæc actio ſit ſpecies negotiorum geſtorum, & ob id bonæ fidei. Hinc alterum exemplum proponit condictionis indebiti, quia dicatur eſſe ex æquo & bono *l. 66. de condict. indeb.* Sed inepta conſequentia eſt: nam & ceteræ condictiones, *cauſa data, ſine cauſa, &c.* ſunt ex æquo & bono, id eſt, æquitas ſuaſit has actiones concedi, ſed non propterea, aut arbitrariæ, aut bonæ fidei, ſed ſtricti iuris ſunt. Sed grauius errat Hottomann. in redditione rationis ſpeciali alia, quoniam reus ante ſententiam ſatisfaciens abſoluatur. Hoc enim modo omnes actiones erunt arbitrariæ, ſiquidem iſtud generale eſt, §. *vltim. inſt. de perp. & temp. act.*

Denique hic † adnotare libet, quod tractant Doctor. an actiones arbitrariæ conſtituant tertium genus actionum præter eas duas, quæ proponuntur in §. *actionum 28. de actionibus.* Et communiter placuit eſſe eas ſtricti iuris; quoniam diuiſionem propoſitam in *d.* §. *actionum*, 28. putant eſſe generalem, & in ea omnes actiones bonæ fidei enumerari, de quo etiam diximus ſub initium, *diſputat. 7. de actionibus.* Vbi etiam probauimus, eam diuiſionem eſſe non primam; ſed ſubdiuiſionem actionum in perſonam, & eorum quidem quæ oriuntur ex conuentionibus; quod & ſup. attigimus. Cui conſequens eſt, arbitrarias actiones ad illam diuiſionem 3

Digitized by Google

nem non pertinere, quippe quæ ſunt vel in rem vel ex delicto: præter alteram illam ſpeciem actionis arbitrariæ, quæ eſt *de eo quod cert. loco*, quæ vtique eſt ſtricti iuris, ſed alibi quia agitur, fit arbitraria. Poſtremo quod Iuſtin. ſimpliciter h. §. actionem quod metus cauſa, refert ad actiones in perſonam, recte fit, ſi originem eius conſideremus: cæteroquin eſt ea in rem ſcripta, & quatenus contra tertium etiam poſſeſſorem datur, qui metum non intulit, ſane non perſonalis, ſed realis actionis naturam imitatur.

TEXTVS.

28. Curare autem debet iudex, vt omnino, quantum poſſibile ei ſit, certæ pecuniæ vel rei ſententiam ferat, etiam ſi de incerta quantitate apud eum actum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Libello poſſe peti incertum & præcipue vbi factum fuit in obligatione.*
2 *Sententia debet eſſe certa.*

HVnc textum cum præcedd. §§. cõiungit Hottomannus, quod & veteres quoſdam feciſſe refert *Iaſon ad d. §. praeced. n. 4.* Et ſane in arbitraria actione de eo quod certo loco incertum peti videtur, & quadantenus in actionibus bonæ fidei: in cæteris quoque arbitrariis actionibus cum permittatur iudici, vt æſtimet, quomodo ſatisfieri oporteat actori, non omnino certa tota petitio videtur: vt non immerito quaſi pro colophone poſt tractatum de actionibus bonæ fidei & arbitrariis, hoc admonere voluerit Iuſtinianus, vtcunque incertum ſit in petitione, tamen iudicem certum in ſententiam deducere debere: ſed tamen cum etiam ſint ſtricti iuris actiones, in quibus incertum petitur, veluti condictio incerti ex ſtipulatu, ſi factum aut aliud quid non certum promiſſum ſit, iuxta *l. vbi 75. de verb. oblig.* non male dicemus, poſt propoſitas varias diuiſiones actionum, Iuſtinianum pro informando iudice, hoc adiicere voluiſſe, quomodo ſententia ſit ab eo ferenda. Et videamus igitur in genere: Duo ſunt, quæ docentur hoc §. 1. Quod etiã † incertum 1
in libello peti poſſit: ſiquidem ait Iuſtin. licet incertum petitum ſit, tamen debere ſententiam eſſe certam. Et ait Iuſtin. licet de incerta *quantitate* actum ſit: vt oſtendat, licet de quantitate adiudicanda agatur, tamen adhuc poſſe incertam petitionem eſſe: Cæteroquin longe pluribus modis dicitur incertum peti, vt apparet *ex l. vbi 75. d. verb. oblig.* nam & vbi homo in genere debetur, & vbi duo vel plura alternatiue debentur, incertum in obligatione eſſe dicitur. Et adeo vbicunque vtimur condictione incerti, poteſt petitio eſſe incerta, quæ ſcilicet inſtituenda eſt iuxta conditionem obligationis. Et dubitari tamen poſſit, an ita hic ſumatur incertum vt *in d. l. vbi 75. de verb. oblig.* in qua diſtinctio certi & incerti eo pertinet, vt ſciatur, vtrum condictione certi an incerti aliquis debeat experiri: cæteroquin latius accepto verbo poſſit dici certum petere, qui promiſſum fundum ſine propria appellatione, aut in genere hominem, aut Stichum vel decem ſibi dari petit: & exiſtimare quis hoc argumento poſſit, *certum* latius in hoc §. accipi, quod Iuſtinianus ſolius quantitatis, nominatim facit mentionem. Vtcunque ſit, conſtat petitionem incertam admitti in iudiciis vniuerſalibus veluti in hæreditatis petitione: itemque in iis quæ in ſpecie appellantur à Dd. generalia, (de quo diximus *diſp. 2. de action. th. 16.*) veluti in iudicio, negot. geſt. mandati generalis, tutelæ &c. quod poſt Dd. notat *Iaſon hic n. 10.* qui idem notat *n. 12.* quod incerta petitio admittatur quo ad acceſſiones, veluti, fructus, impenſas &c. Principalis caſus eſt, quo locus relictus eſt petitioni incertæ, ſi factum ſit in obligatione, in cuius locum intereſſe ſuccedit, quod cum æſtimetur à iudice *§. vlt. ſup. de verb. obl.* conſequens id non eſſe definiendum à parte aut fruſtra definiri: eaque eſt communis ſententia Interpp. quas

refert & ſequitur *Iaſon hic n.* 11. *&* 57. Vltramontani tamen vt ibidem refert Iaſon, putarunt intereſſe, quod petitur principaliter, certificandum eſſe ab actore in libello, vbi de facto præterito quæritur, quod vtique certum eſt in natura: pro quibus etiam facit, *l. ſtipulationes* 72. *in fin. pr. de V. O.* vbi ex cauſa obligationum faciendi dicitur pecunia peti, & inſuper additur, petitionem eſſe dandam *iuſta* vel vt alii Codices habent, iuxta æſtimationem facti. Et in libello quoque æſtimatur iniuria, quæ tamen æſtimatio poteſt moderari per iudicem. Quod autem iidem adducunt, teſte *Bart. in d. l.* 72. *num.* 45. ſententiam debere eſſe conformem libello, ex paulo inferius dictis ineptum eſſe apparebit. Et prima quoque ratio nullius eſt momenti, quoniam vtcunque facta præterita ſint certa, attamen æſtimatio eorum eſt incerta: & eorum æſtimatio non eſt penes partem, ſed penes iudicem *d. §. vlt. de verb. oblig.* Sed neque de facto quæritur, ſed imo ideo ad intereſſe agitur, quoniam id quod conuenit, factum non eſt: &, qua ratione vtitur *Bart. dicto loco*, quam inconuincibilem *Iaſ. d. n.* 57. appellat, vbi declaratio incertitudinis non eſt in poteſtate actoris, non neceſſum eſt, certam eſſe petitionem poteſt: quidem actor dicere tanti ſua intereſſe: ſed cum iudex hanc taxationem ſequi non teneatur, nec debet actor adſtringi neceſſitate exprimendi illam quantitatem. Itaque non dubito eſſe veram Bartoli ſententiam, quod poſſit quidem actor petere quanti ſua interſit, factum id eſſe quod conuenit, ſed quod id facere non teneatur, verum quod etiam procedat libellus in quo ſimpliciter petitum intereſſe committitur arbitrio iudicis: pro quo etiam facit *l.* 5. *in fin. C. de inutil. ſtipulat. & l. vlt. in fi. ſi quis in ius voc. non ier.* facit etiam vere ex ratione iuris inconuincibilis ratio, quod ex obligatione faciendi competit condictio incerti ad intereſſe, quæ cum ab obiecto ita dicatur, vtique ſi quantitas certa exprimenda eſſet, non incerti, ſed certi condictio eſſet & diceretur. Qua in re nimis aperte labuntur Dd. & ſibi contradicunt, dum ſtatuunt, intereſſe cuius quantitas nulla eſt expreſſa in libello, tamen peti condictione certi: cum tamen ita ab obiecto & eo quod petitur condictio certi & incerti appelletur. Et ita fieret vt omnino neceſſum eſſet ſummam certam in libello expreſſam, & quod intereſt, ab actore æſtimatum eſſe, & inepti ſunt, dum ſufficere putant, quod in proceſſu certificatur intereſſe, cum præſertim id demum fiat per ſententiam: Et nos illam Dd. ſententiam confutauimus *ad Treutl. part. 2. de re iudic. & in exercit. ad Fabr. decad.* 83. *cap.* 4. *& de Action. diſp.* 4. *th.* 10. Quod autem attinet ad *d. l.* 72. *in fin. pr. de verb. oblig.* ſcopus ICti eſt, docere, quod hactenus obligatio faciendi diuidua quodammodo ſit aut fiat, quatenus effectu ob non præſtitum factum ad intereſſe & ita ad pecuniam, quæ eſt diuidua, agitur: & iam diximus, poſſe peti etiam certam ſummam quam actor taxet ipſe, ſed id ſane neceſſe non eſſe. Extra caſus prædictos libellus debet continere petitionem certam, ad quod adducuntur textus *in l. ſi rem* 6. *de rei vind. l.* 1. *§. ſi quis* 40. *de poſ. l. prætor* 7. *in pr. &* §. 4. *de iniur. l. in actione* 19. *de furt. cum ſimilib.*

Atque hoc primum eſt, quod hoc §. tractatur. Alterum eſt, quod licet petitum ſit incertum, tamen iudex certam ſententiam ferre debeat, ſi modo poſſibile ſit, atque ita innuitur, † ſententiam aliquando poſſe eſſe incer- 2
tam. Ratio, cur ſententia, quantum fieri poteſt, certa eſſe debeat, perſpicua eſt, quod alias controuerſia non finiretur, ſed nouo & alio iudicio opus eſſet, & ita lis ex lite naſceretur. Itaque etiam incerta petitio, iuxta hunc §. per ſententiam determinari, & ad aliquid certum reus condemnari debet. Vbi inepte obiicitur, quod ſententia debeat eſſe conformis libello: Tunc enim non eſt conformis, quando extra illud quod petitum eſt fertur ſententia, non cum quod petitum eſt, v. c. ſine certa quantitate, determinatur. Et recte Iaſon hic *num.* 27. ſi, inquit, actor ſimpliciter petat intereſſe, & iudex declaret certam quantitatē, ſententia non difformis, ſed conformis

formis eſt libello, vbi illa Dd. limitatio certam rationem habet, quod in criminalibus non ſit neceſſe, vt ſententia libello ſit conformis: quoniam in his iudiciis non de eo quod agentis, ſed quod Reip. intereſt, tractatur, & iudex ſequitur quod Lex in delictum commiſſum ſtatuit, itaque vt communiter quoque traditur, nec concluſione opus eſt, quinimo valet ſententia, licet pœna in ſententia expreſſa non ſit *per text. in l. 1. §. 4. ad SC. Turpil.* Sententia autem dicitur certa vel in ſe & ſimpliciter, vel per relationem, verbi cauſa ad aliquod inſtrumentum, in quo expreſſa eſt res aut quantitas, & hoc ſiue extraiudiciale, vt *in l. 5. §. 1. de re iud.* ſiue iudiciale, velut libellum: Ex quo valet hæc ſententia, ſolue quod petitum eſt *l. in ſententiis 59. §. 1. de re iudic.* Sed quid ſi dixerit iudex, ſolue quod debes? Et non valere ſententiam, reſpõdet ICtus *in l. quid tamen 21. §. Pomponius 3. de recept. arb.* neque enim hic differentia inter ſententiam iudicis & arbitri ſtatui poteſt. Et tamen eo non obſtante communiter ſtatuunt Dd. relati à *Iaſone* (qui & ipſe hoc probat, *hic n. 36.*) & *Zaſius in d. l. 5. de re iud.* ſi in actis probatoriis, verbi cauſa, depoſitione teſtium, aut inſtrumentis, ſit expreſſa certa quantitas, valere ſententiam: quæ opinio non alia ratione defendi poteſt, quam quod iudex videatur ſe retuliſſe ad illa acta probatoria & iis fidem habuiſſe. Sed profecto difficile eſt, & audax factum, ita reſtringere textum indefinite loquentem, & inducere vel potius comminiſci relationem, quæ nulla eſt. Et merito huic opinioni obiicit Faber, ꝙ probationes vtplurimum ſint dubiæ, & in quibus aliquid deſiderari poſſit, & quibus vtique Reus contradicit, & ea non ſufficientia eſſe contendit, vt hic quoque militet ratio, qua Dd. probant, ſententiam eſſe hoc caſu nullam, ſi tantum ex actis aſſertoriis, veluti libello, poſitionibus &c. de certa quantitate conſtet, quod illa à parte aduerſa negentur & iis contradicatur. Equidem arbitrii iudicis eſt, quantum ſit tribuendum probationibus arg. *l. 3. §. 2. de teſtib.* vt poſſit exiſtimari iudex, qui eo modo pronuntiat, acta approbaſſe. Sed enim poſſit etiam exiſtimari fidem habuiſſe petitioni actoris, & intellexiſſe ſummam petitam libello, & ita etiam ſententia poſſit defendi, *ſolue quod debes* licet in probatoriis actis, de quãtitate nihil appareat: & ita plane eludetur reſponſum ICti *in d. l. 21. §. 3. de recept. arbitr.* Neque quod *ex d. l. 3. §. 2. de teſtibus* probatur, etiam eo produci debet, vt incerta validetur ſententia. Itaque tutius ego crediderim ſequi eum textum *in d. l. 21.* & cum Ioh. Fabro reſpondere contra Dd. hanc ſententiam, *ſolue quod debes.* eſſe nullam. Sed, vt poſtremum quod ſupereſt ad hunc §. addamus, quinam ſunt illi caſus, quibus etiam valet & ſuſtinetur incerta ſententia, id eſt, in quam certa res aut qualitas non eſt deducta. Gloſſ. hic refert petitionem hæreditatis, itemque actiones quibus homo in genere, aut quibus plura alternatiue petuntur: electio enim nec per ſententiã debitori adimĩ debet. Quod autem Accurſ. addit actionem noxalem, merito ab Interpp. reprehenditur, quoniam facultas dedendi noxæ eſt à Lege. *l. miles 6. §. 1. de re iudic.*

TEXTVS.

29. Si quis agens intentione ſua plus cõplexus fuerit, quam ad eum pertineat, cauſa cadebat, id eſt, rem amittebat: nec facile reſtituebatur in integrum à prętore, niſi minor erat vigintiquinque annis: Huic enim ſicut in cauſis aliis, cauſa cognita ſuccurrebatur, ſi lapſus iuuentute fuerat: ita & in cauſa hac ſuccurri ſolitum erat. Sane ſi tam magna cauſa iuſti erroris interueniebat, vt etiam conſtantiſſimus quiſque poſſet labi, etiam maiori 25. annis ſuccurrebatur: veluti ſi quis totum legatum petierit, poſt deinde codicilli fuerint prolati, quibus aut pars legati adempta ſit, aut quibuſdam aliis legata ſint: quæ efficiebant,

ciebant, vt plus petiiſſe videretur petitor quam quadrantem: atque ideo lege Falcidia legata minuebantur.

COMMENTARIVS.

IN §. *preced.* monuit Iuſtinianus iudicem, quomodo ſententia ferenda, hic informat actorem (eo enim id pertinet) quomodo actio inſtituenda & libellus formandus ſit. Et principale eſt, vt petatur quod debetur & quomodo debetur: & non plus quam debetur, nec aliud, quam debetur, nec ex falſa cauſa. In quibus conſiſtunt errata petitionis & libelli, quorum tamen non idem eſt periculum & quaſi pœna, nec eadem iure veteri & nouo vbique ratio. Et ait Iuſtin. *in pr. h.* §. Si quis plus petierit eum cauſa cecidiſſe, quod, ſimul & rationem eius rei ad §. *ſeq.* exponemus. Hæc ratio iuris erat, vt cauſa caderet: à qua aliquando diſcedebat prætor: non equidem directo vt ius hoc mutaret, ſed vt in cauſis ſingularibus aliquando læſis ſuccurreret, & eos in integrum reſtitueret, idque tum ob perſonæ, tum ob cauſæ & erroris qualitatem. Illud ſi minor eſſet, qui plus petierat, cui actionem ipſo iure amiſſam reſtituebat prætor *h.* §. *verſ. niſi minor*, vbi etiam redditur cauſa Hoc, ſi iuſtiſſimus fuerit error, vel iuſtiſſima errandi cauſa, propter quam ſcire non potuit actor quantum ſibi deberetur, & ſimul iuſtiſſimam habuit cauſam credendi tantum ſibi deberi, quantum petiuit, quod illuſtrat exemplo ſatis perſpicuo *in fin.* §. ſi cui teſtamento legata ſint centum, & codicillis adempta viginti: Si needum productis codicillis ex teſtamento centum petat, ignoſci tam iuſto errori debet. Idem eſt ſi ignorans pluribus eſſe legatum & vltra dodrantem, legatum integrum petierit, quod per L. Falcidiam erat imminuendum, imo ipſo iure minutum, (de quo alibi) vt etiam hic locus probat, cæteroquin non diceretur plus petere legatarius: quæ cum ratio ſit plus petitionis, propterea rectius *in fin.* §. pro *atque ideo*. legeretur, *ideo quod*, idque Hotoman. hic obſeruauit. Faciliorem hic Claudium fuiſſe ſcribit *Sueton. cap.* 14. Iis, inquit, qui apud priuatos iudices, plus petendo, formula excidiſſent, reſtituit actiones.

TEXTVS.

30. Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco & cauſa. Re, veluti ſi quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit: aut is cuius ex parte res eſt, totam eam vel maiorem partem ſuam eſſe intenderit. Tempore: veluti ſi quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius ſoluit, quam ſoluere deberet, minus ſoluere intelligitur: eadem ratione qui præmature petit plus petere videtur. Loco plus petitur: veluti cum quis id quod certo loco ſibi dari ſtipulatus eſt, petit loco alio, ſine commemoratione illius loci in quo ſibi dari ſtipulatus eſt: verbi gratia, ſi is qui ita ſtipulatus fuerit, Epheſi dare ſpondes? Romæ pure intendat, ſibi dari oportere. Ideo autem intelligitur plus petere: quia vtilitatem, quam haberet promiſſor, ſi Epheſi ſolueret, adimit ei pura intentione, propter quam cauſam alio loco petenti proponitur arbitraria actio in qua ſcilicet ratio habetur vtilitatis, quæ promiſſori fuiſſet competitura, ſi illo loco ſolueret, quo ſe ſoluturum ſpopondit. Quæ vtilitas plerumque in mercibus maxima inuenitur, veluti frumento, vino, oleo, quæ diuerſa per ſingulas regiones habent pretia. Sed & numeratæ pecuniæ non omnibus regionibus ſub eiſdem vſuris fœnerantur. Si tamen Epheſi quis petat, id eſt, eo loco petat, quo vt ſibi detur,

tur, ſtipulatus eſt, pura actione recte agit, idque etiam prætor monſtrat, ſcilicet quia ſalua eſt promiſſori ſoluendi vtilitas. Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus eſt is, qui cauſa plus petit: vt ecce ſi quis ita à te ſtipuletur: hominem Stichum aut decem aureos dare ſpondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum, vel decem aureos tantum. Ideo autem intelligitur plus petere, quia in eo genere ſtipulationis, promiſſoris eſt electio, vtrum pecuniam, an hominem ſoluere malit: qui igitur pecuniam tantum, vel tantum hominem, ſibi dari oportere, intendit, electionem eripit aduerſario: & eo modo ſuam conditionem quidem meliorem facit, aduerſarii vero ſui deteriorem. Qua de cauſa in ea re talis prodita eſt actio, vt quis intendat, hominem Stichum aut decem aureos ſibi dari oportere, vt eodem modo peteret, quo ſtipulatus eſt. Præterea ſi quis hominem generaliter ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Stichum petat: aut generaliter vinum ſtipulatus ſit, & ſpecialiter petat Cāpanum: aut generaliter purpuram ſtipulatus ſit, deinde petat ſpecialiter Tyriam, plus petere intelligitur: quia electionem aduerſario tollit, cui liberum fuit ſtipulationis iure aliud ſoluere, quam quod peteretur. Quin etiam licet viliſſimum ſit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia ſæpe accidit, vt promiſſori facilius ſit ſoluere illud, quod maioris pretii eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Quare plus petens, olim cauſa ceciderit.*
2 *An incidat in pœnam plus petit. qui pendente conditione agit.*
3 *Ad* l.vn. in fin. Quand. dies vſusfr. leg. ced.
4 *Explicatus locus Ciceronis de plurpetitione.*
5 *Lapſus Theophili.*

HÆc coniungere viſum fuit, quæ continent quatuor ſpecies eius quod plus dicitur, nec difficilis eſt hæc tractatio, modo cauſam intelligamus ob quam olim qui plus petebat, † cauſa cadebat, & rem amittebat, 1 *vt §. præc.* tradidit Iuſtinianus: etenim in omnibus ſpecieb⁹ plus petitionis id ita obtinuiſſe dubitandum non eſt, v. c. ſi quis petiiſſet à prætore actionem ex mutuo pro centum florenis, quos Titius ſibi deberet, formulā prætor ita cōcipiebat: Si paret Titium debere cētum, iudex condemna. Si poſtea iudici pedaneo approbaſſet Titius non ſe centum, ſed tantum LXXX. debere, iudex cogebatur Titium abſoluere, qui contra iterum inſtitutam actionē defendebatur rei iudicatæ exceptione: neq; ſcrupuloſitas formularum admiſit, quod in aliis terminis ſcribitur *in l.1. §.4. de V. O.* in maiori ſumma & minorem ineſſe, vt adeo qui centum petiit, etiam octuaginta petiiſſe intelligeretur. Sed ſane illa quoque petiit, & ſi centum ſibi adiudicentur, etiam LXXX. habebit, ſed quia plus petiit rigida ratio facit, vt nihil conſequatur. Eodem modo, ſi iuxta petitionem actoris formulā ita dediſſet prætor, ſi paret Titiū Calendis Maiis debere centum: & Reus iudici approbaſſet, ſe debere ca demum Calendis Auguſti, abſoluendus per iudicem erat. Eademque in reliquis duabus ſpeciebus plus petitionis ratio eſt; neq; plura addo, quod plenius de his *& ad Treutl. part 1. diſp. 4. th. 13. & in Tract. de Action. diſp. 1. th. 4. & ſeqq.* explicaui. Saltem verba huius textus perluſtremus.

Re, tempore.] Re plus petere accipitur in ſpecie, vt cæteris recte opponatur: cætero-

quin latius accepto verbo incipit id in cæteras quoque ſpecies, vt reapſe quantitate plus petatur.

Ante diem vel conditionem.] Equidem ſi ante
2 dum plus petitur, † videtur etiam plus peti, ante conditionem, cum hoc caſu nec nata quidem ſit actio, & necdum ceſſerit dies, ſed enim hæc ipſa ratio facit, vt reuera plus petere non videatur, cui necdum quidquam debetur, ſed tantum ſpes eſt debitum iri, & necdum obligatio nata ſit, vt dictum ſup. *in §. ſub conditione de verb. oblig.* Et omnino hoc, de conditione incaute videtur & male huc adiectum eſſe, & eum qui ante conditionem petebat, cauſa tota non cecidiſſe nec rem amiſiſſe, & conditione poſtea exiſtente recte iterum agere potuiſſe. Ratio enim, cur rem amitteret, qui plus petiiſſet, hæc erat, vt diximus, quod Reus abſoluebatur, & iterum agenti rei iudicatæ exceptio obſtabat: quam tum demum obſtare conſtat, vbi actio eadem quæ ante, in iudicium inducitur. Atqui qui ante conditionem agit, cum necdum quidquam debeatur, nihil etiam in iudicium deducit, itaque nec poſt exiſtente conditione ſi agat, exceptione rei iudicatæ repelli poteſt. Et omnino liquidum eſt, eum amiſiſſe rem & cauſam, qui MALE egerat, & actionem ipſo iure ſibi competentem vitioſe inſtituerat. Atquin qui ante conditionem agit, non male agere, ſed nihil & nulliter agere
3 dicitur: idque confirmat elegans locus *in* † *l. vn. in fin. Quand. dies vſuſfr. leg. ced.* Nimirum alia legata vel aliorum legatorum dies ſtatim cedit à morte teſtatoris, etiam ante aditam hæreditatem: ſecus eſt in vſufructu legato, qui cum perſonalis ſit nec tranſeat in heredem legatarii, eius dies non ſtatim, ſed demum ab adita hæreditate cedit *l. 2. & 3. Quand. dies leg. ced.* Ex quo *in d. l. vn. §. vlt.* infert ICtus, ſi is cui vſusfructus legatus eſt, ante aditam hæreditatem, & ita antequam dies eſſent, agat, eum nihil agere: quoniam necdum nata actio eſt, quæ naſcitur demum vbi ceſſit dies *l. cedere 213. de verb. ſign.* & ſubiicit, *quamuis al[illegible] qui ante diem agit, male agat.* Quibus verbis continetur ratio dubitandi, quod regulariter qui ante diem agat, non nihil agat, ſed male agat, ſed ratio decidendi eſt, quod vt iam dixi, in obligationibus in diem ita ſe res habet, vt nata ſit actio, & ceſſerit dies *d. l. 213. de verb. ſignif.* ideoque qui ante agit, actionem quidem in iudicium deducit, ſed quia id ante tempus agit, male agit, & rem amittit. Atquin vſufructu legato, ante aditam hæreditatem, necdum ceſſit dies, nec adeo cum actio nata non ſit, qui agit, male agere, ſed nihil agere dicitur. Quæ cum perſpicua ſint, & aperte Iuriſconſultus ibi *nihil agere* & *male agere* inter ſe opponat, apparet omnino male à Goth. ibi particulam *quamuis* pro *quoniam* explicari: quo modo & ſententia Iuriſconſulti, & elegantia eius loci pleniſſime corrumpitur. Recte vero Accurſ. ibi hoc notauit, quod qui ante aditam hæred. vſumfructum petit, nihil agat, quia ipſo iure nullam habeat actionem: cum autem qui alias ante diem agit, habere quidem ipſo iure actionem, ſed quæ repellatur per exceptionem.

Hæc dicenda fuerunt, vt intelligeremus, incaute & male id de conditione inſertum fuiſſe. Nec ſatisfacit, imo inſubtile eſt, quod Hottoman. affert, etiam hanc temeritatem actoris qui ante conditionem agit, coercendam fuiſſe. Etenim eſt & ea coercenda, ſed adæquatis modis, de quibus *infra de pœn. tem. litig.* Atquin vt hoc modo coerceatur per amiſſionem actionis, ratio iuris non patitur. Apparet autem ex iam dictis, quam egregie, ignorantia iuris veteris labantur Interpp. qui ſcribunt exceptionem plus petitionis fuiſſe proponendam ante litis conteſtationem. Etenim ex ratione veteris iuris litis conteſtatio etiamnum in iure apud prætorem fiebat, antequam ad iudicem pedaneum iretur. Atquin, vt oſtendimus, ratio eius rei, cur actor qui plus petierat, cauſa caderet, in hoc vnico poſita erat, quod iudex pedaneus, poſtea deprehendebat, allegante id apud

eum

cum Reo, aut non tantum, aut non iam debere reum, vt in formula comprehenſum erat, neceſſe habebat abſoluere reum. Quod ſi actor cognito errore, vel reus apud prætorem allegaſſet non tantum debere, vel nec dum deberi, & hoc formulæ inſertum fuiſſet, liberatus erat actor à periculo plus petitionis. Idque euidenter & eleganter oſtendit *Cicero 1.*
4 *de oratore* † quem locum, quia ad hanc rem illuſtrandum mire facit, exſcribere & explicare plenius non pigebit. Poteſne, inquit, eos oratores putare, quos ridens & ſtomachans expectauit Scæuola, cum Hypſæus maxima voce plurimis verbis à M. Craſſo prætore contenderet, vt ei quem defendebat, cauſa cadere liceret. Hæc Cicero. Nimirum non ita bardus Hypſeus ille erat, vt expreſſe id contenderit, ſed effectum rei reſpicit Cicero, quod Hypſeus nomine actoris (nam & qui huic adeſt, defendere dicitur) plus peteret, quam per LL. licebat: id enim mox ipſe ita explicat Cicero, defuit, inquit, illis iuris ciuilis prudentia, quod alter (Hypſeus nempe) plus, lege agendo petebat, quam quantum Lex in XII. Tabb. permiſerat, quod cum impetraſſet, cauſa caderet. Ait, *cum alter* (nam alterum adiunxerat exemplum, imperiti patroni) qui cum Reo ex cauſa tutelæ in ius vocato, adeſſet, longa oratione, (ſunt verba Ciceronis) recuſauit, ne is pro quo ipſe diceret, turpi tutelæ iudicio, atq; omni moleſtia ſtultitia aduerſarii liberetur. Scilicet idem hic locus eſt, & itidem effectum reſpexit Cicero: neque enim palam patronus Rei petiit, vt ne actor cauſa caderet, & ita ne cliens ipſius liberaretur, ſed cum actor plus petiiſſet, patronus Rei imperitia iuris lapſus, cõtendit apud prætorem plus peti, & ita effecit, vt ne in plus formula conciperetur, & ita ne in pœnam plus petitionis actor caderet: ſtatim enim Cicero ſubiicit: alter iniquum putabat, plus ſecum agi quam eſſet in actione, neque intelligebat, ſi ita eſſet actum, litem aduerſarium perditurum. Qui locus ad hæc quoque notandus eſt, quod probat contra Hotom. euidenter iudicio quoque bonæ fidei, cuiuſmodi eſt iudicium tutelæ, plus peti poſſe. Hæc de eo quod plus petitur quantitate apud Ciceronem. Eſt apud eundem eodem loco exemplũ de eo quod plus tempore petitur, in qua re alterius aduocati ſtultitiam irridet. Homo inquit, ex numero diſertorum, poſtulabat, vt illi, vnde peteretur (qui ſcil. ante diem conuentus erat) vetus atque vſitata exceptio daretur, *cuius pecuniæ dies veniſſet*, quod petitionis cauſa comparatum eſſe non intelligebat, vt ſi ille inficiator probaſſet iudici (ſcilicet pedaneo qui accepta formula cognoſcebat) ante petitam eſſe pecuniam, quam eſſet cœpta deberi, (effectu ſcilicet, nam ante diem pecuniam ipſo iure debitam eſſe, ſed necdum recte peti conſtat) petitor rurſus cum peteret, ne exceptione excluderetur, quod ea res ante in iudicium non veniſſet, vt recte legitur, & male alii expungunt negationem: dum non intelligunt, Ciceronem reſpicere ad formam excipiendi, per modum conditionis, *ſi paret reum dare oportere niſi pactum ſit*, vel, *ſi non pactum ſit condemna*. Ad hunc modum concipiebatur exceptio rei iudicatæ: *Si paret reum dare oportere, ſi non prius ea res in iudicium venit*, condemna. Ex quo fiebat, vt ſi citra illam clauſulam actor petiiſſet ante diem, reo abſoluto, poſt iterum petens, exceptione rei iud. ſubmoueretur, quæ ratio, ob quam plus petens cauſa cadebat, ex iſto Ciceronis loco aperte comprobatur.

Loco plus petitur.] Qui promiſit ſe certo loco ſoluturum alio loco ipſo iure non poteſt conueniri, quia hanc formam ſtipulatio accepit, vt notauimus *ſup. ad §. præterea h t.* Et, ſi eo in loco agatur, actio pura & directa eſt, vt mox ſcribit Iuſtin. hic *in verſ. ſi quis tamen*, ſed accidit vt reus in locum illum venire impediatur, poteſt etiam fieri vt malitioſe defugiat locum: itaque ne pereat ſtipulanti actio, permiſit prætor alibi agere, ſed cum commemoratione loci, & vt permittatur arbitrio iudicis, quantũ intereſt rei, in loco adiecto pecuniam ſoluiſſe, ob quod arbitraria actio appellatur, *d. §. præterea. & h. text. verſ. propter*. Quod ſi

Digitized by Google

TEXTVS.

31\. Sed hæc quidem ante in vſu fuerant: poſtea vero Lex Zenonis & noſtra rē coarctauit. Et ſiquidem tempore plus fuerit petitum, quid ſtatui oporteat Zenonis diuæ memoriæ loquitur cōſtitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, ſi quod forte damnum ex cauſa hac acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commiſſa tripli condemnatione, ſicut ſupra diximus, puniatur.

COMMENTARIVS.

Diximus cauſam, ob quam plus petens cauſa olim cadebat, fuiſſe à ratione formulæ quam dabat prætor, & quam iudex quo ad rem, aut ſummam petitam, vel modum ſequi neceſſe habebat, & ſi deprehendebat actorem in eo peccaſſe, abſoluere reū. Itaque mutata ea ratione procedendi, non immerito pœna plus petitionis ceſſauit. Et fuit tamen hæc ratio mera iuris ſubtilis & poſitiui. Ceteroquin potuiſſet etiam ſalua actione, quam actor male inſtituit, reus ab inſtantia abſolui, ſtante illa ratione procedendi. Et rurſus ſublata quoq; ea, potuit diſponi, vt qui plus petierat cauſa caderet. Et ſane id fateri oportebit, ſi vſque ad Zenonem ea pœna plus petitionis durauit; quoniam iam longe ante Zenonis tempora deſierunt iudices cum formulis iſtis veterib. dari, ſalua tamen manente pœna iuris veteris ſuper plus petitione. Diſplicuiſſe id Zenoni & mutatum fuiſſe ſi quis plus tempore petijſſet, docet *hic §. & §. temporales 10. infr. de exceptionibus & l. 2. Codic. de plus petit.* (quæ tamen à Neotericis demum reſtituta eſt, de qua Cuiac. 12. *obſ.* 21.) Quæ Zenonis conſtitutio non extat; nam quæ ſub eius nomine exſtat in nouis editionibus, in *l. 1. Cod. de plus petit.* epitome tantum eſt, quam ex Baſilicis eruit Cuiacius 12. *obſ.* 21. Mirum autem ſit, ſi pœnam veterem plus petitionis in ſtatu ſuo reliquit, ſi quis plus re, loco, aut cauſa petijſſet, imo plane id improbabile eſt, vtcunque id affirmet Cuiacius d. loco. Minus enim videtur peccare, qui cauſa plus petit, quam qui tempore; & procul dubio nimis illa ſubtilis ratio iuris diſplicuit Zenoni, & pœna vetus amiſſionis cauſæ, æquo grauior ei viſa fuit; vt veroſimile ſit, pœnam plus petitionis in totum per eam abrogatam fuiſſe: quamuis ſane alio vocet, quod Iuſtin. dum hac de re tractat, tantum meminit plus petitionis tēpore; quod ego quidem in mediū relinquo, cum nihil certi affirmare poſſim. De pœna tripli in ſportulis ſi actor plus petierit, vt reus maiores ſportulas ſoluere cogeretur, dictum eſt in *§. tripli ſup. h. t.* vbi diximus id procedere, vbi ſciens prudens id egit actor; vt hic quoq; mitius cum eo agi appareat; nam olim etiam erroris hanc pœnam fuiſſe, vt actor cauſa caderet, quæ hactenus diximus, euidenter oſtendunt. Hic autem §. docet, non tātum pro ſportulis eſſe eam in triplum actionem, ſed pro omni damno, quod reus paſſus eſt, ob vitioſam petitionem: nec tantum ſi plus Re petitum fuerit, ſed etiam, ſi loco & cauſa. Quod ſi pœnam illam tripli reſtringimus ad fraudulentam petitionem, illud vtiq; admittendum erit, quod qui citra dolum id fecit, ad ſimplum reſtituendum teneatur. De pœna eius, qui plus petijt, ex conſtitutione Zenonis, pluribus tractat Iuſtin. in *d. §. 10. infr. de exceptionib.*

TEXTVS.

32\. Si minus intentione ſua complexus actor fuerit, quam ad eum pertineat: veluti ſi cum ei decem aurei deberentur, quinq; ſibi dari oportere intenderit: aut ſi cum totus fundus eius eſſet, partem dimidiam ſuam eſſe petierit: ſine periculo agit; in reliquum n. nihilominus iudex aduerſarium codē iu-

dicio ei condemnat, ex diuæ memoriæ Zenonis conſtitutione. Si quis aliud pro alio intenderit, eum nihil periclitari placet, ſed in eodem iudicio cognita veritate errorem ſuum corrigere ei permittitur, veluti ſi is, qui hominem Stichum petere debebat, Erotem petierit, aut ſi quis ex teſtamento dari ſibi oportere intenderit, quod debebatur ex ſtipulatu.

Commentarivs.

1 *Quomodo* eodem *iudi.io poßit condemnari reus iuxta hunc* §.

QVod minus peti dixerat mox explicat tãtum de eo, qui minus re vel quantitate petit; quod exempli quidem cauſa tantum dictũ accipi poſſit; ſed reuera ita eſt, vt hæc vna ſit ſpecies minus petitionis. Nam nec loco nec cauſa minus peti poteſt; & licet, qui poſt tempus elapſum petit, eo reſpectu minus peti videri poſſit, quod ſi ante & ſuo tempore petijſſet, commodum & vtilitatem ex re ſoluta percipere potuiſſet, tamen eo reſpectu non cenſetur petiiſſe minus, vt amplius petere poſſit; Vtique quo ad ipſum illud quod debetur; Ceteroquin ſane ex mora debentur vſuræ, itaq; ſicut qui tardius ſoluit tenetur ad vſuras, ita &, qui tardius petit, conſequitur vſuras; petere enim hic intelligimus, inſtituto iudicio petere, mora autem per interpellationem quoque extraiudicialem contrahitur: ſed & aliquot ſunt caſus, quibus citra interpellationem ex Re, & ſolo tempore tardæ ſolutionis mora contrahitur; & vſuræ debentur. Sed vt de caſu huius §. agamus liquidum id eſt, ſine periculo minus peti; nam & cuilibet liberum eſt, actionem diuidere, & partem petere ſalua actione quo ad alteram partem; idemque eſt, ſi per errorem partem tantum petierit; ceſſat enim hic ratio, quæ inducebat effectum eum, vt plus petens cauſa caderet; quia vt maxime, quo ad eam partem abſolutus fuiſſet reus, aliam tamen partem petenti actori, non poterat obſtare exceptio rei iudicatæ, cui locus non eſt, niſi vbi idem in iudicium deducatur. Sed illud obſeruandum, quod ait Iuſtinianus, quod licet †quis minus petierit, vid. per errorem, tamen 1
iudex aduerſarium condemnet in ſolidum *eodem* iudicio, Cum enim iudex non poſſit diuinare, præſupponi vtiq; oportet, quod actor cognito errore totum ſibi adiudicari petierit & ita petitionem libellumq; mutauerit. Hac in re vulgo Dd. laborant, quib. communiſſime placuit, poſt litem conteſtatam libellum in eſſentialibus (eſſentialis autem pars eſt libelli res ipſa petita) mutari non poſſe. Itaque aliqui ad tempus litis necdum conteſtatę hunc §. reſtringunt; (quod non patitur generalitas textus) alij cum Accurſio *eodem iudicio* explicant, vt ſit, coram eodem iudice, eodemq; actore & Reo. Et nimirum illud certum eſt iure veteri cum adhuc darentur iudices, coram eodem iudice iſtam mutationem fieri non potuiſſe: nec iudicem ita datum, *ſi paret Caium decem debere, condemna*: in viginti cõdemnare potuiſſe; Sed nouo iudicio & noua interpellatione & formula pro reſiduis decem opus fuiſſe, ex certiſſima ratione, quod iudex extra formulam non poterat iudicare, & per textum in *l. non poteſt* 23. *de iudic.* Idque & magis in ſpecie ſeq. ſi quis aliud pro alio, & ex falſa cauſa petijſſet; nam & res petita, & cauſa petendi formulæ inſerebatur. Id poſtea mutato iure veteri, poſtquam ipſi magiſtratus ceperunt iudicare, & ipſum non immerito ſublatum fuit, & per quandam conſequentiam; quorſum enim opus ſit noua interpellatione ſpeciali, cum hic ipſe magiſtratus, qui aditus eſt ſuper parte, neceſſario & ipſe de altera parte iudicare debeat. Sed illud ſaltem dubium eſt; quomodo poſſit cenſeri idem iudicium, vbi noua eſt petitio, & res alia & conſequenter alia quoque litis conteſtatio: (Etenim haud dubie ſententia eſt huius §. quod etiam poſt litis conteſtationem error mutari poſſit) quæ dubitatio augetur, in caſu, qui ſequitur *h. textu*, ſi quis aliud pro alio

alio petierit, vel ex falſa cauſa, poſſe eum eodem iudicio errorem mutare. Vtique enim vbi quis petiit hominem, poſtea bouem petit, aut pecuniam, noua reſponſione rei opus eſt, & contradictione. Iuſtinianus hoc acceptum refert conſtitutioni Zenonis, ex qua, niſi periiſſet, certius hac de re ſtatuere poſſemus: haud dubie ſane hanc poteſtatem Legislator iudici facere poteſt: Sed mutare naturam rerum non poteſt, ſi rem ſubtilius tractamus, ſi, quod res ipſa loquitur ex noua litis conteſtatione & noua petitione, iudicium proprie acceptum variari & mutari dicimus; quoniam ex his quoque conſtituitur iudicium, &, ſi haud dubie reuera noua petitio eſt, vbi quis pro Sticho petito iam equum petit, aut aliam cauſam petendi proponit, &c. fieri non poteſt, vt idem omnino ſit & moneat iudicium. Sed nimirum paulo latius verba *eodem iudicio* accepit Iuſtinianus, & quoniam citra interruptionem eadem tractatio continuatur, & petitio itemque contradictio ſecuta in locum præcedentis ſubrogantur, eodem iudicio id fieri non male dixit. Et ita ſi ſubtiliter conſideramus identitatem, vel duplicitatem iudicij, vera eſt Dd. ſententia, quod poſt litem cont. ſaluo eodem iudicio libellus mutari non poſſit. Sed falluntur, ſi dimittendum & de nouo citandum reum arbitrantur: id tamen forte ei petenti dandum eſt, vt à priori petitione abſoluatur; quod tamen minime neceſſarium crediderim.

Explicatio autem Accurſij, paulo ante relata, *eodem iudicio*, pro, *eodem iudice* huic loco accommodari non poteſt, quoniam ait Iuſtinian. quod iudex aduerſarium eodem iudicio condemnet; & non tantum, quod iudex idem eſt, ſed & alia faciunt, vt eodem iudicio res peragi videatur. Videntur inſuper duo noui *h. textu* notandi. Primus, quod Iuſtin. cum dixiſſet, eum, qui minus petat, ſine periculo agere, ſubiicit pro ratione, *in reliquum enim, &c.* Verum ſane eſt eum agere ſine periculo, qui eodem iudicio conſequitur, vt Reus in ſolidum condemnetur. Sed hæc non eſt vera ratio, cur, qui minus petit, ſine periculo agat: Sed hæc, tum quod quilibet actionem diuidere poſſit; tum quod aliam partem petens, non poſſit repelli per exceptionem rei iudicatæ.

Alter næuus eſt in *verſ. ſeq.* Quod Iuſtinian. proponit de eo, qui aliud pro alio petit, & eius duo exempla ſubiicit, ſi quis pro Sticho petierit Erotem; & ſi quis ex teſtamento petierit, quod debebatur ex ſtipulatu. Neque enim hoc caſu aliud pro alio, ſed idem ex alia cauſa petitur: veluti ſi quis ex teſtamento tamquam ſibi legatum petat Stichum, quem ſtipulatus erat ſibi dari. Vidit hoc Theophilus, qui (nimirum vt iuuaret Iuſtinianum) τὸ (ait) aliud pro alio, *ἁμαρτάνεται τρόποις δύο, ἢ πράγματι ἢ αἰτίᾳ.* In petitione alterius pro alio, dupliciter peccari Re & cauſa, ſed hæc enim ingens abuſio eſt, vt vbi res eadem ex alia cauſa petitur, aliud pro alio peti dicamus. Ego crediderim Iuſtinianum in *princ. verſ. ſiue §. ſi quis aliud.* minus ſcripſiſſe quam ſenſiſſe, & ſubintelligendum, vel ſupplendum, *ſi quis aliud pro alio, vel ex alia cauſa, &c.* Etenim his quoque caſibus iure veteri ſine periculo agebatur, & peccabatur; quoniam agenti poſt ex noua cauſa, aut aliud petenti non poterat obſtare exceptio rei iudicatæ: ſed tamen, vt ſupra monuimus, alia petitione alioque iudicio opus erat. Peccabatur nimirum ſine periculo plus petitionis; nam impenſas quas Reus ob vitioſam petitionem facere coactus erat, ipſi hic quoque refundendas fuiſſe, extra controuerſiam eſt.

TEXTVS.

33. Sunt præterea quædam actiones, quibus non ſemper ſolidum, quod nobis debetur, perſequimur, ſed modo ſolidum perſequimur, modo minus; vt ecce ſi in peculiũ filij ſeruiue agamus. Nam ſi in peculio non minus ſit, quã perſequimur, in ſolidũ dominus pater-

teruę condemnatur; ſi vero minus inueniatur, eatenus condemnat iudex, quatenus in peculio ſit. Quemadmodum autem peculium debeat intelligi, ſuo ordine proponemus.

COMMENTARIVS.

OCcaſione ea, quod paulo ante de eo actum eſt, qui minus petit, ſubiectum fere putant Interpp. eſſe quaſdam actiones, quibus minus perſequimur, ita, vt maxime velimus, ſolidum conſequi non valeamus. Quod videtur nimis affectatum, & alienum à mente Iuſtiniani; qui imo occaſione ea, quod dixerat de eo, qui plùs petat, eum olim cauſam amiſiſſe, & hodie in triplum damni, quod Reo dedit, condemnari, ſubiecit, eum, qui minus petit, extra periculum eſſe, & ab iſtis pœnis immunem. Forte quis dixerit, redire hic Iuſtinianum ad tractatum, quem in §. *curare & ſeqq.* interruperat, & vnam adhuc proponere diuiſionem. Tota quippe huius tit. tractatio abſoluitur in proponendis diuiſionibus actionum, iiſque per exempla breuiter illuſtrandis.

Et ergo quibuſdam actionibus ſolidum conſequimur, quibuſdam non conſequimur: rectius enim forte hic eſt, verbum *conſequimur* quam *perſequimur*. Etenim ipſo iure licet ſit reus obligatus, & ita actio in ſolidum moueri ipſo iure poſſit, tamen condemnatio non fit in ſolidum, vt in §. *ſeq.* loquitur Iuſtinian. nec dubium eſt eos, qui exceptionem competentiæ habent, vt loquuntur, de quibus in *ſeqq.* ipſo iure in ſolidum teneri, cum, vt maxime in minus condemnati ſint, in reſiduum tamē ſalua maneat contra eos actio. In prima tamen ſpecie, quæ hoc §. proponitur, actionis de peculio, ſecus ſe habet; quę ſua natura tantum datur, quatenus eſt in peculio; cuius rei rationem dedimus in §. *actiones* 10. *ſup. h. t. & agemus pluribus infr. tit. ſeq.*

TEXTVS.

37. Item ſi de dote, iudicio mulier agat, placet eatenus condemnari debere maritum, quatenus facere poſſit; id eſt, quatenus patiuntur eius facultates. Itaque ſi dotis quantitati facultates eius concurrant, in ſolidum damnatur; ſi minus, in tantum quantum facere poteſt; propter retentionem quoq; dotis repetitio minuitur. Nam ob impenſas in res dotales factas, marito quaſi retentio cōceſſa eſt, quia neceſſariis ſumptibus ipſo iure dos minuitur, ſicut ex latioribus Digeſt. libris cognoſcere licet.

COMMENTARIVS.

1 *Beneficium marito conceſſum an pacto tolli poſſit.*
2 *An competat hæredibus.*
3 *In quo beneficium competentiæ conſiſtat, & quæ eius vtilitas.*
4 *Retentionis ius quid differat à iure compenſandi.*

PLures ſunt cauſæ ex quibus non in ſolidum conſequimur quod nobis debetur. Et poſſint ſtatui generales duo; vna ex natura actionis, quæ ita data & comparata iure eſt, vt in ſolidum non detur. Altera vbi actio in ſolidum quidem ipſo iure datur, ſed accidit exceptione oppoſita, vt in minus condemnetur actor. Hæc ſpecies rurſus abit in plures. Vna eſt, cum ob perſonam ſolam Rei conuenti, condemnatio ſequitur in minus, quam debetur, quæ vulgo exceptio dicitur competentiæ, quæ facit, vt condemnetur Reus in quantum facere poteſt. Hæc exceptio iterum Reis indulgetur non vna ex cauſa. Et videtur principalis eſſe à reuerentia perſo-

Digitized by Google

perſonæ: Hinc eſt, quod maritus de dote reſtituenda conuentus ab vxore, tantum condemnatur, quantum poteſt facere, quod in *pr. huius §.* traditur; cum quo coniungendum fuiſſet, quod in *§. ſeq. & §. vlt.* de alijs perſonis quæ eodem modo condemnantur, tractatur.
1 In marito † autem id procedit adeo, vt nec pacto hoc ei beneficium adimi poſſit, quoniam hæc conuentio reuerentiæ quam vxor ipſi debet, & proinde moribus bonis aduerſari creditur, *l. alia 14. §. 1. ſolut. matrim.* cui tamen aduerſari videtur text. in *l. vn. §. cum autem 7. C. de rei vxor. act.* per argumentum à contrario ſenſu, illis verbis, *nullo pacto adhibito*: nec aliter reſponderi, & ab errore liberari Tribonianus poteſt, quam vt illa verba cum Accurſio, ad modum & tempus exigendæ dotis, referamus; de qua re ibid. quoq; tractatur, quamuis non deſint, qui pactum hoc valere putent, ſi ſoluto matrimonio fuerit interpoſitum, quos *v. citatos à Iaſone hic n. 7.* Hoc autem
2 beneficium marito † ſoli competit, nō etiam hæredibus eius (quod & in aliis perſonis obtinet *l. ſciendum 25. de re iudicat.*) *l. maritum 12. l. vi 15. § 1. ſolut. matrim.* vbi lapſus eſt Gothofr. qui diſtinguit inter hæredem ſuum & extraneum propter *l. etiam 18. in pr. ſolut. matrim.* nec animaduertit ibi agi de eo hærede mariti, qui ſimul eſt filius vxoris quæ repetit dotem; nec intererit, an hic ſit emancipatus, necne, modo filius ſit communis; & ex aduerſo, non proderit eſſe ſuum hæredem ſi ex alia vxore natus ſit. Sed in quo conſiſtit tandē hoc
3 † beneficium, quod quis non condemnatur in ſolidum, ſed tantum in quantum facere poteſt? Videtur n. hoc commune eſſe omnibus debitoribus, qui vtiq; vltra quam poſſunt & eſt in bonis, non poſſunt exigi. Ecquid n. prodeſt condemnari in ſolidum debitorem, ſi ob paupertatem ſolidum actor conſequi nequit. Etenim tantum quē facere poſſe, qua facultates ipſius patent, ex hoc §. apparet; quo Iuſtin. ait, ſi dotis quantitati concurrant facultates mariti, in ſolidum eum condemnari; tum ēt facit, ꝙ hoc ſoli donatori tributum eſt, vt ita exigatur ne egeat, ſed aliquid ei relinquatur *l. inter eos 19. §. 1. & l. & exhær. 49. de re iud.* Quid autē vltra ab extraneo debitore quis ſperare poſſit, quam qua facultates eius ſeſe extendunt? cum & hoc receptum ſit, vt non liberetur, qui exactus eſt, in quantum facere poteſt ſed in reſiduum maneat obligatus, ſi forte ad meliorem fortunam peruenerit. Si ius vetus reſpicimus, quo debitores, qui ſoluendo non erant, nectebantur creditoribus & ijs quaſi in ſeruitutem addicebantur, magnus apparet huius priuilegij effectus. Poſt L. Iuliam, quæ beneficium ceſſionis bonorum introduxit, hoc commodum eſt in iſto beneficio, quod nō coguntur hæ perſonæ cedere bonis, quod qui faciebant, licet iure infames vere non erant, tamen notam & quam infamiam facti appellant; non effugiebant; quin probabile eſt eorum qui bonis ceſſiſſent, publice bona diſtracta fuiſſe; quod quam fuerit ignominioſum, oratio *Cicer. pro Quintio* docet; non eſſe tamen vere notatum eum, qui bonis ceſſit, docent *l. debitores 11. Cod. ex quibus cauſ. inf. l. vltim. in pr. C. qui bon. ced. poſſ.* Et tamen ſugillationem & notam qualemcunque effugiſſe in lucro ponendum eſt. Sed & quod Iuſtin. hic ait, damnandum maritum, quatenus facultates eius patiuntur, pinguius & ita accipiendum eſt, vt tamen aliquid ei relinquatur ad alimenta neceſſaria. Generale enim eſſe puto, nec ad ſolum donatorem reſtringendum, quod eſt in *l. inter 19. inf. de re ind.* non totum extorquendum eſſe reo conuento, ſed ipſius rationem habendam ne egeat, quod in genere expreſſum eſt in *l. in condemn. 173 de R. I.* & notant comm. Interpp. hic cum ceteri debitores etiam vſq; ad peram & ſacculum, vt loquuntur, excutiantur; nec niſi miſericordiæ cauſa ipſis aliquid relinquatur *l. qui bonis 6. de ceſſ. bon.*

Propter retentionem quoque.] Multa hic quærenda & explicanda occurrunt. Et 1. an & quid differt † retentio à compenſatione, de 4
qua in §. pen. nominatim & ſeparatim agit, cū hoc loco tantum faciat mentionem retētionis. Deinde, quid ſit, minui repetitionem dotis; an mulier minus petere debeat, ipſo iure

imminuta actione, an per obiectam exceptionem minoris condemnetur maritus. Tertio cur dicat Iuſtinianus, marito conceſſam eſſe Quaſi retentionem. Et deniq; ob an ſumptus tantum & hos neceſſarios tantum repetitio dotis, vel condemnatio minuatur; cũ præſertim nos ad Pandectarum libros remittat. Vereor ne nimis ſimus religioſi an potius ſuperſtirioſi, dum ſingulorum etiam verborum rationes reddere, præſertim in textibus & reſpõſis, aut deciſionibus Triboniani, nimis anxie laboramus. Et ex Digeſtorum libris, videlicet *l. 5. de impenſ. in res dot. l. 56. §. 3. de iure dot.* diſcimus, quod per impenſas neceſſarias dos ipſo iure minuatur, adeo vt etiam fundus deſinat eſſe dotalis, ſi per partes tantum ſit impenſum quanti eſt ipſe fundus. Quod ſi ita eſt, cum, vel maxime ea proprie & κατ' ἐξοχὴν ſit compenſatio, quæ facit vt ipſo iure actio minuatur, & debitum contribuatur hinc inde, neceſſario ſequitur, quod ob neceſſarias impenſas compenſationi vel maxime ſit locus. Et videtur vero ille caſus huc non pertinere, nec ad hanc materiam, qua iuxta *hunc* §. minus per actionem conſequatur quis, quam ſibi debetur; ſiquidem ipſo iure minuto debito, minus eſt in actione, nec amplius totum debetur. Quod fere non obtinet, niſi vbi inuicem quantitates debentur; quem caſum & pecuniæ in dotem datæ, non tractare Iuſtinianum hoc loco, ex eo apparet, quod ſumptuum factorum meminit: & quamuis, vt diximus impenſę neceſſariæ vt fundus deſinat eſſe dotalis, efficere dicantur *d. l. 5. de impenſ. in res dot* id tamen non ſimpliciter nec ita procedere poteſt, vt nullo modo actioni de dote ſit locus, ſed officio & cognitione iudicis erit op⁹, ob incertam ſpecierum & corporum æſtimationem: & vtiq; vbi minus eſt impenſum, quã quanti fundus eſt, neceſſario ad iudicem perueniendum eſt, & tum retentione marito conſuli veriſſime dicitur, iuxta *d. l. 5.* vbi ICtus ait, maritum manere in detentione fundi dotalis, donec ipſi ſatisfiat. Et an forte ideo appellatur *quaſi retentio*, quod impenſæ neceſſariæ faciunt, vt ipſo iure minus debeat maritus, ſed qualitas rei debitæ facit, vt ius ſolum, citra iudicem effectum compenſationis inducere non poſſit. Itaque ſi totum fundum petat mulier, non cenſebitur male egiſſe, aut plus petijſſe; non vero ideo, quod in bonæ fidei iudicijs non ſit locus plus petitioni, vt erroris ſui memor ſcribit Hottom. hic. Et huic fini nos remiſiſſe Iuſtin. intelligendus eſt ad latiores Pandectarum libros, vt intelligeremus, quid iuris eſſet circa neceſſarias impenſas; nam quod ad vtiles attinet, ius vetus mutauit Iuſtin. in *l. vn. §. taceat 5. cum §. ſeq. C. de rei vx. act.* & retentionem ob eas marito negauit; qua de cauſa etiam neceſſariorum tantum ſumptuum h. §. meminiſſe videtur; aut forte propterea, quoniam ob vtiles impenſas non omnimodo marito, nec olim retentio dabatur, per *l. impenſæ 79. de V. S. & l. vtilium 8. de impenſ. in res dot.*

TEXTVS.

35. Sed & ſi quis cum parente ſuo patronoue agat, item ſi ſocius cum ſocio iudicio ſocietatis agat, non plus actor conſequitur, quam aduerſarius eius facere poteſt. Idem eſt, ſi quis ex donatione ſua conueniatur.

COMMENTARIVS.

1 *Socio an competat hoc beneficium.*
2 *An etiam patri.*

HOc connectendum erat cum *princ. §. præced. Idem, ſi de dote*; ſicut ob reuerentiam quam debet marito, vxor eum in ſolidum exigere non poteſt; ita ob eandem cauſam, pater patronuſue, à filio, aut liberto conuenti, non in ſolidum, ſed in quantum facere poſſunt, condemnantur, *l. ſunt, qui 16. inf. cum §. ſeq. de re iudicat.* Et ẽt addunt rationem Dd. ꝙ cum filius & libertus teneantur alere parentem & patronum, competat ipſis exceptio, dolo facis, qui petis, quod reſtituturus es. Hoc enim

enim præſtat id beneficium reo conuento, vt ei relinquatur aliquid ad alimenta neceſſaria; quæ cum patri teneatur præſtare filius, vtique non poterit ipſum excutere in ſolidũ. Eandem ex hac cauſa, ſtatuunt ex diuerſo rationem Dd. ſi filius v. c. emancipatus à patre conueniatur.*

Item ſi ſocius cum ſocio.] Hoc non ob reuerentiam,
1 quam alter † alteri debeat, ſed ob coniunctionem quandam & affectionem perſonarum, & quaſi fraternitatem quam inducit communio *l. verbum 63. in pr pro ſocio.* vbi vulgo duo inter ſe iuris loca committuntur in *d. l. 16 de re iud. & d. l 63.* Illa hoc beneficium ad ſociũ vniuerſorum bonorum reſtringere videtur: hæc etiam particulari ſocio id facit commune. Cum vtrumq; reſponſum ſit Vlp. ipſe vtique ſecum non pugnabit. Ne multis agã, puto hæc non improbabiliter ita componi poſſe, vt Vlp. in *d. l. 16. de re iud.* accipiatur de iis terminis, quib. omnimodo hoc beneficiũ competit, ꝙ ita regulariter obtinet in patrono & parente ex quacunq; cauſa cõueniantur, quin & in marito, licet extra cauſam dotis conueniatur, vt expreſſum eſt, in *l. non tant m 20. de re iud.* ex quo loco *§. praced. in pr.* ſupplendus eſt. Et ergo regulariter ita obtinet, vt beneficium hoc in quibuſuis actionibus ciuilibus habeat locum. Qui termini ſi poni debent in ſocio oportet neceſſario ponere ſocium cum quo non omnia omnino fuerunt communia, vt extra actionem pro ſocio aliis actionibus poſſit eſſe locus, quod non eſt in iis qui omnium omnino bonorum ſocij ſunt, inter quos non niſi actio pro ſocio dari poteſt. Itaq; dum in *d. l. 16.* tantum ſocio vniuerſorũ bonorum videtur dari hoc beneficium, non intelligi debet excluſus caſus, quo cum ſocio particulari pro ſocio agitur, ſed quo ex aliis cauſis ſocius conuenitur; nam & Iuſtin. hoc §. diſerte ſcribit, tum demum ſocio hoc dari beneficium, ſi cum eo agatur iudicio ſocietatis. Sunt aliæ duæ hui⁹ rei explicationes Dd. in *d. l. 16. de re iud. a. a. & in d. l. 63. pro ſoc.* Prima vt in *d. l. 16.* ſubau iatur particula *maxime.* Altera, vt diſtinguatur inter ſocietatem particularem. Eſt quædam vnius tantum negotiationis; eſt alia partis v. c. dimidiæ bonorum; quin & ſocietas omnium bonorum, quæ ex quæſtu veniunt, poteſt dici particularis, ſi conferatur, cum ea in qua etiam veniunt, quæ ex cauſis lucratiuis adquiruntur, de qua in *l. 3. §. 1. ſi ſocietatem §. 1. pro ſocio.* In duabus poſterioribus ſpeciebus habebit locum *dict. lex 63. in princ. pro ſoc.* non in prima, vtcunque actio pro ſocio inſtituta ꝓponatur: nam & hic ceſſat ratio *dict. leg. 63.* ſiquidem per tam leuem ſocietatem ſingularis negotiationis, & paruum duraturæ argument. *princip. ſup. de ſociet.* non poteſt dici contracta fraternitas.

Et an igitur frater quoq; conuentus à fratre † gaudebit hoc beneficio? ſimpliciter af- 2
firmat Hott. poſt *Ioh. Fab. Cynum & alios.* quos refert *Iaſon hic numer. 4.* vbi itidem refert *gloſſ. & Bart.* contrarium tenentes. Pro priori opinione facit ratio *d. l. 63.* nam propter quod vnumquodque eſt tale, illud magis eſt tale; & cum igitur ex hac ratione ſocij vtantur hoc beneficio, quod ſint inſtar fratrum, etiam & magis veri fratres eodem vtentur. Facit ratio ſupra dicta, quod quiſquis ab alio alendus eſt, is hoc beneficio gaudere debet; frater autem à fratre alendus eſt, quod quidem tenent *gloſſa relata à Iaſone* hic, quas limitat Angel. in fratribus vtrimque coniunctis; quin ex ratione iuris noſtri videatur ſufficere quod frater ſit conſanguineus, quippe cum & ſorori tali danda dos eſt, argument. *l. cum plures 12. §. 3. de adminiſtr. tut.* & de alimentis idem bene probat (cum & argumentum à dote ad alimenta valeat) *l. 4. vbi pup. educ. deb.* Sed iſta pluribus perſequi non eſt huius loci.

Si quis ex donatione.] Propria hic ratio eſt, quod ingratitudinis ſpeciem ſapiat, ita ſeuere & rigide cum eo agere à quo quis beneficium accepit, *l. & exhær. 46. cum l. ſeq. de re iud.* & quidẽ hac ipſa actione, qua beneficium perſequitur. Ex alia enim cauſa ſi conueniatur, qui donauit, hoc beneficium nõ habebit: Ait enim expreſſe Iuſtin. ſi conueniatur ex cauſa

quin latius accepto verbo incipit id in cæteras quoque ſpecies, vt reapſe quantitate plus petatur.

Ante diem vel conditionem.] Equidem ſi ante
2 dum plus petitur, † videtur etiam plus peti, ante conditionem, cum hoc caſu nec nata quidem ſit actio, & needum aſſerit dies, ſed enim hæc ipſa ratio facit, vt reuera plus petere non videatur, cui necdum quidquam debetur, ſed tantum ſpes eſt debitum iri, & necdum obligatio nata ſit, vt dictum ſup. *in §. ſub conditione de verb. oblig.* Et omnino hoc, de conditione incaute videtur & male huc adiectum eſſe, & eum qui ante conditionem petebat, cauſa tota non cecidiſſe nec rem amiſiſſe, & conditione poſtea exiſtente recte iterum agere potuiſſe. Ratio enim, cur rem amitteret, qui plus petiiſſet, hæc erat, vt diximus, quod Reus abſoluebatur, & iterum agenti rei iudicatæ exceptio obſtabat: quam tum demum obſtare conſtat, vbi actio eadem quæ ante, in iudicium inducitur. Atqui qui ante conditionem agit, cum necdum quidquam debeatur, nihil etiam in iudicium deducit, itaque nec poſt exiſtente conditione ſi agat, exceptione rei iudicatæ repelli poteſt. Et omnino liquidum eſt, eum amiſiſſe rem & cauſam, qui MALE egerat, & actionem ipſo iure ſibi competentem vitioſe inſtituerat. Atquin qui ante conditionem agit, non male agere, ſed nihil & nulliter agere
3 dicitur: idque confirmat elegans locus *in † l. vn. in fin. Quand. dies vſuſr. leg. ced.* Nimirum alia legata vel aliorum legatorum dies ſtatim cedit à morte teſtatoris, etiam ante aditam hæreditatem: ſecus eſt in vſufructu legato, qui cum perſonalis ſit nec tranſeat in heredem legatarii, eius dies non ſtatim, ſed demum ab adita hæreditate cedit *l. 2. & 3. Quand. dies leg. ced.* Ex quo *in d. l. vn. §. vlt.* infert ICtus, ſi is cui vſusfructus legatus eſt, ante aditam hæreditatem, & ita antequam dies eſſent, agat, eum nihil agere: quoniam necdum nata actio eſt, quæ naſcitur demum vbi ceſſit dies *l. cedere 213. de verb. ſign.* & ſubiicit, *quamuis alius qui ante diem agit, male agat.* Quibus verbis continetur ratio dubitandi, quod regulariter qui ante diem agat, non nihil agat, ſed male agat, ſed ratio decidendi eſt, quod vt iam dixi, in obligationibus in diem ita ſe res habet, vt nata ſit actio, & ceſſerit dies *d. l. 213. de verb. ſignif.* ideoque qui ante agit, actionem quidem in iudicium deducit, ſed quia id ante tempus agit, male agit, & rem amittit. Atquin vſufructu legato, ante aditam hæreditatem, necdum ceſſit dies, nec adeo cum actio nata non ſit, qui agit, male agere, ſed nihil agere dicitur. Quæ cum perſpicua ſint, & aperte Iuriſconſultus ibi *nihil agere* & *male agere* inter ſe opponat, apparet omnino male à Goth. ibi particulam *quamuis* pro *quoniam* explicari: quo modo & ſententia Iuriſconſulti, & elegantia eius loci pleniſſime corrumpitur. Recte vero Accurſ. ibi hoc notauit, quod qui ante aditam hæred. vſumfructum petit, nihil agat, quia ipſo iure nullam habeat actionem: eum autem qui alias ante diem agit, habere quidem ipſo iure actionem, ſed quæ repellatur per exceptionem.

Hæc dicenda fuerunt, vt intelligeremus, incaute & male id de conditione inſertum fuiſſe. Nec ſatisfacit, imo inſubtile eſt, quod Hottoman. affert, etiam hanc temeritatem actoris qui ante conditionem agit, coercendam fuiſſe. Etenim eſt & ea coercenda, ſed adæquatis modis, de quibus *infra de pœn. tem. litig.* Atquin vt hoc modo coerceatur per amiſſionem actionis, ratio iuris non patitur. Apparet autem ex iam dictis, quam egregie, ignorantia iuris veteris labantur Interpp. qui ſcribunt exceptionem plus petitionis fuiſſe proponendam ante litis conteſtationem. Etenim ex ratione veteris iuris litis conteſtatio etiamnum in iure apud prætorem fiebat, antequam ad iudicem pedaneum iretur. Atquin, vt oſtendimus, ratio eius rei, cur actor qui plus petierat, cauſa caderet, in hoc vnico poſita erat, quod iudex pedaneus, poſtea deprehendebat, allegante id apud eum

Digitized by Google

cum Reo, aut non tantum, aut non iam debere reum, vt in formula comprehenſum erat, neceſſe habebat abſoluere reum. Quod ſi actor cognito errore, vel reus apud prætorem allegaſſet non tantum debere, vel nec dum deberi, & hoc formulæ inſertum fuiſſet, liberatus erat actor à periculo plus petitionis. Idque euidenter & eleganter oſtendit *Cicero* 1.
4 *de oratore* † quem locum, quia ad hanc rem illuſtrandum mire facit, exſcribere & explicare plenius non pigebit. Poteſne, inquit, eos oratores putare, quos ridens & ſtomachans expectauit Scæuola, cum Hypſæus maxima voce plurimis verbis à M. Craſſo prætore contenderet, vt ei quem defendebat, cauſa cadere liceret. Hæc Cicero. Nimirum non ita bardus Hypſeus ille erat, vt expreſſe id contenderit, ſed effectum rei reſpicit Cicero, quod Hypſeus nomine actoris (nam & qui huic adeſt, defendere dicitur) plus peteret, quam per LL. licebat: id enim mox ipſe ita explicat Cicero, defuit, inquit, illis iuris ciuilis prudentia, quod alter (Hypſeus nempe) plus, lege agendo petebat, quam quantum Lex in XII. Tabb. permiſerat, quod cum impetraſſet, cauſa caderet. Ait, *cum alter* (nam alterum adiunxerat exemplum, imperiti patroni) qui cum Reo ex cauſa tutelæ in ius vocato, adeſſet, longa oratione, (ſunt verba Ciceronis) recuſauit, ne is pro quo ipſe diceret, turpi tutelæ iudicio, atq; omni moleſtia ſtultitia aduerſarii liberetur. Scilicet idem hic locus eſt, & itidem effectum reſpexit Cicero: neque enim palam patronus Rei petiit, vt ne actor cauſa caderet, & ita ne cliens ipſius liberaretur, ſed cum actor plus petiiſſet, patronus Rei imperitia iuris lapſus, cōtendit apud prætorem plus peti, & ita effecit, vt ne in plus formula conciperetur, & ita ne in pœnam plus petitionis actor caderet: ſtatim enim Cicero ſubiicit: alter iniquum putabat, plus ſecum agi quam eſſet in actione, neque intelligebat, ſi ita eſſet actum, litem aduerſarium perditurum. Qui locus ad hæc quoque notandus eſt, quod probat contra Hotom. euidenter iudicio quoque bonæ fidei, cuiuſmodi eſt iudicium tutelæ, plus peti poſſe. Hæc de eo quod plus petitur quantitate apud Ciceronem. Eſt apud eundem eodem loco exemplū de eo quod plus tempore petitur, in qua re alterius aduocati ſtultitiam irridet. Homo inquit, ex numero diſertorum, poſtulabat, vt illi, vnde peteretur (qui ſcil. ante diem conuentus erat) vetus atque vſitata exceptio daretur, *cuius pecuniæ dies veniſſet*, quod petitionis cauſa comparatum eſſe non intelligebat, vt ſi ille inficiator probaſſet iudici (ſcilicet pedaneo qui accepta formula cognoſcebat) ante petitam eſſe pecuniam, quam eſſet cœpta deberi, (effectu ſcilicet, nam ante diem pecuniam ipſo iure debitam eſſe, ſed necdum recte peti conſtat) petitor rurſus cum peteret, ne exceptione excluderetur, quod ea res ante in iudicium non veniſſet, vt recte legitur, & male alii expungunt negationem; dum non intelligunt, Ciceronem reſpicere ad formam excipiendi, per modum conditionis, *ſi paret reum dare oportere niſi pactum ſit*, vel, *ſi non pactum ſit condemna*. Ad hunc modum concipiebatur exceptio rei iudicatæ: *Si paret reum dare oportere, ſi non prius ea res in iudicium venit*, condemna. Ex quo fiebat, vt ſi citra illam clauſulam actor petiiſſet ante diem, reo abſoluto, poſt iterum petens, exceptione rei iud. ſubmoueretur, quæ ratio, ob quam plus petens cauſa cadebat, ex iſto Ciceronis loco aperte comprobatur.

Loco plus petitur.] Qui promiſit ſe certo loco ſoluturum alio loco ipſo iure non poteſt conueniri, quia hanc formam ſtipulatio accepit, vt notauimus *ſup. ad §. præterea h. t.* Et, ſi eo in loco agatur, actio pura & directa eſt, vt mox ſcribit Iuſtin. hic *in verſ. ſi quis tamen*, ſed accidit vt reus in locum illum venire impediatur, poteſt etiam fieri vt malitioſe defugiat locum: itaque ne pereat ſtipulanti actio, permiſit prætor alibi agere, ſed cum commemoratione loci, & vt permittatur arbitrio iudicis, quantū intereſt rei, in loco adiecto pecuniam ſoluiſſe, ob quod arbitraria actio appellatur, *d. §. præterea. & h. text. verſ. propter.* Quod ſi

 quis

TEXTVS.

31. Sed hæc quidem ante in vſu fuerant: poſtea vero Lex Zenonis & noſtra rē coarctauit. Et ſiquidem tempore plus fuerit petitum, quid ſtatui oporteat Zenonis diuæ memoriæ loquitur cō-ſtitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, ſi quod forte damnum ex cauſa hac acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commiſſa tripli condemnatione, ſicut ſupra diximus, puniatur.

COMMENTARIVS.

Diximus cauſam, ob quam plus petens cauſa olim cadebat, fuiſſe à ratione formulæ quam dabat prætor, & quam iudex quo ad rem, aut ſummam petitam, vel modum ſequi neceſſe habebat, & ſi deprehendebat actorem in eo peccaſſe, abſoluere reū. Itaque mutata ea ratione procedendi, non immerito pœna plus petitionis ceſſauit. Et fuit tamen hæc ratio mera iuris ſubtilis & poſitiui. Ceteroquin potuiſſet etiam ſalua actione, quam actor male inſtituit, reus ab inſtantia abſolui, ſtante illa ratione procedendi. Et rurſus ſublata quoq; ea, potuit diſponi, vt qui plus petierat cauſa caderet. Et ſane id fateri oportebit, ſi vſque ad Zenonem ea pœna plus petitionis durauit; quoniam iam longe ante Zenonis tempora deſierunt iudices cum formulis iſtis veterib. dari, ſalua tamen manente pœna iuris veteris ſuper plus petitione. Diſplicuiſſe id Zenoni & mutatum fuiſſe ſi quis plus tempore petijſſet, docet *hic §. & §. temporales 10. infr. de exceptionibus & l. 2. Codic. de plus petit.* (quæ tamen à Neotericis demum reſtituta eſt, de qua Cuiac. 12. *obſ.* 21.) Quæ Zenonis conſtitutio non extat; nam quæ ſub eius nomine exſtat in nouis editionibus, in *l. 1, Cod. de plus petit.* epitome tantum eſt, quam ex Baſilicis eruit Cuiacius 12. *obſ.* 21. Mirum autem ſit, ſi pœnam veterem plus petitionis in ſtatu ſuo reliquit, ſi quis plus re, loco, aut cauſa petijſſet, imo plane id improbabile eſt, vtcunque id affirmet Cuiacius d. loco. Minus enim videtur peccare, qui cauſa plus petit, quam qui tempore; & procul dubio nimis illa ſubtilis ratio iuris diſplicuit Zenoni, & pœna vetus amiſſionis cauſæ, æquo grauior ei viſa fuit; vt veroſimile ſit, pœnam plus petitionis in totum per eam abrogatam fuiſſe: quamuis ſane alio vocet, quod Iuſtin. dum hac de re tractat, tantum meminit plus petitionis tēpore; quod ego quidem in mediū relinquo, cum nihil certi affirmare poſſim. De pœna tripli in ſportulis ſi actor plus petierit, vt reus maiores ſportulas ſoluere cogeretur, dictum eſt in *§. tripli ſup. h. t.* vbi diximus id procedere, vbi ſciens prudens id egit actor; vt hic quoq; mitius cum eo agi appareat; nam olim etiam erroris hanc pœnam fuiſſe, vt actor cauſa caderet, quæ hactenus diximus, euidenter oſtendunt. Hic autem §. docet, non tātum pro ſportulis eſſe eam in triplum actionem, ſed pro omni damno, quod reus paſſus eſt, ob vitioſam petitionem: nec tantum ſi plus Re petitum fuerit, ſed etiam, ſi loco & cauſa. Quod ſi pœnam illam tripli reſtringimus ad fraudulentam petitionem, illud vtiq; admittendum erit, quod qui citra dolum id fecit, ad ſimplum reſtituendum teneatur. De pœna eius, qui plus petijt, ex conſtitutione Zenonis, pluribus tractat Iuſtin. in *d. §. 10. infr. de exceptionib.*

TEXTVS.

32. Si minus intentione ſua complexus actor fuerit, quam ad eum pertineat: veluti ſi cum ei decem aurei deberentur, quinq; ſibi dari oportere intenderit: aut ſi cum totus fundus eius eſſet, partem dimidiam ſuam eſſe petierit; ſine periculo agit; in reliquum n. nihil ominus iudex aduerſarium eodē iu-

dicio ei condemnat, ex diuæ memoriæ Zenonis conſtitutione. Si quis aliud pro alio intenderit, cum nihil periclitari placet, ſed in eodem iudicio cognita veritate errorem ſuum corrigere ei permittitur, veluti ſi is, qui hominem Stichum petere debebat, Erotem petierit, aut ſi quis ex teſtamento dari ſibi oportere intenderit, quod debebatur ex ſtipulatu.

Commentarivs.

1 *Quomodo* eodem *iudi.io poſſit condemnari reus iuxta hunc* §.

QVod minus peti dixerat mox explicat tãtum de eo, qui minus re vel quantitate petiit; quod exempli quidem cauſa tantum dictũ accipi poſſit; ſed reuera ita eſt, vt hæc vna ſit ſpecies minus petitionis. Nam nec loco nec cauſa minus peti poteſt; & licet, qui poſt tempus elapſum petit, eo reſpectu minus peti videri poſſit, quod ſi ante & ſuo tempore petiiſſet, commodum & vtilitatem ex re ſoluta percipere potuiſſet, tamen eo reſpectu non cenſetur petiiſſe minus, vt amplius petere poſſit; Vtique quo ad ipſum illud quod debetur; Ceteroquin ſane ex mora debentur vſuræ, itaq; ſicut qui tardius ſoluit tenetur ad vſuras, ita &, qui tardius petit, conſequitur vſuras; petere enim hic intelligimus, inſtituto iudicio petere, mora autem per interpellationem quoque extraiudicialem contrahitur: ſed & aliquot ſunt caſus, quibus citra interpellationem ex Re, & ſolo tempore tardæ ſolutionis mora contrahitur; & vſuræ debentur. Sed vt de caſu huius §. agamus liquidum id eſt, ſine periculo minus peti; nam & cuilibet liberum eſt, actionem diuidere, & partem petere ſalua actione quo ad alteram partem; idemque eſt, ſi per errorem partem tantum petierit; ceſſat enim hic ratio, quæ inducebat effectum eum, vt plus petens cauſa caderet; quia vt maxime, quo ad eam partem abſolutus fuiſſet reus, aliam tamen partem petenti actori, non poterat obſtare exceptio rei iudicatæ, cui locus non eſt, niſi vbi idem in iudicium deducatur. Sed illud obſeruandum, quod ait Iuſtinianus, quod licet †quis minus petierit, vid. per errorem, tamen 1
iudex aduerſarium condemnet in ſolidum *eodem* iudicio, Cum enim iudex non poſſit diuinare, præſupponi vtiq; oportet, quod actor cognito errore totum ſibi adiudicari petierit & ita petitionem libellumq; mutauerit. Hac in re vulgo Dd. laborant, quib. communiſſime placuit, poſt litem conteſtatam libellum in eſſentialibus (eſſentialis autem pars eſt libelli res ipſa petita) mutari non poſſe. Itaque aliqui ad tempus litis necdum conteſtatę hunc §. reſtringunt; (quod non patitur generalitas textus) alij cum Accurſio *eodem iudicio* explicant, vt ſit, coram eodem iudice, eodemq; actore & Reo. Et nimirum illud certum eſt iure veteri cum adhuc darentur iudices, coram eodem iudice iſtam mutationem fieri non potuiſſe: nec iudicem ita datum, *ſi paret Caium decem debere, condemna*: in viginti cõdemnare potuiſſe; Sed nouo iudicio & noua interpellatione & formula pro reſiduis decem opus fuiſſe, ex certiſſima ratione, quod iudex extra formulam non poterat iudicare, & per textum in *l. non poteſt 23. de iudic.* Idque & magis in ſpecie ſeq. ſi quis aliud pro alio, & ex falſa cauſa petijſſet; nam & res petita, & cauſa petendi formulæ inſerebatur. Id poſtea mutato iure veteri, poſtquam ipſi magiſtratus ceperunt iudicare, & ipſum non immerito ſublatum fuit, & per quandam conſequentiam; quorſum enim opus ſit noua interpellatione ſpeciali, cum hic ipſe magiſtratus, qui aditus eſt ſuper parte, neceſſario & ipſe de altera parte iudicare debeat. Sed illud ſaltem dubium eſt; quomodo poſſit cenſeri idem iudicium, vbi noua eſt petitio, & res alia & conſequenter alia quoque litis conteſtatio: (Etenim haud dubie ſententia eſt huius §. quod etiam poſt litis conteſtationem error mutari poſſit) quæ dubitatio augetur, in caſu, qui ſequitur *h. textu*, ſi quis aliud pro alio

alio petierit, vel ex falſa cauſa, poſſe eum eodem iudicio errorem mutare. Vtique enim vbi quis petiit hominem, poſtea bouem petit, aut pecuniam, noua reſponſione rei opus eſt, & contradictione. Iuſtinianus hoc acceptum refert conſtitutioni Zenonis, ex qua, niſi periiſſet, certius hac de re ſtatuere poſſemus: haud dubie ſane hanc poteſtatem Legislator iudici facere poteſt: Sed mutare naturam rerum non poteſt, ſi rem ſubtilius tractamus, ſi, quod res ipſa loquitur ex noua litis conteſtatione & noua petitione, iudicium proprie acceptum variari & mutari dicimus; quoniam ex his quoque conſtituitur iudicium, &, ſi haud dubie reuera noua petitio eſt, vbi quis pro Sticho petito iam equum petit, aut aliam cauſam petendi proponit, &c. fieri non poteſt, vt idem omnino ſit & moneat iudicium. Sed nimirum paulo latius verba *eodem iudicio* accepit Iuſtinianus, & quoniam citra interruptionem eadem tractatio continuatur, & petitio itemque contradictio ſecuta in locum præcedentis ſubrogantur, eodem iudicio id fieri non male dixit. Et ita ſi ſubtiliter conſideramus identitatem, vel duplicitatem iudicij, vera eſt Dd. ſententia, quod poſt litem cont. ſaluo eodem iudicio libellus mutari non poſſit. Sed falluntur, ſi dimittendum & de nouo citandum reum arbitrantur: id tamen forte ei petenti dandum eſt, vt à priori petitione abſoluatur; quod tamen minime neceſſarium crediderim.

Explicatio autem Accurſij, paulo ante relata, *eodem iudicio*, pro, *eodem iudice* huic loco accommodari non poteſt, quoniam ait Iuſtinian. quod iudex aduerſarium eodem iudicio condemnet; & non tantum, quod iudex idem eſt, ſed & alia faciunt, vt eodem iudicio res peragi videatur. Videntur inſuper duo noui *h. textu* notandi. Primus, quod Iuſtin. cum dixiſſet, eum, qui minus petat, ſine periculo agere, ſubiicit pro ratione, *in reliquum enim, &c.* Verum ſane eſt eum agere ſine periculo, qui eodem iudicio conſequitur, vt Reus in ſolidum condemnetur. Sed hæc non eſt vera ratio, cur, qui minus petit, ſine periculo agat: Sed hæc, tum quod quilibet actionem diuidere poſſit; tum quod aliam partem petens, non poſſit repelli per exceptionem rei iudicatæ.

Alter næuus eſt in *verſ. ſeq.* Quod Iuſtinian. proponit de eo, qui aliud pro alio petit, & eius duo exempla ſubiicit, ſi quis pro Sticho petierit Erotem; & ſi quis ex teſtamento petierit, quod debebatur ex ſtipulatu. Neque enim hoc caſu aliud pro alio, ſed idem ex alia cauſa petitur: veluti ſi quis ex teſtamento tamquam ſibi legatum petat Stichum, quem ſtipulatus erat ſibi dari. Vidit hoc Theophilus, qui (nimirum vt iuuaret Iuſtinianum) τὸ (ait) aliud pro alio, ἁμαρτάνεται τρόποις δύο, ἢ πράγματι ἢ αἰτίᾳ. In petitione alterius pro alio, dupliciter peccari Re & cauſa, ſed hæc enim ingens abuſio eſt, vt vbi res eadem ex alia cauſa petitur, aliud pro alio peti dicamus. Ego crediderim Iuſtinianum in *princ. verſ. ſiue §. ſi quis aliud.* minus ſcripſiſſe quam ſenſiſſe, & ſubintelligendum, vel ſupplendum, *ſi quis aliud pro alio, vel ex alia cauſa, &c.* Etenim his quoque caſibus iure veteri ſine periculo agebatur, & peccabatur; quoniam agenti poſt ex noua cauſa, aut aliud petenti non poterat obſtare exceptio rei iudicatæ: ſed tamen, vt ſupra monuimus, alia petitione alioque iudicio opus erat. Peccabatur nimirum ſine periculo plus petitionis; nam impenſas quas Reus ob vitioſam petitionem facere coactus erat, ipſi hic quoque refundendas fuiſſe, extra controuerſiam eſt.

TEXTVS.

33. Sunt præterea quædam actiones, quibus non ſemper ſolidum, quod nobis debetur, perſequimur, ſed modo ſolidum perſequimur, modo minus; vt ecce ſi in peculiũ filij ſeruiue agamus. Nam ſi in peculio non minus ſit, quã perſequimur, in ſolidũ dominus pater-

terue condemnatur; ſi vero minus inueniatur, eatenus condemnat iudex, quatenus in peculio ſit. Quemadmodum autem peculium debeat intelligi, ſuo ordine proponemus.

COMMENTARIVS.

OCcaſione ea, quod paulo ante de eo actum eſt, qui minus petit, ſubiectum fere putant Interpp. eſſe quaſdam actiones, quibus minus perſequimur, ita, vt maxime velimus, ſolidum conſequi non valeamus. Quod videtur nimis affectatum, & alienum à mente Iuſtiniani; qui imo occaſione ea, quod dixerat de eo, qui plus petat, eum olim cauſam amiſiſſe, & hodie in triplum damni, q Reo dedit, condemnari, ſubiecit, eum, qui minus petit, extra periculum eſſe, & ab iſtis pœnis immunem. Forte quis dixerit, redire hic Iuſtinianum ad tractatum, quem in §. *curare & ſeqq.* interruperat, & vnam adhuc proponere diuiſionem. Tota quippe huius tit. tractatio abſoluitur in proponendis diuiſionibus actionum, iiſque per exempla breuiter illuſtrandis.

Et ergo quibuſdam actionibus ſolidum conſequimur, quibuſdam non conſequimur: rectius enim forte hic eſt, verbum *conſequimur* quam *perſequimur*. Etenim ipſo iure licet ſit reus obligatus, & ita actio in ſolidum moueri ipſo iure poſſit, tamen condemnatio non fit in ſolidum, vt in §. *ſeq.* loquitur Iuſtinian. nec dubium eſt eos, qui exceptionem competentiæ habent, vt loquuntur, de quibus in *ſeqq.* ipſo iure in ſolidum teneri, cum, vt maxime in minus condemnati ſint, in reſiduum tamẽ ſalua maneat contra eos actio. In prima tamen ſpecie, quæ hoc §. proponitur, actionis de peculio, ſecus ſe habet; quę ſua natura tantum datur, quatenus eſt in peculio; cuius rei rationem dedimus in §. *actiones* 10. *ſup. h. t. & agemus pluribus infr. tit. ſeq.*

TEXTVS.

37. Item ſi de dote, iudicio mulier agat, placet eatenus condemnari debere maritum, quatenus facere poſſit; id eſt, quatenus patiuntur eius facultates. Itaque ſi dotis quantitati facultates eius concurrant, in ſolidum damnatur; ſi minus, in tantum quantum facere poteſt; propter retentionem quoq; dotis repetitio minuitur. Nam ob impenſas in res dotales factas, marito quaſi retentio cõceſſa eſt, quia neceſſariis ſumptibus ipſo iure dos minuitur, ſicut ex latioribus Digeſt. libris cognoſcere licet.

COMMENTARIVS.

1 *Beneficium marito conceſſum an pacto tolli poſſit.*
2 *An competat heredibus.*
3 *In quo beneficium competentiæ conſiſtat, & quæ eius vtilitas.*
4 *Retentionis ius quid differat à iure compenſandi.*

PLures ſunt cauſæ ex quibus non in ſolidum conſequimur quod nobis debetur. Et poſſint ſtatui generales duo; vna ex natura actionis, quæ ita data & comparata iure eſt, vt in ſolidum non detur. Altera vbi actio in ſolidum quidem ipſo iure datur, ſed accidit exceptione oppoſita, vt in minus condemnetur actor. Hæc ſpecies rurſus abit in plures. Vna eſt, cum ob perſonam ſolam Rei conuenti, condemnatio ſequitur in minus, quam debetur, quæ vulgo exceptio dicitur competentiæ, quæ facit, vt condemnetur Reus in quantum facere poteſt. Hæc exceptio iterum Reis indulgetur non vna ex cauſa. Et videtur principalis eſſe à reuerentia perſo-

Digitized by Google

perſonæ: Hinc eſt, quod maritus de dote reſtituenda conuentus ab vxore, tantum condemnatur, quantum poteſt facere, quod in *pr. huius* §. traditur; cum quo coniungendum fuiſſet, quod in §. *ſeq.* & §. *vlt.* de alijs perſonis quæ eodem modo condemnantur, tractatur.
1 In marito † autem id procedit adeo, vt nec pacto hoc ei beneficium adimi poſſit, quoniam hæc conuentio reuerentiæ quam vxor ipſi debet, & proinde moribus bonis aduerſari creditur, *l. alia* 14. §. 1. *ſolut. matrim.* cui tamen aduerſari videtur text. in *l. vn.* §. *cum autem* 7. C. *de rei vxor. act.* per argumentum à contrario ſenſu, illis verbis, *nullo pacto adhibito*: nec aliter reſponderi, & ab errore liberari Tribonianus poteſt, quam vt illa verba cum Accurſio, ad modum & tempus exigendæ dotis, referamus; de qua re ibid. quoq; tractatur, quamuis non deſint, qui pactum hoc valere putent, ſi ſoluto matrimonio fuerit interpoſitum, quos v. citatos à Vaſ. in hun. n. 7. Hoc autem
2 beneficium marito † ſoli competit, nō etiam hæredibus eius (quod & in alijs perſonis obtinet *l. ſciendum* 25. *de re iudicat.*) *l. maritum* 12. *l. vi* 15. § 1. *ſolut. matrim.* vbi lapſus eſt Gothofr. qui diſtinguit inter hæredem ſuum & extraneum propter *l. etiam* 18. *in pr. ſolut. matrim.* nec animaduertit ibi agi de eo hærede mariti, qui ſimul eſt filius vxoris quæ repetit dotem; nec intererit, an hic ſit emancipatus, necne, modo filius ſit communis; & ex aduerſo, non proderit eſſe ſuum hæredem ſi ex alia vxore natus ſit. Sed in quo conſiſtit tandē hoc
3 † beneficium, quod quis non condemnatur in ſolidum, ſed tantum in quantum facere poteſt? Videtur n. hoc commune eſſe omnibus debitoribus, qui vtiq; vltra quam poſſunt & eſt in bonis, non poſſunt exigi. Ecquid n. prodeſt condemnari in ſolidum debitorem, ſi ob paupertatem ſolidum actor conſequi nequit. Etenim tantum quē facere poſſe, qua facultates ipſius patent, ex hoc §. apparet; quo Iuſtin. ait, ſi dotis quantitati concurrant facultates mariti, in ſolidum eum condemnari; tum ēt facit, ꝙ hoc ſoli donatori tributum eſt, vt ita exigatur ne egeat, ſed aliquid ei relinquatur *l. inter eos* 19. §. 1. & *l. & ex hær.* 49. *de re iud.* Quid autē vltra ab extraneo debitore quis ſperare poſſit, quam qua facultates eius ſeſe extendunt? cum & hoc receptum ſit, vt non liberetur, qui exactus eſt, in quantum facere poteſt ſed in reſiduum maneat obligatus, ſi forte ad meliorem fortunam peruenerit. Si ius vetus reſpicimus, quo debitores, qui ſoluendo non erant, nectebantur creditoribus & ijs quaſi in ſeruitutem addicebantur, magnus apparet huius priuilegij effectus. Poſt L. Iuliam, quæ beneficium ceſſionis bonorum introduxit, hoc commodum eſt in iſto beneficio, quod nō coguntur hæ perſonæ cedere bonis, quod qui faciebant, licet iure infames vere non erant, tamen notam & quam infamiam facti appellant; non effugiebant; quin probabile eſt eorum qui bonis ceſſiſſent, publice bona diſtracta fuiſſe; quod quam fuerit ignominioſum, oratio *Cicer. pro Quintio* docet; non eſſe tamen vere notatum eum, qui bonis ceſſit, docent *l. debitores* 11. *Cod. ex quibus cauſ. inf. l. vltim. in pr. C. qui bon. ced. poſſ.* Et tamen ſugillationem & notam qualemcunque effugiſſe in lucro ponendum eſt. Sed & quod Iuſtin. hic ait, damnandum maritum, quatenus facultates eius patiuntur, pinguius & ita accipiendum eſt, vt tamen aliquid ei relinquatur ad alimenta neceſſaria. Generale enim eſſe puto, nec ad ſolum donatorem reſtringendum, quod eſt in *l. inter* 19. *in f. de re iud.* non totum extorquendum eſſe reo conuento, ſed ipſius rationem habendam ne egeat, quod in genere expreſſum eſt in *l. in condemn.* 173. *de R. I.* & notant comm. Interpp. hic cum ceteri debitores etiam vſq; ad peram & ſacculum, vt loquuntur, excutiantur; nec niſi miſericordiæ cauſa ipſis aliquid relinquatur *l. qui bonis* 6. *de ceſſ. bon.*

Propter retentionem quoque.] Multa hic quærenda & explicanda occurrunt. Et 1. an & quid differt † retentio à compenſatione, de 4
qua in §. pen. nominatim & ſeparatim agit, cū hoc loco tantum faciat mentionem retētionis. Deinde, quid ſit, minui repetitionem dotis; an mulier minus petere debeat, ipſo iure

enim præſtat id beneficium reo conuento,
vt ei relinquatur aliquid ad alimenta neceſſa-
ria; quæ cum patri teneatur præſtare filius,
vtique non poterit ipſum excutere in ſolidũ.
Eandem ex hac cauſa, ſtatuunt ex diuerſo ra-
tionem Dd. ſi filius v. c. emancipatus à patre
conueniatur.

Item ſi ſocius cum ſocio.] Hoc non ob reueren-
1 tiam, quam alter † alteri debeat, ſed ob con-
iunctionem quandam & affectionem perſo-
narum, & quaſi fraternitatem quam inducit
communio *l. verbum 63. in pr pro ſocio.* vbi vulgo
duo inter ſe iuris loca committuntur in *d. l. 16
de re iud. & d. l.* 63. Illa hoc beneficium ad ſociũ
vniuerſorum bonorum reſtringere videtur:
hæc etiam particulari ſocio id facit commu-
ne. Cum vtrumq; reſponſum ſit Vlp. ipſe vti-
que ſecum non pugnabit. Ne multis agã, pu-
to hæc non improbabiliter ita componi poſ-
ſe, vt Vlp. in *d. l. 16. de re iud.* accipiatur de iis ter
minis, quib. omnimodo hoc beneficiũ com-
petit, quòd ita regulariter obtinet in patrono &
parente ex quacunq; cauſa cõueniantur, quin
& in marito, licet extra cauſam dotis conue-
niatur, vt expreſſum eſt, in *l. non tantum 20. de
re iudic.* ex quo loco §. *praced. in pr.* ſupplendus
eſt. Et ergo regulariter ita obtinet, vt bene-
ficium hoc in quibuſuis actionibus ciuilibus
habeat locum. Qui termini ſi poni debent
in ſocio oportet neceſſario ponere ſocium
cum quo non omnia omnino fuerunt com-
munia, vt extra actionem pro ſocio aliis actio
nibus poſſit eſſe locus, quod non eſt in iis
qui omnium omnino bonorum ſocij ſunt, in
ter quos non niſi actio pro ſocio dari poteſt.
Itaq; dum in *d. l. 16.* tantum ſocio vniuerſorũ
bonorum videtur dari hoc beneficium, non
intelligi debet excluſus caſus, quo cum ſocio
particulari pro ſocio agitur, ſed quo ex aliis
cauſis ſocius conuenitur; nam & Iuſtin. hoc
§. diſerte ſcribit, tum demum ſocio hoc dari
beneficium, ſi cum eo agatur iudicio ſocie-
tatis. Sunt aliæ duæ hui⁹ rei explicationes Dd.
in *d. l. 16. de re iud. ca. a. & in d. l. 63. pro ſoc.* Prima
vt in *d. l. 16.* ſubaudiatur particula *maxime.* Al-
tera, vt diſtinguatur inter ſocietatem parti-
cularem. Eſt quædam vnius tantum negotia-
tionis; eſt alia partis v. c. dimidiæ bonorum;
quin & ſocietas omnium bonorum, quæ ex
quæſtu veniunt, poteſt dici particularis, ſi
conferatur, cum ea in qua etiam veniunt,
quæ ex cauſis lucratiuis adquiruntur, de
qua in *l. 3. §. 1. ſi ſocietatem §. 1. pro ſocio.* In dua-
bus poſterioribus ſpeciebus habebit locum
dict. lex 63. in prin. pro ſoc. non in prima, vtcun-
que actio pro ſocio inſtituta proponatur: nam
& hic ceſſat ratio *dict. leg. 63* ſiquidem per tam
leuem ſocietatem ſingularis negotiationis,
& paruum duraturæ argument. *princip. ſup. de
ſociet. it.* non poteſt dici contracta fraterni-
tas.

Et an igitur frater quoq; conuentus à fra-
tre † gaudebit hoc beneficio? ſimpliciter af- 2
firmat Hott. poſt *Ioh. Fab. Cynum & alios.* quos
refert *Iaſon hic numer.* 4. vbi itidem refert *gloſſ.
& Bart.* contrarium tenentes. Pro priori o-
pinione facit ratio *d. l. 63* nam propter quod
vnumquodque eſt tale, illud magis eſt tale; &
cum igitur ex hac ratione ſocij vtantur hoc
beneficio, quod ſint inſtar fratrum, etiam
& magis veri fratres eodem vtentur. Fa-
cit ratio ſupra dicta, quod quiſquis ab alio
alendus eſt, is hoc beneficio gaudere debet;
frater autem à fratre alendus eſt, quod qui-
dem tenent *gloſſæ relatæ à Iaſone* hic, quas li-
mitat Angel. in fratribus vtrimque coniun-
ctis; quin ex ratione iuris noſtri videa-
tur ſufficere quod frater ſit conſanguineus,
quippe cum & ſorori tali danda dos eſt, ar-
gument. *l. cum plures 12. §. 3. de adminiſtr. tut.* &
de alimentis idem bene probat (cum & argu-
mentum à dote ad alimenta valeat) *l. 4. vbi
pup. educ. deb.* Sed iſta pluribus perſequi non eſt
huius loci.

Si quis ex donatione.] Propria hic ratio eſt,
quod ingratitudinis ſpeciem ſapiat, ita ſeue-
re & rigide cum eo agere à quo quis benefi-
cium accepit, *l. & exhær. 46. cum l. ſeq. de re iud.* &
quidẽ hac ipſa actione, qua beneficium per-
ſequitur. Ex alia enim cauſa ſi conueniatur,
qui donauit, hoc beneficium nõ habebit: Aut
enim expreſſe Iuſtin. ſi conueniatur ex cauſa

 do-

donationis, poſt Iuriſconſultum in *l.inter* 19. §.1.*de re iudic.* Et hoc amplius habet donator, vt cum ceteris conuentis nō deducatur, ſi quid forte aliis debent, id tamen deducatur conuento donatore *d.l.*19.§.1. Atque ita in donatione pura, ſecus in donatione ob cauſam, de quo *v. Iaſon.hic n.*8.

TEXTVS.

36. Compenſationes quoq; oppoſitæ plerumq; efficiunt, vt minus quiſq; conſequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo, habita eius ratione, q inuicem actorem ex eadem cauſa præſtare oportet in reliquum eum cum quo actum eſt, iudex condemnat, ſicut iam dictum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Iuris compenſandi & retinendi differentia.*

HIc locus cum §. *Item ſi de dote.in f.* coniungendus erat; tractat enim eandem materiam compenſationis ſiue retentionis; diximus enim ad d. §. retentionē magis hic intelligi quam compenſationem quæ ipſo iure minuat actionem; hoc enim caſu, qui totum peteret male peteret, & adeo *hic* §. omnino pertinet ad caſum, quo compenſatio inducitur per exceptionem; & ob id verbum *oppoſita*; proprie hic vſurpatur; Ceteroquin vt diximus ad §. *in bona* 30. *ſupr. h.t.* etiamſi compenſatio ipſo iure operetur, id tamen allegandum eſt iudici. Poſtquam tamen ſublata eſt pœna plus petitionis, & actor amplius cauſa non cadit, ſed tantum ſi quod exinde reus damni paſſus eſt, reſarcit, recte ſub hunc §. refertur etiam caſus, quo vtrinque quantitates debentur; vt nimirum ſi actore petente decem, reus obiiciat ſibi deberi quinque, in quinque tantum condemnetur. Vtcunque enim ipſo iure imminutam dicamus actionem, quia tamen iudex ignorat, quid vtrimque debeatur, obiiciendum id eſt in iudicio; & hactenus ſapit ſpeciem exceptionis, quamuis ſi poteſtatē iuris & effectum conſideremus, ſit nuda allegatio, quam exceptionem intentionis & facti appellant Dd. vt perinde ſit, ac ſi quis quinq; ſoluiſſe, aut accepto ſibi lata obiiciat, ſed cur ait Iuſtin. *plerumque?* An forte quia ſi obiectio ſit non ſatis liquida, nec debitum ſatis probatum, iudex non audit eam allegationem, ſed reum condemnat, ſalua ipſi actione propria, quam apud iudicem poſtea inſtituat; an potius hoc dicit propter actionem depoſiti, cui vetat obiici compenſationem in §. *in bona* 30. *ſup. h.t.*

Ex bono & æquo.] Hinc notat Hottom. hoc ex eo deſcriptum, qui de bonę fidei iudiciis egerat. Sed n. docet *d.*§. *in bona ſup. h.t.* quod poſt reſcriptum Marci, oppoſita exceptione compenſatio in ſtricti iuris iudiciis fuerit admiſſa; atque effectu hactenus illa qualitas quæ bonæ fidei actionum propria erat, ſtricti iuris quoq; iudiciis communicata fuit, & Marcus cenſuit, bonum æquum eſſe, vt reus his quoque iudiciis conuentus obiicere poſſet compenſationem.

Ex eadem cauſa.] Gloſſa notat id hodie ſecus eſſe poſt §. *in bona ſup. h.t.* Sed ita arguitur ſocordiæ Tribonianus. Iaſon poſt *Nicol. de Neapoli*, ita hæc explicat verba, vt ſignificent, deberi vtrimque quantitatem; quæ explicatio à verbis eſt aliena. Puto Iuſtinianum caſum eū notare voluiſſe, quo maxime compenſatio locum habet, & euidentior eſt æquitas. Et exiſtimo, hoc caſu nullam eſſe exceptionem, nec quidem in depoſito; etenim & depoſitarium ob impenſas neceſſarias in depoſitam rem factas, compenſationē obiicere poſſe deponenti, qui repetit rem † depoſitam probaui ad *Treutl. diſput. de compenſat.* 1 ſiue id compenſationem ſiue quis retentionem dicere malit; inter quæ alias hæc videtur eſſe differentia; quod retentio proprie & in ſpecie eſt, vbi quis quod alterius eſt, penes ſe habet, & illud retinet, donec de eo quod ſibi deberi prætendit, ſatisfiat; Ceteroquin vbi mutuæ ſaltem obligationes ſunt, proprie retentio non eſt, niſi in genere, quis ita

Digitized by Google

ita appellet, vbi quis propter mutuum debitum non ſoluit, quod ipſe debet, quæ proprie eſt compenſatio. Contingit autem ſæpe, vt quis & rem alterius penes ſe, & ſimul dominum aut eum qui ius repetendi habet, propria actione habeat obligatum: qualis eſt maritus qui in dotem fecit impenſas iuxta *l. 5. de imp. in res dot.* & quiſquis ex alia iuſta cauſa rem alterius voluntate eius penes ſe habet, & in eam impendit, vel damnum per eam paſſus eſt, ita vt contrario iudicio agere poſſit: quo pertinet *l. in rebus* 18. §. *vlt. Commod.* vbi ICtus ait, quidquid contrario iudicio conſequi poſſum, id me ſaluum habere poſſe iure compenſationis ſi recto iudicio mecum agatur. Aliquando autem retentio ſola eſt: veluti ſi quis in rem alienam à ſe poſſeſſam (maxime bona fide) impenſas ſuo nomine fecerit: quem pro impenſis actionem non haberi vera ſententia eſt *l. Paulus* 14. *de doli mali exc. l. ſi in* 33. *de condict. indeb. l. in hoc* 14. §. 1. *verſ. diuerſum: comm. diuid.* Sed ſi poſſideat retinere poteſt rem, dum ſibi pro impenſis ſatisfiat *dd. textib. &* §. *ex diuerſo* 31. *ſup. de rer. diuiſ.* Sed vt eo redeamus vnde digreſſi ſumus, cum deponenti poſſit obiici compenſatio ex eadem cauſa, ſequitur omnino (quia deponenti compenſationem obiici prohibuit Iuſtin.) non tantum ex eadem cauſa, ſed ex diuerſa quoque eſſe locum: & nec olim fuiſſe dubito, cæteroquin anguſtiſſimis finibus concluſum fuiſſet ius compenſationis: Id vel diſcere licet ex *Seneca 6. de benef. cap.* 4. Debitori ſuo, inquit, creditor ſæpe damnatur, vbi plus ex alia cauſa abſtulit, quam credito petit. Non tantum inter creditorem & debitorem iudex ſedet, qui dicat, pecuniam credidiſti. Quid ergo? pecus abegiſti, ſeruum eius occidiſti, agellum quem non emeras, poſſides: æſtimatione facta debitor diſcede, qui creditor veneras. Ex quo ſimul & hoc noto, quod proprie loquendo aut ius compenſat aut iudex, reus proprie non compenſat, ſed cauſas allegat compenſationis. In *fin.* §. variat lectio: vulgatæ editiones legunt: *præſtare oportet, in reliquum eum, cum quo actum eſt, condemnat.* In manuſcriptis pluribus ita legi *condemnari placet*, Ruſſard. & Pacius teſtantur: lectioni vulgatæ ſi addes verbum, *iudex*, quod fecit Contius, expedita res eſt: nec opus eſt legere cum Hottom. quem Criſpinus & Pacius in editione quæ vulgo manibus teritur ſequuntur, *poterit iudex condemnare*. quinimo vitioſam lectionem facit verbum, *poterit:* neque enim hoc in arbitrio iudicis poſitum eſt, ſed debet ille compenſationis obiectæ, vbi debitum certum eſt habere rationem.

TEXTVS.

37. Cum eo quoque, qui creditoribus ſuis bonis ceſſit, ſi poſtea aliquid adquiſiuerit, quod idoneum emolumētum habeat, ex integro in id quod facere poteſt, creditores experiuntur: inhumanum enim erat ſpoliatum fortunis ſuis in ſolidum damnari.

COMMENTARIVS.

NEgligenter valde iſtam materiam tractaſſe videtur Tribonianus. *In* §. *Item ſi* 37. tractat caſum, quo minuitur actio per exceptionem quam vocant competentiæ, mox *in verſ. propter*, eum caſum, quo minuitur ob retentionem ſine compenſationem. Inde rurſus *in* §. *ſed & ſi* redit ad eos qui conueniuntur ſolum in id quod facere poſſunt, & cum iterum interieciſſet alium §. de compenſatione, hoc §. *vlt.* aliud adhuc exemplum eius debitoris proponit, qui non vltra quam facere poteſt condemnatur. Cauſa huius beneficii eſt miſeratio, ne iterum in ſolidum excutiatur, qui ſemel omnibus ſuis bonis ceſſit, vt hoc loco in extremo Iuſtinianus ſcribit. Illud autem ex hoc §. euidenter probatur, quod poſt ceſſionem nihilominus adhuc obligatus in reſiduum maneat debitor, & quidem,

cum efficaciter rurſus conueniri poſſit, naturaliter & ciuiliter, quod communiter probari à Dd. teſtatur *Iaſon contra gl.* quæ per ceſſionem putat tolli ciuilem obligationem. Præter rem autem eſt, quod Interpp. hic tractant materiam ceſſionis. Vnum adhuc genus perſonarum eſt, quibus hoc beneficium competit, ſpeciali fauore & priuilegio nimirum milites armatæ militiæ *l. miles 6. in pr. & l. item 18. de re iudic.* Eſt autem in vniuerſum priuilegium hoc plane perſonale, quod nec hæredibus datur *l. ſciendum 25. de re iud. l. maritum 12. l. rei 15. ſolut. matrim.* nec fideiuſſoribus *l. etſi 24. de re iudic.* Ex quo efficitur, vt vbi fideiuſſor datus eſt, hoc remedium ſit fere inutile debitori, quoniam fideiuſſor in ſolidum exactus, itidem in ſolidum exiget actione mandati reum principalem. Relatio enim illa, quæ eſt inter creditorem & reum principalem, non eſt inter creditorem, & fideiuſſorem, nec rurſus inter hunc & eum pro quo fideiuſſit. Et licet iure nouo prius conueniendus ſit principalis, attamen quod ab hoc conſequi non potuit creditor, exiget à fideiuſſore, cum eodem iure nouo non electione & litis conteſtatione, ſed ſolutione demum perimatur obligatio *l. vlt. C. de fideiuſſ.* Cautelam tamen tradunt Interpp. *in §. ſed & ſi quis ſup. h. t. & ibi Iaſon num. 11.* vt fideiuſſor conuentus denuntiet Reo principali, & hic veniens ſuſcipiat in ſe iudicium, & hanc exceptionem opponat. Quod haud ſcio an rationi iuris conueniat, cum creditor propriam actionem ex ſtipulatu habeat contra fideiuſſorem: & alias fruſtranei eſſent textus, qui fideiuſſori hoc beneficium competere negant: & ita fieret iniuria creditori, qui accipiendo fideiuſſorem, in omnem euentum ſibi voluit eſſe conſultum.

Ad Titvlvm VII.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

QVOD CVM EO QVI IN aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

TEXTVS.

Quia tamen ſuperius mentionem habuimus, de actione, qua in peculium filiorum ſeruorumque agitur, opus eſt, vt de hac actione & de cæteris, quæ eorundem nomine, in parentes dominosve dari ſolent, admoneamus diligentius. Et quia ſiue cum ſeruis negotium geſtum ſit, ſiue cum iis qui in poteſtate parentum ſunt, fere eadem iura ſeruantur, ne diſputatio verboſa fiat, dirigamus ſermonem in perſonam ſerui dominique: idem intellecturi, de liberis quoque & parentibus, in quorum poteſtate ſunt. Nam ſi in his proprie quid ſeruetur, ſeparatim oſtendemus.

Commentarivs.

De actionibus, quæ hoc tit. explicantur, accurate ſatis egi *Tract. de Action. diſp. 8. De actionibus pretoriis in perſonam.* In textu, ſi quæ occurrent explicatu digna, videamus. Continuationis ratio exponitur in pr. huius textus, *ex §. actiones 10.* vel *ex §. ſunt præterea 36. tit. praeced.* quibus locis Iuſtin. aliquid attigit de actione de peculio, de qua & aliis quæ dantur in patrem & dominum ex conuentionibus filiorum & ſeruorum hoc tit. plenius agit, ſimul & iis

Digitized by Google

& iis quæ ex liberorum & ſui iuris hominum quibuſdam contractibus in alios dantur. Et nimirum quiſque obligatur ex conuentione aut propria aut aliena: & hac vel eius, qui eſt in poteſtate noſtra, aut non eſt, quod contingit in actione inſtitoria & exercitoria, de qua *inf. h.t.* nam cum actio contra alios detur, eos etiam aliqua obligatos eſſe neceſſe eſt: aliqua dico, nam reuera non ſunt obligati, niſi quatenus factum præpoſitionis v. c. facit, vt prætor in ipſos propoſuerit actionem: Eſt enim hoc iuris prætorii, nec ſatis conuenit iuri ciuili, vt quis ex conuentione aliena obligetur, vt maxime hic ſit in eius poteſtate. Nam vt hic domino vel patri acquirat actionem, ius poteſtatis facit, nec adeo conſequitur, vt etiam per eam pater dominuſve debeant obligari: & ita nimirum tradidit *Iuſtin. in d. §. actiones 10. tit. præc.* ex contractibus ſeruorum & filiorum, dominos patreſve iure ciuili non obligari: vt proinde qua in hos actiones iſtæ, de quibus h. t. dantur, magis eæ ſint datiuæ quam natiuæ.

Eadem fere.] Merito adiecit fere. Nam 1. filiusfam. contrahens & ipſe obligatur ita vt conueniri poſſit. *l. filiusf. 39. de obl. & act.* ſeruus ita non obligatur §. *Item 6. ſup. de inutil ſtip.* 2. Seruo mutuam pecuniam accipiente, dominus de peculio obligatur: quod in filiofamil. ſecus ob SC. Macedonianum. §. *illud 7. infra h.t.* 3. Filiusfam. etiam ſi fideiuſſerit, nouauerit, compromiſerit, obligat patrem de peculio: quod ſecus eſt in ſeruo extra cauſam peculiarem *l. 3. §. ſi filiusfam. 5. de peculio.*

TEXTVS.

1. Si igitur iuſſu domini cum ſeruo negotium geſtum erit, in ſolidum prætor aduerſus dominum actionem pollicetur, ſcilicet, quia is qui ita contrahit, fidem domini ſequi videtur.

COMMENTARIVS.

1 *Quomodo iuſſu domini cum ſeruo contrahi dicatur.*

Actio hæc *quod iuſſu.* naſcitur ex ſpeciali & expreſſa domini voluntate, ideoque merito tenetur dominus, quoniam contrahens cum ſeruo ex domini iuſſu, videtur iubentis † fidem ſequi: ideoque etiam tenetur dominus in ſolidum *h. textu*: ſcil. quatenus iuſſit, & ita reſpectiue ad actionem de peculio: cæteroquin ſi extra & vltra iuſſum quid egerit ſeruus, eatenus dominus actione hac quod iuſſu non tenebitur. At videri poſſit omnino directa actione dominus teneri, vt ſeruus inſtar nuntii & miniſtri cenſeatur, in cuiuſmodi terminis non miniſter, ſed ipſe qui alterius miniſterio vtitur, conuenitur *l. qui autem 14. §. vlt. cum l. ſeq. de conſt. pecun. arg. l. ſi pupilli 6 §. 1. de negot. geſt.* Sed enim tum ſeruus nuntii, aut miniſtri nudi vices habet, cum dominus, verbi cauſa, ipſe mutuum accepit, & ſeruo pecuniam numerari iubet, quo caſu ceſſat actio, quod iuſſu *l. vlt. quod iuſſu.* Sed cum dominus ipſum ſeruum contrahere iubet, ſimplicis miniſtri perſonam ſeruus non ſuſtinet; idque manifeſte inde euincitur, quod filiusfam. ſi patris iuſſu contrahat, ipſe quoque obligatur *l. 3. §. Sed verum 4. de minorib. l. pater 7. quod cum eo qui in al.* Quibus non obſtat *l. 4. C. eod.* quia ibi filius tamquam miniſter interuenit tantum, & ipſe pater contraxit, vt arguunt verba, *ex contractu patris.* itaque *in l. 1. in princ. h. t.* quod videatur *quodammodo* (non vere) contrahi cum eo qui iubet. Sed porro quomodo intelligemus iuſſu domini contractum? an quod dominus ſeruum iuſſit cum Titio contrahere, an quod iuſſerit Titium contrahere cum ſeruo? Et poſterius hoc pleríque textus ſub hoc titulo ſuadere videntur, & inprimis quod paſſim dicitur iuſſu domini cum ſeruo contractum: alias enim ſimpliciter dicendum fuiſſet, iuſſu domini ſeruum contraxiſſe: & *in l. 1. §. 1. h. t.*

Digitized by Google

h. t. proponitur iuſſum ita conceptum: *Quod voles cum ſeruo meo contrahere &c.* Hæc res olim diuerſas opiniones peperit inter *Ioh. & Plac.* quarum meminerunt *Iohan. Fab. & Angel. hic.* Et ſiquidem verba ad contrahentem directa proponimus, videtur actioni mandati eſſe locus, nec neceſſaria actio *Quod iuſſu.* idque etiam confirmat *l. ſi tibi C. mandati.* Hac de cauſa *Iohan. Faber* diſtinguit an verba dirigantur ad contrahentem cum ſeruo, & tum etiam actionem mandati competere per *d. l. ſi tibi.* præter actionem quid iuſſu: an dirigantur ad ſolum ſeruum, & tum ſolam eſſe actionem *quod iuſſu.* Et vero quod iuſſu domini cum ſeruo contrahi dicitur, non facit, vt neceſſario verba ſint dirigenda ad contrahentem cum ſeruo: ſed eo pertinet, quod ille iuſſum & voluntatem domini, quam ſeruus oſtendit, ſecutus, cum ſeruo contrahit: & facit, quod actioni huic locus eſt, ſi ſaltem ſubſcripſerit dominus chirographo ſerui *l. 1. §. ſed & 4. h. t.* tum, quod alias non iuſſum ſed mandatum diceretur: & nimirum iubere dicitur dominus dum cum ſeruo loquitur & agit, qui hoc facit ex neceſſitate ſeruili: ideoque idem eſt, ſi dominus vſus fuerit verbo *mandandi*, quia perſonæ qualitas facit, vt id de iuſſu explicetur *l. 1. §. 3. h t.* quod inepte moneretur, ſi verba ad tertium fuiſſent directa, in quo verum eſſet mandatum. Quod autem & hoc caſu ſit actio *quod iuſſu* probatur per *l. 1. §. 1. l. 2. in pr. h. t.* aut an vtrumque illic caſibus concurriſſe dicimus, vt & dominus iuſſerit ſeruum contrahere, & quoque tertio hoc intimauerit: cæteroquin ſi hoc ſolum interuenerit, vt dominus alii mandauerit, cum ſeruo ſuo contrahere, videbitur ſola eſſe actio mandati.

TEXTVS.

2. Eadem ratione prætor duas alias in ſolidum actiones pollicetur: quarum altera exercitoria, altera inſtitoria appellatur. Exercitoria habet tunc locum, cum quis ſeruum ſuum magiſtrum naui præpoſuerit, & cum eo quod eius rei gratia cui præpoſitus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia is appellatur exercitor, ad quem quotidianus nauis quæſtus pertinet. Inſtitoria habet tunc locum, cum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi ſeruum ſuum præpoſuerit & quid cum eo eius rei cauſa cui præpoſitus erit, fuerit conſtitutum. Ideoque autem inſtitoria appellatur, quia qui præponuntur negotiationibus, inſtitores vocantur. Iſtas duas actiones tamen prætor reddet eſſe hominem quis liberum aut alienum ſeruum tabernæ aut naui aut cuilibet negotiationi præpoſuerit, ſcil. quia eadem iniquitatis ratio etiam eo caſu interueniat.

COMMENTARIVS.

1 *An & ipſi liberi homines v. c. inſtitores tenentur, ad* l. vlt. de inſtit. eod.

2 *An præponens quoque habeat actionem contra eum qui contraxit cum inſtitore.*

HÆ duæ actiones habent cauſam, generalem domini voluntatem, dum quis naui aut v. c. tabernæ præponitur: Etenim inſtitor proprie eſt, qui negotiationi alicui quæſtuariæ præficitur, non vt vnum, ſed vt plures contractus faciat, vẽdendo, emendo permutando, pro vt ratio illius negotiationis expoſcit. Minus autem proprie eſt inſtitor, qui recipiendis, verbi cauſa, mutuis pecuniis aut ad ſingulares actus præficitur, quo caſu quoque vtili tantum inſtitoriæ eſt locus *l. pen. C. de inſtit. act.* Qui autem naui præponitur, magiſter dicitur: & qui eum præponit, exercitor: à quo actio exercitoria appellata eſt, cum inſtitoria à præpoſito nomen acceperit: nulla alia,

Digitized by Google

la alia, vt puto ratione, quam quod iſtę appellationes viſæ fuerunt concinniores. Vt alterutra competat, oportet contractum eſſe iuxta Legem propoſitionis, & eius rei gratia ad quam quis propoſitus fuit *h.* §. *l.* 1. §. *non autem* 7. *cum ſeqq. de exercit. act. l.* 5. §. *non tamen* 11. *de inſtit. act.* cuius probatio cui incumbat, docet *l. vlt. de exercit. act.* hanc enim, voluntas domini, quamuis ſuo ſenſu generalis, habet limitationem & determinationem. Hoc autem diſtant hæ duæ actiones à cæteris quæ *hoc tit.* proponuntur, quod etiam competunt, ſi quis hominem liberum & ſui iuris naui aut tabernæ prępoſuerit *h.* §. *in fin.* Nihilominus enim, licet ipſi inſtitores & hic teneantur, quia ipſi contraxerunt, *l.* 1. §. *eſt autem* 17. & §. *pen. de exercit. act.* ipſe quoque præponens conuenitur prætoria actione *h.* §. *in fin.* Cui &
1 quod ipſi præpoſiti † teneantur, ſi liberi homines ſint, obiici ſolet *l. vlt. de inſtit. act.* Sed reſpondetur, cum Interpp. ibi non contraxiſſe inſtitorem, ſed tantum confeſſum fuiſſe nomine præponentis, pecuniam ad menſam ſuam perueniſſe, & accurate & prolixe hanc obiectionem remoui *Tract. de Action. diſput.* 8.
2 *th* 11. Illud quæritur, an ſicut † præponens obligatur contrahenti cum inſtitore, ita viciſſim præponens contra eum qui cum inſtitore contraxit, habeat actionem. Et perſpicua eſt ratio differentiæ, ob quam præponenti actio non datur: quoniam imputari ſibi debet qui propoſuit *arg. l.* 1. §. *cuius autem* 4. *de exerc. act.* Et cum ex præpoſitione lucrum captet, æquum putauit prætor, eum quoque teneri; quæ ratio ceſſat in eo qui cum inſtitore contrahit, qui id vſus neceſſarii cauſa feciſſe intelligitur, & ſimul ſecutus fidem præponentis: quod non poteſt videri feciſſe præponens, qui indefinite cum omnibus ius contrahendi permiſit inſtitori. Itaque placuit ſufficere actionem ordinariam præponenti contra præpoſitum, mandati, vel negot. geſt. vel etiam Locati *l.* 1. §. *ſed ex* 18. *de exerc. act. l.* 1. §. 1. *de inſtit. act.* & regula iuris non patitur, vt per liberum hominem alteri adquiratur actio. Et id de exercitore ita reſponſum eſt *in d. l.* 1. §. 18. & errat Accurſius qui ibi putat ſecus eſſe in inſtitore: per *d. l.* 1. *in fin. de inſtit. act.* nam vt recte obſeruauit Faber hic, eſt illa tantum vtilis actio, & quæ ex æquitate in ſubſidium & quaſi extra ordinem accommodatur præponenti, vbi inſtitor ſoluendo non eſt, ita vt qui præpoſuit rem ſuam aliter ſeruare non poſſit *l.* 2. *de inſtit. act.* At in *d. l.* 1. §. 18. *de exerc. act.* proponitur ius ordinarium, & tamen in fin. additur: quod præſides prouinciarum extra ordinem iuuare ſoleant exercitores: quod bene conuenit, cum *d. l.* 2. *de inſtit. act.* neque vero vlla idonea differentiæ ratio inter exercitorem & inſtitorem afferri poſſit. Porro quid iuris ſit in procuratore ſimplici, an & qui cum eo contraxit aduerſus mandantem habeat actionem, & viciſſim hic contra illum, explicaui *d. diſp.* 8. *theſi* XI.

TEXTVS.

3. Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque ſi ſeruus in peculiari merce, ſciente domino negotietur, & quid cum eo eius rei cauſa contractum erit, ita prætor Ius dicit, vt quidquid erit in his mercibus, quodque inde receptum erit, id inter dominum ſi quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione diſtribuatur: & ideo tributoria vocatur, quia ipſi domino diſtributionem prætor permittit. Nam ſi quis queratur ex creditoribus, quaſi minus quam oportuerit, tributum ſit, accommodat ei hanc actionem, quæ tributoria appellatur.

MMM Com-

Digitized by Google

Commentarivs.

1 *Hæc actio competit ob dolum.*

QVi peculium concedit, hoc ipſo facultatem contrahendi ſeruo quoque feciſſe cenſetur, arg. *l.1.§.5. de adq. poſſeſ.* Sed ea voluntas eſt paulo generalior & aliquanto remotior a ſingulis contractibus eoq; actio de peculio ita in dominū datur, vt is prius deducere poſſit, quidquid ſibi ſeruus debet, vt dicemus *ad §. ſeq.* Sed in caſu qui *h. §.* tractatur, voluntas domini, eſt paulo, vt ita loquar, vicinior, ſi dominus ſciat ſaltem & patiatur, ſeruum in merce peculiari negotiari *h. §.* itaque in hac actione tributoria priuilegium deductionis non habet, ſed æquali iure cum cæteris creditoribus in tributum vocatur *l.1. in pr. de tribut. act.* niſi mercibus cedere velit, *l.5. §. ſed etſi 12. cum ſeqq. l. illud 7. §.1. de tribut. act.* Et ſi inæqualiter & inique verſatus ſit in diſtributione dominus aut ſi merces penes ſe retineat nec tribuere velit, (hoc enim eſt quod dicitur *l.7. §. 2. h. t.* minus & eum hic diſtribuiſſe dici, qui nihil
1 tribuit) hac actione cōuenitur vt dolus † eius coerceatur *h. §. in fi. & d. l.7. §.2.* Vidi, qui putarent abſurdum eſſe, tantum ob dolum huic actioni locum eſſe. Sed illi non animaduerterunt, ita edixiſſe prætorem, vt dominus cedat mercibus, aut æqualiter eas diſtribuat. Et hactenus nulla actio. Quod ſi vero interpellatus à creditoribus dominus, mercibus nec cedat, aut improbe & inique in diſtribuendo verſatus ſit, iam coercendo dolo hæc actio demum eſt comparata: *h. §. in fi. & l. 8. de tribut. act.* vbi ICtus nō aliter, niſi interueniente dolo competere hanc actionem, quamuis vt eſt *in pr. d. l. 8.* non ſit de dolo, id eſt, non ſit illa actio doli, quæ famoſa eſt, & ideo pœnalis habetur, ſed eſt rei perſecutoria *l. 7. §. vlt. de trib. act.* nec damnatum ſequitur infamia: quo reſpectu præcipue opponitur actioni de dolo, quæ alias & ipſa non tripli aut dupli, ſed rei perſecutoria actio eſt.

TEXTVS.

4. Præterea introducta eſt actio de peculio, deque eo quod in rem domini verſum erit: vt quamuis ſine voluntate domini negotium geſtum erit, tamen ſiue quid verſum fuerit in rem eius, id totum præſtare debeat: ſiue quid non ſit in rem eius verſum, id eatenus præſtare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini verſum intelligitur, quidquid neceſſario in rem eius impenderit ſeruus: veluti ſi mutuatus pecuniam eius creditoribus ſoluerit, aut ædificia ruentia fulſerit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem neceſſariam mercatus erit. Itaque, ſi ex decem puta, aureis, quos ſeruus tuus mutuo accepit, tuo creditori quinque aureos ſoluerit, reliquos vero quinq; quolibet modo conſumpſerit, pro quinque quidem in ſolidum debes damnari, pro cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio ſit. Ex quo ſcilicet apparet, ſi toti decem aurei verſi fuerint in rem tuam, totos decem aureos Titium conſequi poſſe. Licet enim actio vna ſit, qua de peculio deque eo quod in rem domini verſum ſit agitur, tamen habet duas condemnationes. Itaque iudex apud quem de ea actione agitur, ante diſpicere ſolet, an in rem domini verſum ſit, nec aliter ad æſtimationem peculii tranſit, quam aut nihil intelligatur in rem domini verſum aut non totum. Cum autem quæritur, quantum in peculio ſit, ante deducitur,

Digitized by Google

tur, quidquid ſeruus domino eiue qui in poteſtate eius eſt, debet, & quod ſupereſt id ſolum intelligitur peculium. Aliquando tamen id quod ſeruus ei debet qui in poteſtate domini ſit, non deducitur ex peculio: veluti ſi is in ipſius peculio ſit: quod eo pertinet, vt ſi quid vicario ſuo ſeruus debeat, id ex peculio eius non deducatur.

COMMENTARIVS.

CAuſa, propter quam ex contractu ſerui in dominum actio datur, in vniuerſum eſt duplex: tum voluntas domini, quæ tamen non eſt vbique vnius generis, vt ex hactenus explicatis patet: tum vtilitas domini, quod nimirum ex contractu ſerui ad dominum aliquid peruenit, & ille locupletior factus eſt: quod dicitur in rem domini verſum eſſe, de qua actione *hoc* §. agitur, ſimul & coniunctim de actione de peculio, de qua diximus *& ſup. tit. preced. ad §. actiones* 10. *& latius Tract. de Action. diſp.* 8. *th.* 9. Ita autem *h.* §. diſputat Iuſtinianus, quaſi actio de in rem verſo non ſit ſeparata actio, ſed tantum actionis de peculio adiectio: vt ex *pr.* §. & inprimis licet colligere ex *verſ. licet.* vbi diſerte ait eſſe vnam actionem, ſed quæ duas habeat condemnationes. Cuius quaſi vnionis ea ratio videtur, quoniam quod in rem domini verſum eſt à ſeruo qui peculium habet, hoc ipſum dominus ſeruo debere intelligitur, itaque peculium auget, & tanto plus in eo eſſe cenſetur, vt docet *l.* 1. *§. vlt. de in rem verſo.* Itaque etiamſi ſimpliciter ſi de peculio agatur, hoc quoque per conſequentiam venit, quod in rem domini verſum eſt. Sed vtilius ita agitur, vt actioni de peculio hæc clauſula de in rem verſo adiiciatur. Ita enim actione inſtituta, iuxta *verſ. Itaque iudex h.* §. inprimis iudex diſpicit an quid in rem domini verſum ſit, & hoc totum quantum eſt, adiudicat actori: & hactenus actionis de peculio natura per iſtam adiectionem alteratur, quoniam non poteſt dominus vti priuilegio ſuo, & deducere quod ſibi debetur. Et hæc eſt vna condemnatio. Quod ſi *iuxta verſ. Itaque ſi ex.* non totum in domini rem verſum eſt, in eo quod ſupereſt condemnatur dominus, quatenus in peculio eſt, ſaluo ſcilicet priuilegio domini, quod habet ſi conueniatur ſimplici actione de peculio. Eaque gratia *in fin. huius* §. *in verſ. [illegible] autem.* docet Iuſtin. quidnam intelligatur eſſe in peculio, cuius in condemnatione ſecunda iudex habeat rationem: Et nimirum in peculio eſſe intelligitur, quod ſupereſt deducto eo, quod ſeruus naturaliter domino debet. Sicut enim quod dominus ſeruo debet auget peculium, & in eo computatur: ita ex diuerſo, quod ſeruus domino debet, peculium minuit & extra peculium reputatur: & dominus quaſi præueniſſe, & exegiſſe intelligitur. Idemque adeò eſt, ſi quid ſeruus debeat iis qui ſunt in eiuſdem poteſtate, quoniam per hos domino obligatio adquiritur, & hoc ipſi domino debetur, *l.* 9. *§.* 3. *de pecul.* Excipitur tamen *h* §. *in fi.* ſi quid ſeruus ordinarius debeat vicario ſuo: licet enim hic reuera ſit conſeruus, & vtique in poteſtate eiuſdem domini, attamen cum ex domini deſtinatione & voluntate vicarius ipſe ſit in peculio ſerui ordinarii, quod hic illi debet, non poteſt cenſeri extra peculium, neque proinde id dominus deducere poteſt. Eſt tamen aliquando actio de in rem verſo ſeparata ab actione de peculio, & ſola in iudicium poteſt deduci, verbi cauſa, ſi peculium ademptum, aut ſeruus mortuus, & annus intra quem de peculio his caſibus agi poteſt finitus ſit. Sed nec dubitandum putarim poſſe quem ſi velit, ſeorſim agere de in rem verſo, vtcunque poſſit etiam de peculio agere. Et Iuſtinianus dum ait eſſe vnam actionem oſtendit, hoc ſaltem, quod per vnam actionem vtrumque in iudicium deduci poſſit, & quæ commodiſſima ratio agendi ſit, docet. Quando porro & quid dicatur

Digitized by Google

eſſe in rem domini verſum, ipſe Iuſtinianus oſtendit exemplis *in verſ. In rem.* vbi tamen obſeruandum, quod, dum meminit impenſarum neceſſariarum, caſum magis certum exprimere voluerit, id enim omnino certo verſum in rem domini eſſe apparet: cæteroquin ſi quid vtiliter geſſerit ſeruus & rem domini meliorem fecerit, id excluſum non intelligitur, vt apparet ex *l. 5. §. 2. & paſſim tot. tit. de in rem verſ.*

TEXTVS.

5. Cæterum dubium non eſt, quin is quoque qui iuſſu domini contraxerit, cuique inſtitoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo agere poſſit, quod in rem domini verſum eſt: ſed erit ſtultiſſimus, ſi omiſſa actione, qua facilime ſolidum ex contractu conſequi poſſit, ſe ad difficultatem probandi perducat, in rem domini verſum eſſe, vel peculium ſeruum habere, & tantum habere, vt ſolidum ſibi ſolui poſſit. Is quoque cui competit tributoria actio, æque de peculio & de in rem verſo agere poteſt: ſed ſane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verſo. Tributoria ideo expedit agere, quia conditio domini in ea non eſt præcipua, id eſt, quod domino debetur, non deducitur, ſed eiuſdem iuris eſt dominus cuius & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur, & in id quod reliquum eſt, dominus creditori condemnatur. Rurſus de peculio ideo expedit agere, quod totius peculii in hac actione ratio habetur: at in tributoria eius tantum quo negotiatur. Et poteſt quiſque tertia forte parte peculii aut quarta, vel etiam minima negociari: maiorem autem partem in prædiis vel mancipiis, aut in fenebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quiſque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui poteſt probare in rem domini verſum eſſe, de in rem verſo agere debet.

COMMENTARIVS.

PErſpicuus hic locus eſt: & hoc 1. docemur ex contractu ſerui plures actiones dari, & concurrere: veluti ſi ſeruus qui peculium habet, inſtitor ſit, & in rem domini quid verterit, actioni inſtitoriæ, de peculio & de in rem verſo locus eſt. Cuius rei hæc ratio eſt, quoniam vt monuimus *ad fin. § actionum 28. tit. præced.* iſtæ non propriæ & per ſe ſubſiſtentes actiones, ſed actionum ex contractu qualitates & adiectiones ſunt: veluti ſi inſtitor vendiderit, & pecuniam in rem domini verterit, competit contra dominum reuera vna actio ex empto, ſed tripliciter, ex empto, inſtitoria, ex empto, de peculio: & ex empto, de in rem verſo. Concurrunt porro hæ actiones non cumulatiue, vt pluribus ſimul aut ſucceſſiue vti liceat, ſed electiue, vt per vnam altera conſumatur. Nam quod hic eſt reſponſum de actione tributoria, & de peculio, *in l. 9. §. 1. de tribut. act.* eligere debere creditorem qua actione experiri velit, & vna electa (id eſt cum effectu, in iudicium nimirum deducta,) ad alteram regreſſum non eſſe: id in cæteris quoque actionibus concurrentibus, quæ hic proponuntur, haud dubie locum habet. Obtinet enim hic in omnibus communis ratio, quod ex vnico contractu deſcendunt. Et quoniam igitur omnes conſumuntur electa vna, & non omnium eadem ratio eſt, ideo intereſt creditoris, vt hic prudenter agat & actio-

Digitized by Google

& actionem eligat, quæ commodior & vtilior futura ipſi eſt. Eoque pertinet *hic* §. in quo hoc agit Iuſtin. vt creditorem informet, & inſtruat, quæ actio ſit vtilior, & qua quod ſibi debetur plenius, aut facilius conſequi poſſit. Et quod etiam notaui *Tract. de actionib. diſp. 8. th.* 16. prærogatiua iſtarum actionum, vel pendet à propria earum qualitate, vel ab aliquo accidenti. Ad prius pertinet tum quod actio in ſolidum eſt, qua de cauſa præſtat agere actione, quod iuſſu, vel inſtitoria quam de peculio *h. §. verſ. ſed erit*, tum quod in ea dominus priuilegium non habet, qua de cauſa rurſus præſtat experiri Quod iuſſu, vel inſtitoria, vel etiam tributoria quam de peculio, in qua dominus, vt paulo ſuperius diximus, deducit, quod ſibi debetur *h. §. verſ. tributoriâ.* Ad poſterius pertinet, quod peculium eſt locuples; (quod facit, vt potius actione de peculio quã tributoria agere expediat, iuxta *verſ. rurſu h. §.*) quod in maiori parte peculij negotiatus eſt ſeruus, (& hic expedit agere tributoria *d. verſ.*) quod ſeruus domino nihil debet, (quo caſu vtilior eſt actio de peculio, *argum. §. prae. in fin.*) & ſi quæ ſunt alia. Et in primis quia non ita facile eſt ſemper probare, in rem domini pecuniam verſam eſſe, ex hac cauſa minus vtilis eſt actio, de in rem verſo, iuxta *h. §. in prae. verſ. ſed erit* ibi, *ad difficultatem probandi.*

TEXTVS.

6. Quæ diximus de ſeruo & domino, eadem intelligimus, & de filio, & filia, & nepote & nepte, & patre auoue, cuius in poteſtate ſunt. Illud proprie ſeruatur in eorum perſona, quod Macedonianum Senatusconſultum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in poteſtate parentis ſunt: ei qui crediderit, denegatur actio tam aduerſus filium ipſum, filiamue, nepotem neptemue (ſiue adhuc in poteſtate ſint ſiue morte parentis, vel emancipatione ceperint eſſe ſuæ poteſtatis) quam aduerſus patrem auumue: ſiue eos adhuc habeat in poteſtate, ſiue emancipauerit. Quæ ideo Senatus proſpexit; quia ſæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitæ parentum inſidiabantur.

COMMENTARIVS.

QVæ diximus.] Hoc iam monuit ſupr. ad *princ. tit.* ſe tantum de domino & ſeruo locuturum, & ſi quid ſpeciale ſit in filio & patre, ſe ſeparatim traditurum, quod ſtatim etiam in *verſ. ſeq.* præſtat, vno tamen ſaltem adducto exemplo, (plures differentias notauimus ad *d. princip.*) de mutuo, pecuniæ numeratæ (nam ad alias res mutuo datas, niſi fraus facta ſit Senatusconſultum non pertinet *l. item ſi 7. §. mutui 3. ad SC. Macedon.*) quod fruſtra contrahit filius ob SCtum Macedonianum, cuius ſententiam, & cauſam *h. §.* ſuccincte proponit Iuſtinianus; idque factum ſub Veſpaſiano, diſcimus ex *Suetonio cap.* 11. Autor, inquit, Senatui fuit, decernendi, ne filiorumfamilias fœneratoribus exigendi crediti ius vnquam eſſet, ne poſt patrum quidem mortem. Aperte adeo inepte ſunt, qui hic locum Plauti adducunt, de Lege Quina vicenaria: ſiquidem Senatusconſultũ hoc longe recentius, & ad omnes filiosfam. etiam maiores pertinet. Illud miror, cur Pacius ſiue Criſpinus in *pr. h. textus* verba, *& nepote*, &c. notis tamquam ſuſpecta incluſerint: cum tamen mox in *verſ.* ſiue *§. ſeq.* itidem nepotis & aui fiat mentio; & in dd. verbis habeatur verbum *patre*, quod à Iuſtiniano non omiſſum fuiſſe, id argumento eſt; quod meminit in *prin.* non tantum ſerui: Sed & domini.

pſe tenetur, vt notatum ad §. *illud 7. ſup. Mandati*, aut quæritur de actione & perſecutione ciuili; & rurſus, aut iuſſit dominus, aut ſaltem ita ſciuit, vt pro imperio herili prohibere potuerit, & tenetur ac ſi ipſe deliquiſſet in ſolidam damni dati æſtimationem, aut quomodo alius quiuis, qui deliquit; aut ignorauit, vel cum ſciret, prohibere non potuit, vel quod eodem redit, ſeruus prohibente domino quoque, contumaciter deliquit, & dominus conuenitur actione noxali de qua *hoc tit.* tractatur; & quidem hac tantum; neque enim ex delictis datur actio de peculio in dominum *l. ex pœnalib. 58. de R. I.* ponimus enim ignoraſſe dominum quod ſeruus deliquerit; atquin ſupra monuimus, cauſam actionis de peculio hanc eſſe, quod dominus facultatem contrahendi permiſiſſe cenſetur, ſed non vtique delinquendi.

Quod ſi permiſſu, aut voluntate domini peccauerit ſeruus, inepte quæratur de actione de peculio, cum ipſa pœnalis tum actio in dominum detur; & omnino peculium pro contractibus non pro delictis obligatum eſt.

Ex aduerſo ex contractibus ſerui non poteſt dari noxalis actio in dominum, etiamſi ſeruus dolum admiſerit *l. ex contractibus 49. in fin. de obligat. & act.* licet aliquando per actionem ex contractu quis per obliquum hoc cõſequatur, vt ſeruus noxæ ſibi dedatur, aut potius aliquando dominus conuentus ex contractu facultatem habeat ſeruum noxæ dedendi, ad hoc vt liberetur actione noxali, verbi gratia, ſi debitor ſeruum pignori mihi dederit, & is mihi fecerit furtum, in actionem contrariam pignoratitiam venit, quidquid ex cauſa pignoris mihi damni datum eſt, adeoq; & æſtimatio rei, quæ furto mihi ablata fuit; Quod ſi debitor dominus bona fide pignori ſeruum dederit, electionem habet, vt aut æſtimationem damni dati perſoluat, aut pro damno dato, ſeruum noxæ dedat, vel penes creditorem relinquat, nam, & ſi recta noxalem actionem inſtituerit creditor, plus conſequi nõ poſſet; quæ probantur in *l. inter 26. §. ſed. cum 7. Mandati. l. ſi ſeruus 31. de pignorat. act. l. ſi ſeruus 61. §. 1. cum ſeqq. de furtis.* Apparet ex his, quod actio de peculio fere eſt in contractibus, id eſſe actionem noxalem in delictis. Illa non propria actio, ſed actionum ex contractu adiectio: hæc itidem non propria eſt actio, ſed adiectio actionum ex delicto. Ita agitur contra dominum actione furti noxali, vi bon. rapt. noxali, &c. cuius adiectionis hic eſt effectus, vt dominus non teneatur præciſe æſtimationem damni dati, aut duplum triplumue ſoluere, ſed ſeruum pro delicto admiſſo actori noxæ dedere poſſit in *fin. pr. h. t.* cuius rei ratio redditur in *f. huius textus*; quod nequitia ſeruorum non debeat eſſe damnoſa dominis vltra ipſorum corpora; ſicut & rurſus ratio ſuaſit, vt qui damnum paſſus eſt, ſi nihil aliud, ſaltem corpus quod damnum dedit, conſequatur. Aget igitur, qui damnum paſſus eſt, (ſi non poſſit arguere ſcientiam, aut patientiam domini) alternatiue, vt pœna præſtetur, ſiue æſtimatio damni, aut vt ſeruus noxæ dedatur; quamuis notent Interpp. hic poſſe etiam ſimpliciter peti æſtimationem damni, ſiquidem facultas noxæ dedendi ex Lege eſt, quæ nec per ſententiam iudicis auferri domino poteſt *lex miles 6. §. 1. de re iudic.* vtique tamen agere ita oportet actorem, vt intelligatur eum facultatem dedendi domino facere, ne petendo ſolidum videatur arguere ſcientiam domini, & ita ſuccumbat, & Ioh. Fab. hic monet, vtilius eſſe agere alternatiue; cum & ita ſententia feratur *d. l. 6. §. 1. & §. 1. inf. de offic. iud.* Ait Iuſtinianus:

Veluti ſi furtum fecerint.] Recenſet quatuor ſpecies priuatorum delictorum, de quibus, prioribus quatuor huius libri titulis egit, quorum rurſus meminit in *§. 1. h. t.* minime autem excluduntur aliæ actiones ex delicto.

Noxa eſt ipſum corpus.] Hoc quidem perſpicue falſum eſt, & omnino inter errata Triboniani referendum; nec puto vllibi vſurpari verbum noxæ. Et vtique dicimus ſeruum noxæ dedi, & quod noxa caput ſequatur; vbi ridicu-

dicule quis per noxam ipſum corpus intelligat.

TEXTVS.

1. Dominus noxali iudicio ſerui ſui nomine conuentus, ſeruum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum dominium eius ſerui transfertur à domino. Sin autem damnum ei cui deditus eſt, ſeruus reſarcierit, quæſita pecunia, auxilio prætoris inuito domino manumittetur.

COMMENTARIVS.

CVm lex non vltra corpus ſerui velit dominum obligatum eſſe, vltro conſequitur quod in *princip.* §. dicitur, dominum liberari ſi ſeruum noxæ dedat; & cum porro communis iuris ſit, vt qui ſeruum, vel quid aliud debet, liberetur, ſi dominium tranſtulerit, ex liberatione domini, illud quoque eſt, quod ſequitur, dominium abire à domino priſtino, & ſcilic. tranſire in eum, cui ſeruus noxæ deditur. Cum tamen hæc cauſa & hic titulus inter modos adquirendi dominij nõ referatur, licet exiſtimare, olim tantum bonitarium dominium in actorem translatum fuiſſe, quod videtur ſignificare voluiſſe Paulus in *l. electio 26. in f. h. t.* vbi ait, eum, qui prætoris iuſſu ducitur, (noxæ ſcilic. deditus) in *BONIS* fieri eius, qui duxit.

Sin autem damnum.] Singularis modus quo ſeruus libertatem adipiſcitur, inuito domino; eiuſque commodo cedit, quod noxæ deditus eſt; ab altero enim domino licet oblata pecunia, non potuiſſet inuito extorquere libertatem. Ratio eſt, quod cauſa ſeruitutis apud hunc dominum hæc eſt, quod ipſi damnum dedit; qua ceſſante æſtimatione oblata ceſſat effectus.

Auxilio prætoris:] Nullam actionem habet, ſed implorabit nobile officium prætoris, vt notatum ſupr. *de his qui ſunt ſui iuris. ad §. vltim. ad verbum deprecentur.*

TEXTVS.

2. Sunt autem conſtitutæ noxales actiones, aut legibus, aut edicto prætoris. Legibus: veluti furti, ex Lege 12. tabularum: damni iniuriæ, ex Lege Aquilia. Edicto prætoris: veluti iniuriarum, & vi bonorum raptorum.

COMMENTARIVS.

DOcet hic locus, quod ad *princ. tit.* diximus, noxalem actionem eſſe actionem ipſam ex delicto, ſed cum propria hac qualitate, vt dominus ſeruum noxæ dari poſſit. Tum etiam probatur hinc verum eſſe, quod ſupra diximus ad §. *pœna de furt.* actionem furti nec manifeſti, in duplum eſſe ex Lege 12. tabb. quoniam conſtat, actionem furti manifeſti eſſe ex edicto prætoris; adeoque quod de furti actione ex LL. deſcendente, traditur hoc loco, pertinet ad actionem furti nec manifeſti. Et lapſus eſt Hottomannus, qui hic ex iſtimat, poſſe ad vtranque etiam manifeſti furti actionem hoc referri; quoniam (hac ratione vtitur) hoc vtique ſit ex 12. tabulis, vt domini ob ſeruorum delicta noxaliter conueniantur. Etenim ex hac ratione etiam actiones iniuriarum, & vi bon. rapt. noxales ad L. 12. tabb. referendæ eſſent; quod diſerte textui huic repugnat. Neque verum eſt, quod Hottomann. ait, prætorem tantum pœnam furti manifeſti auxiſſe; quia imo, vt probatum eſt d. loco, aliud genus pœnæ à prætore introductum eſt; cum ex L. 12. tabularum corporaliter animaduerteretur in fures manifeſtos.

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

3. Omnis autem noxalis actio caput ſequitur. Nam ſi ſeruus tuus noxam commiſerit, quamdiu in tua poteſtate ſit, tecum eſt actio. Si autem in poteſtatem alterius peruenerit, cum illo incipit actio eſſe. At ſi manumiſſus fuerit, directo ipſe tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diuerſo quoque directa actio noxalis eſſe incipit. Nam ſi liber homo noxiam commiſerit, & is ſeruus tuus eſſe ceperit, (quod quibuſdam caſibus effici primo libro tradidimus,) tecum incipit eſſe noxalis actio, quæ ante directa fuiſſet.

COMMENTARIVS.

1 *Seruus habet caput.*

2 *Cur ſeruus liber factus ex delicto, ſed non ex contractu teneatur.*

QVoniam hæc eſt qualitas noxalis actionis, vt dominus noxæ dando ſeruum liberetur, nec ad reſtitutionem damni aut pœnam ſoluendam compelli poſſit, fit inde, vt cuius ex poteſtate ſeruus exiit, amplius hac actione conueniri non poſſit, ſed ille teneatur, qui iam dominus ſerui eſt, & qui, ſi ipſi ignoranti ſeruus talis qui noxam commiſit, v. c. venditus ſit, eo nomine regreſſum habet contra venditorem: ex quo ſtipulatio illa ſiue clauſula in venditionibus ſeruorum receptiſſima, *eos noxis ſolutos eſſe l. 1. §. 1. & paſſim de ædilit. ed.* id eſt, non eſſe in ea conditione vt propter ipſos dominus noxali actione conueniri poſſit. Idque eſt quod hic tractat Iuſtin. & ſcribit, Noxalem actionem ſequi caput: vel vt eſt in *l. vlt. h. t.* Noxam ſequi caput. obligationem nimirum ex delicto, quæ ſemel contracta ſeruo inhæret, eumque quocunque eat, & in quemcūq; trāsferatur, comitatur: Et errat hic quoque Hottomannus, dum per caput intelligit dominum ſerui. Etenim 1. non puto vlbi ita loqui textus iuris, vt vocet dominum caput ſerui: quod & dominis non ſatis eſſet honorificum 2. cum noxa ſignificet delictum & obligationem ex delicto: ea vtique in ſerui perſona hæret, non in domino 3. dicitur in *l. 1. §. ſi apud 18. depoſ.* quod delicta & noxæ caput ſequantur, & id accommodatur ei caſui, quo qui ſeruus deliquit poſt manumiſſus fuit. Denique explicat hoc diſerte *l. quod dicitur 18. de furt.* quod noxa ſequatur caput nocentis. Nec mouet, quod † alibi ſeruus caput habere negatur *§. ſeruus 4. ſup. de cap. dim.* ibi enim verbum *Capitis* in ſpecie vſurpatur, vt patet ex *l. vltim. de cap. min.* ſicut & verbum *perſona* in ſpecie ſumptum ſeruo negatur, ſed recte latius ſumptum de eo prædicatur, vt explicatum ſup. *de iure perſ.* Eademque ratio *Capitis* eſt. 1

At ſi manumiſſus fuerit.] Qui in ſeruitute deliquit, † manumiſſus ipſe conuenitur actione ex delicto ordinaria, quæ in eum datur, qui eo quo deliquit tempore, liber fuit *h. §. & l. quod ab alio 15. de condict. furt. l. 4. C. An ſeruus pro ſuo fact.* Rationem reddit Hottoman. quod naturalis obligatio quæ durante ſeruitute cepit, fiat efficax poſt libertatem. Sed ita etiam tenebitur ſeruus poſt manumiſſionem ex contractibus in ſeruitute geſtis, ex quibus vtique obligatur naturaliter *l. 14. de O. & A.* quod extra caſus ſingulares in *l. 3. Cod. An ſeru. ex ſuo fact.* falſum eſt *l. 1. 2. & 5. C. d. t.* Itaque ratio differentiæ quæ diſerte ponitur in *l. ſerui 14. de O. & A.* inter contractus & delicta quærenda eſt: eoque in hoc poſita eſſe videtur, quod ſeruus contrahens omnia adquirit domino, & qui cum eo contrahit, ſcit ſibi cum ſeruo nullam actionem eſſe poſſe, itaque domini perſonam ſpectare intelligitur, dum cum ſeruo contrahit: & actio de peculio fundamētum habet ipſam conceſſionem domini & permiſſionem. Itaque quod dicitur ſimpliciter in *l. ſerui 14. de obl. & actio.* eum qui mutuam pecuniam accepit à ſeruo & eam ſoluit manumiſſo, liberari: vel accipiendum eſt de ſimplici ratione libera- 2

NNN tionis

tionis ab obligatione naturali, de qua ibi agitur: vel explicandum eſt ex *l. ſi qui* 18. *l. quod ſeruus* 35. *de ſolut.* ſi qui ſoluit, iuſtam cauſam habuit credendi, quod id fiat non inuito olim domino, cui actio ex mutuo quæſita fuit, vel, ſi putauit peculium ei non ademptum, quo modo in dubio relictum manumiſſo intelligitur §. *peculium* 20. *verſ. peculium. de legatis.* Hoc etiam addendum, ſi ſeruus ex contractu ſuo poſt manumiſſionem ſoluat, eum repetere non poſſe, *arg. d. l.* 14 *de O. & A.* Porro, vt eo redeamus, delictorum alia ratio eſt, quæ committuntur domino ignorante, & in inuitos aut ignorantes, & planiſſime in ipſius ſerui perſona inhærent, & ex iis pariter ſeruus & liber obligantur: & pœna ipſi quoque ſeruo adhuc irrogatur, vbi de coercitione in corpus quæritur: ſed quo minus ciuiliter & pecuniariæ actionibus ex delicto conueniatur, conditio ipſius obſtat, quæ ipſo manumiſſo mutata eſt. Ex quo etiam fit, quod eſt in *f. h.* §. vt liber homo, antequam actio ex delicto contra ipſum inſtituta ſit, in ſeruitutem redactus fuerit, actio directa fiat noxalis & detur in dominum.

TEXTVS.

4. Si ſeruus domino noxiam commiſerit, actio nulla naſcitur. Namque inter dominum & eum qui in poteſtate eius eſt, nulla obligatio naſci poteſt. Ideoque &, ſi in alienam poteſtatem ſeruus peruenerit, aut manumiſſus fuerit, neq; cum ipſo, neque cum eo cuius nunc in poteſtate ſit, agi poteſt. Vnde ſi alienus ſeruus noxiam tibi commiſerit, & is poſtea in poteſtate tua eſſe cœperit, interdicitur actio: quia in caſum deducta res ſit, in quo conſiſtere non potuit. Ideoque licet poteſtate tua exierit, agere non potes: quemadmodum ſi dominus cōmiſerit in ſeruum ſuum, nec ſi manumiſſus aut alienatus fuerit ſeruus, vllam actionem contra dominum habere poteſt.

COMMENTARIVS.

HAbet iſtud ſpeciem limitationis ad §. *præcedentem*, in quo dixit, ſi ſeruus damnum dederit alicui, noxalem actionem competere, & noxam caput ſequi, & teneri eum etiam manumiſſum. Hoc ita ſi extraneo damnum dederit, aut noxam commiſerit: ſecus ſi domino ſuo. Nulla enim hic initio propter ius poteſtatis actio naſci poteſt, & quæ nata non eſt, non poteſt ſequi caput, nec poſtea ob alienationem vel manumiſſionem ſecutam demum naſci *l. 1. C. h. t. l. vlt. C. an ſeruus pro ſuo fact. l. quod* 18. *de furt.* Ex quo rurſus confutatur ratio Hottom. qua ad §. *praced.* vtitur, ideo actionem ex delicto contra manumiſſum dari, quod obligatio, quę ante erat naturalis tum incipiat eſſe ciuilis. Nam & dum damnum ſeruus domino ſuo dat, procul dubio naturaliter ipſi ad reſarciendum obligatur, & tamen contra manumiſſum nullam habet actionem dominus. Et primum hoc eſt, quod *iſto* §. traditur. Actionem quæ ab initio nata non eſt, mutata licet poſtea conditione ſerui, & re in eum caſum deducta, quo actio nata fuiſſet, non emergere. Alterum eſt Actionem, quæ ab initio vtiliter nata eſt extingui, ſi res in eum ſtatum fuerit deducta, à quo incipere non potuiſſet, & in quo actio nata non fuiſſet, neque licet res ad priorem ſtatum redierit, reuiuiſcere: v. c. ſi ſeruus alienus qui damnum mihi dedit, in poteſtatem meam peruenerit, & poſtea rurſus ab ea liberatus fuerit *h* §. *verſ. vnde ſi alienus l. vlt. C. An ſeru. pro ſuo fact.* Itaque in *d. verſ.* pro *interdicitur actio*, rectius legitur, *intercidit actio*, quod Hotto. & Ruſſard. probant, & ita Theoph. habet ἀποσβέννυται ἡ τεχθεῖσα ἀγωγὴ extinguitur nata actio: niſi interdici actionem accipimus, quam ipſo iure competentem, prætor ex iuſtis cauſis negat. Porro de regula illa, quod actus ad nihilum redigatur, vbi peruenit

peruenit in caſum à quo incipere non poteſt, diximus ad § *Ex contrario* 14. *ſup. de legat.*

Si dominus in ſeruum.] Eadem hic ratio eſt, quia nulla actio ex ipſo delicto initio nata fuit.

TEXTVS.

5. Sed veteres quidem hoc & in filiisfam. maſculis & fœminis admiſere: noua autem hominum conuerſatio, huiuſmodi aſperitatem recte reſpuendam eſſe exiſtimauit, & ab vſu communi hoc penitus receſſit. Quis enim patiatur filium ſuum, & maxime filiam, in noxam alij dare, vt pene per filij corpus pater magis quã filius periclitetur: cum in filiabus etiam fauor pudicitiæ hoc bene excludat. Et ideo placuit, in ſeruos tantummodo noxales actiones eſſe proponendas, cum apud veteres Legum commentatores ſæpius inuenerimus dictum, ipſos filiosfamiliarum pro ſuis delictis poſſe conueniri.

COMMENTARIVS.

RAtio iuris veteris, cuius fit mentio in *prin.* §. pendet à veteri & ſummo poteſtatis iure, parentum in liberos, de quo ſup. *lib.* 1. *tit.* 5. ex Dionyſ. Halic. & aliis luculenter egimus: & quod illud iam diu ante Iuſtin. diſplicuerit, probauimus ab imaginariis venditionibus, quæ emancipationibus obſeruabantur.

Quis enim patiatur.] Hæc vna eſt ratio mutationis, ſumta à miſeratione liberorum, qui ita alteri in ſeruitutem dedebantur.

Et maxime filiam.] Hæc ratio proprie eſt ſexus fœminini, à pudicitiæ fauore, quæ tamen etiam in pueris militat.

Vt pene per filii corpus.] Ratio tertia à miſeratione patris *arg. l.* 8. *in f. Quod met. cauſ.*

Ipſos filiosfam.] Quarta ratio, quod ipſi liberi actione ex delicto conueniantur, ſicut & ex contractibus ſuis obligantur *l.* 39. *de obl. & act.* Quod ſi pœnam pecuniariam aut æſtimationem ſoluere nõ poſſint, iuxta vulgatum axioma, punientur in corpus: niſi pater ſoluendo pecuniam illos liberare malit, quod ſane facere non cogitur. Sed & hoc remedi[illegible] cuiuſdam loco introductum eſt, vt quamuis pater ex pœnalibus cauſis & delictis fili[illegible], nec peculiotenus quidem conueniri poſſit *l.* 58. *de R. I.* tamen filio condemnato in certam ſummam, actione iudiciali de peculio pater teneatur *l.* 3. §. *Idem* 11. *de pecul.* de quo etiam ſupra aliquid nos dixiſſe meminimus.

AD TITVLVM IX. LIBRI QVARTI INſtitutionum,

SI QVADRVPES PAVPERiem feciſſe dicatur.

TEXTVS.

Animalium nomine, quæ ratione carent, ſi qua laſciuia aut pauore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis Lege XII. tabularum actio prodita eſt. Quæ animalia ſi noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita L. duodecim tabularum ſcripta eſt: vtputa ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, aut bos cornu petere ſolitus cornu petierit. Hæc autem actio in ijs quæ contra naturam mouentur, locum habet. Ceterum ſi genitalis ſit feritas, ceſſat actio. Denique ſi vrſus à domino fugerit, & ſic nocuerit, non poteſt quondam dominus conueniri, quia deſiit eſſe dominus vbi fera euaſit. Pauperies autem eſt damnum, ſine iniuria facientis datum. Nec enim poteſt animal iniuriam feciſſe dici quod ſenſu caret. Hęc quidem ad noxalem pertinent actionem.

Digitized by Google

Commentarivs.

COnuenimur & tenemur ex eorum qui in poteſtate noſtra ſunt & conuentionibus, iuxta tradita tit. 7. & delictis, ſed noxaliter tantum. In poteſtate noſtra ſunt animalia & rationalia, vt liberi noſtri & ſerui, de quorum delictis actum tit. præced. & ratione carentia, de quibus *h. t.* Delictum hic latius ſumimus, vt etiam competat beſtiis hæc vox, licet illæ verbo in ſpecie ſumto, non dicantur delinquere nec iniuriam facere, *h. tex. verſ. pauperes.* quia, vt ibidem dicitur, ſenſu carent, id eſt non ſentiunt neq; intelligunt ſe delinquere, cum careant proæreſi. Qua de cauſa iſtius generis delictum in ſpecie pauperies vocatur *d. verſ. & in pr. h. t.* quoniam alter ex eo fit pauperior, alias conſt animalia bruta quoque ſenſum habere & animam ſentientem, & philoſophis animal definitur corpus ſentiens. Sed &, ſi ius eo ſenſu accipiatur, quo in *l. 1. de Iuſt. & iur. & in pr. ſup. de iur. nat.* &, ſi animalia bruta iure vtuntur, neceſſario ſequitur, ea ſenſu eodem iniuriam quoque facere dici: quo reſpectu, ſi arietes commiſerunt inter ſe, & alter periit, inter prouocantem (ſcilicet qui quaſi iniuriam prior intulit,) & prouocatum diſtinguitur *l. 1. §. cum arietes 11 ſi quadrup. paup.*

Animalium nomine.] Quadrupedum in rubrica hic & in Digeſt. mentio fit, hæc enim fere damnum dare ſolent: ad bipedes tamen & aues hoc quoque porrectum fuit, vt actio vtilis daretur *l. 4. h. t.* ſed & amplius ad pecudes tantum hoc pertinere videtur: arg. eius quod de cane in ſpecie Edicto ædilium cautum eſt, *§. vlt. & pr. h. t.* an forte quia fruſtra canis noxa daretur, ex quo fere nullam vtilitatem domini percipiant.

Si qua laſciuia aut pauore.] Theoph. videtur legiſſe *ferus*, reddidit enim θηριότητα: additur, *aut feritate.* quia hæc animalia alias manſueta, induunt quaſi naturam ferarum beſtiarum, dum cõtra naturam ordinariam iſtorum animalium ita mouentur, vt eſt in *pr. §. 1.* ex quodam contracto quaſi vitio, ideoque in *f. pr.* ait Iuſtin. *bos cornu petere ſolitus*, quia ſi id facere ſolitus non ſit, creditur culpa aut inſtigatione hominis id feciſſe, quo caſu non hac, ſed actione Legis Aquiliæ experimur, *l. 1. §. 4. 5. & 6. h. t.* Ex quo amplius efficitur, vt ſi feræ beſtiæ damnum dederint, ceſſet hæc actio, quia hæ ex natura ſua lædere ſolent: idque docet Iuſtin. *h. text. verſ. ceterum.* Et id apparet tractari de huiuſmodi feris beſtiis, quæ occupatæ, ſunt redactæ in poteſtatem alienam & in priuati dominio ſunt, de quibus in *textu ſeq.* ex quo hoc quoque diſcimus, quod hic affirmatur, ceſſare hanc actionem, ſi genitalis ſit feritas, accipiendum eſſe de actione directa; vtilis enim locum habet *d. §. vlt. in fin.*

Noxalis actio L. XII. tabb.] In Lege Aquilia ſerui & quadrupedes æquiparantur *l. 2. de L. Aquil.* non diſſimiliter & hic, vt pro vtrorumque delictis ſit noxalis actio: itaque dominus aut æſtimationem damni præſtare neceſſe habet, aut animal pro damno dedere ei qui damnum accepit: & hoc facto liberatur *h. tex.* vbi additur ratio, quia ita L. XII. tabb. ſcriptaſit: ſed ratio porro eſt, (in iſta enim nõ adquieſcit animus) quæ *tit. præced.* relata eſt de ſeruis, quia non placuit, ferociam iſtorum animalium vltra corpora ipſorum dominis damnoſam eſſe: & poſſit tamen dominus ex cauſa aliter & grauius coerceri, ſi ſciens vitium animalium, ea forte vagari ſine cuſtode permiſerit.

Vt puta ſi equus calcitroſus.] Hottom. qui vbique captat occaſionem inſectandi Tribonianum, hoc quoq; loco reprehendit eum, quod exempla regulæ propoſuerit, quæ demum ſequitur in *§. ſeq verſ. hac autem.* Sed inepta & iniqua reprehenſio eſt: vel quia parum ad rem ipſam intereſt, an à regula an ab exemplis fiat initium: vel quia recte etiam referuntur ſub *pr. tit.* vbi Iuſtin. ait de animalibus, quæ laſciuia, pauore &c. damnum dederunt, quod in *f. d. pr.* exemplis equi calcitroſi & bouis cornupetæ voluit illuſtrare.

Denique ſi vrſus.] Hic locus non ita explicandus eſt, quaſi hæc ſit ratio cur non detur hæc actio, quia fugerit vrſus: nam & adhuc in poteſtate exiſtens beſtia damnum dare poteſt: ſed

ſed Iuſtiniani hæc eſt ſententia quod vtroque caſu ſiue vrſus adhuc in poteſtate, ſiue cum fugiſſet, damnum dederit, ceſſare hanc actionem: quin amplius & tertio caſu, ſi cum in poteſtate eſſet nocuit & poſtea fugit. Primo caſu ceſſat hæc actio, quia in caſum quo genitali feritate damnum datur, hæc actio concepta non eſt: & tamen vtilis datur, vt modo diximus. Altero caſu ceſſat, quoniam non amplius fuit dominus, cum damnum daret beſtia. Tertio, quia beſtia quæ euaſit eſt inſtar ſerui manumiſſi, nec amplius noxæ dari poteſt animal quod euaſit.

Hæc ad noxalem actionem.] Hoc adiecit, propter aliam actionem, quæ ex edicto ædilium competit, de qua *text. ſeq.* & eſt quaſi remotio obiectionis tacitæ: quod iniquum ſit, nullo modo teneri eum, qui feram beſtiam, quæ nocuit, in poteſtate habet: reſpondetur autem, licet ob proprias rationes non competat directa actio noxalis, tamen alio remedio damnum paſſo ſuccurratur.

TEXTVS.

1. Ceterum ſciendum eſt, ædilitio edicto prohiberi nos, canẽ, verrem, aprum, vrſum, leonem ibi habere, qua vulgo fit iter: &, ſi aduerſus ea factum erit, & nocitum libero homini eſſe dicatur, quod bonum & æquum iudici videtur, tanti dominus condemnatur: ceterarum vero rerum, quanti damnum datum ſit dupli. Præter has autem ædilitias actiones, locum habebit & de pauperie: numquam enim actiones præſertim pœnales de eadem re concurrentes, alia aliam conſumit.

COMMENTARIVS.

EDictum ædilium proponitur in *l. hi enim 40. cum ſeqq. de ædil. edict.* Si homo liber perierit, pœna eſt 200. ſolidorum, ſi ei nocitum ſit, quid in æſtimationem damni veniat, docet *l. 3. h. t.* in qua haud tamen ſcio ſatis, quid per *Legem* intelligat ICtus, vix enim eſt vt ita appellauerit Edictum ædilitium: & vtique tamen actio noxalis ex L. XII. de pauperie, pro iis quæ ibi referuntur, competere non poteſt. Pro reliquis damnis eſt actio in duplum. Vt tamen poſitis terminis habilibus non excludatur actio de pauperie, vt ait Iuſtin. in *h. §. ve ſ. præter.* quod iam olim Accurſ. recte explicauit de vtili actione; ceteroquin obſtaret §. 1. *ſup. h. t.* quæ negat comparatam eſſe hanc actionem, in caſum quo genitali & ingenita feritate beſtia damnum dedit. Placuit autem in hunc caſum quoque actionem vtilem noxalem porrigi, ſi quis mallet potius ipſam beſtiam conſequi, & ad eam quæ adhuc penes dominum eſt, dedendum, aut æſtimationem damni alternatiue experiri. Quod fere ſecus ſi habet in feris beſtiis, v. c. vrſis, apris, leonibus: nam manſuetæ beſtiæ vtiles ſunt dominis ſuis, aut emptores facile inueniunt. Eaque gratia diximus pro cane quoque non videri introductam actionem de pauperie: & proinde *l. 2. h. t.* accipienda erit de actione vtili: vel etiam ad Edictum ædilitium referenda, de quo aut de alio id genus iure, non autem de actione noxali agitur in *l. 3. eod. tit.* Aut an potius dicimus L. XII. tabb. & actionem de pauperie etiam in cane locum habere, de quo etiam Plato locutus eſt *XI. de LL.* & Plutarcho teſte, Solon: ſed ædiles inſuper addidiſſe pœnam Edicto ſuo, (cum forte noxalis actio leuior videretur) & quidem non in omnem caſum, ſed ſi canis ibi habitus, qua vulgo iter fit, damnum dediſſet. Et quid ſi extra eum caſum aper, vrſus aut leo damnum dederint, an tum ceſſabit omnis actio? Et quidni & hic actio noxalis directo locum habere potuerit: & habent iſtæ quoque beſtiæ precium & vtilitatem ſuam. An offendit hic Tribonianus? an ſpeciatim accipitur genitalis feritas, quæ facta eſt à beſtia fera, quæ non amplius in poteſtate eſt? Atquin hoc caſu ineptum ſit dubitare, an actio noxalis locum habeat nec ne, cum beſtia amplius dedi non poſſit. Quod ego in medium relinquo.

Plus dubitationis & difficultatis habet, quod Iuſtin. ait præter actionem ædilitiam, etiam competere actionem de pauperie: & ſubiicit pro ratione, quod numquã actiones præſertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam conſumat. Intelligit concurrere actionem de pauperie cum ædilitia. Et igitur efficitur actionem noxalem eſſe pœnalem, quoniam tantum eſt adiectio actionis ex delicto: & conſequenter iſtud non erit generale, quippe cum vt ſup. probatum ad §. *vlt. de furtis.* multæ ſint actiones ex delictis, non pœnales, ſed rei perſecutoriæ. Concurrere dicuntur actiones dupliciter, electiue (ita docendi cauſa loquuntur Doctores) & cumulatiue. Illud ita, vt ex pluribus action.b. vna tantum experiri liceat, qua in iudicium deducta ceteræ conſumantur: quomodo ad §. *ceterum 5. tit. 7.* diximus in ea materia plures cõcurrere actiones, ſed vt vna eligenda ſit, qua electa ad aliam non ſit regreſſus. Hoc ita, vt omnibus experiri liceat, aut ſimul, aut ſucceſſiue, de quo concurſu hic agit Iuſti. dum ait, quod vna actio aliam non conſumat: idque etiam traditum eſt in *l. numquam 60. de O. & A. l. numquã 130. de R. I.* Ait Iuſtin. non conſumere ſe actiones inuicem, præſertim pœnales. Et igitur etiam perſecutoriæ quædam ita concurrent cumulatiue: Quod ipſum de actionibus ex delicto accipio, & quidem habilibus terminis poſitis, de quibus mox dicemus. Facilius autem eſt, vt concurrant cumulatiue plures actiones pœnales, ſiquidem cum vix idem bis peti poſſit, longe eſt difficilius, vt perſecutoriæ actiones duæ pluresue ita concurrant, vbi iam adeptus ſum per vnã quod mihi cepit abeſſe. Atquin nihil impedire videtur, quin ex pluribus cauſis pœnam perſequamur. Sed quid eſt, quod ait Iuſt. *de eadem re concurrentes.* Ratio, cur actio vna per aliam conſumatur, præcipue pendet à cauſa ex qua petitur & à re quæ petitur. Certiſſimum principium iuris eſt, quod de eadem re bis iudicium non reddatur, ſed haud dubie obſtat exceptio iudicati: quoniam per deductionem priorem in iudicium, eiuſdem rei, ius agendi ſuper eadem re conſumptum eſt: vtcunque poſtea alia cauſa in iudiciũ deducatur. Veluti ſi qui emit hominem, eundem ſibi ſtipulatus ſit dari, procul dubio vna actio conſumit alteram: & quod eſt in textibus noſtris, ex pluribus cauſis rẽ deberi poſſe, eo pertinet, vt plures actiones concurrant electiue, ſed vna per alteram conſumatur: hactenus ſci. vt ſi ex vna, actor rem cõſecutus ſit, alia experiri non poſſit: ſecus enim fuerit ſi reus ſit abſolutus, quo caſu nihil videtur impedire, quo minus altera actio quoq; in iudicium deducatur: quæ ſententia eſt ICti in *l. & an 14 §. 2. de except. rei iud.* quod ſingulas obligationes ſingulæ cauſæ ſequantur, nec vlla earum alterius petitione vitietur. Et igitur ſi res & cauſa eadem ſit, omnino conſumptum eſt rurſus agendi ius, & vtiq; obſtat exceptio rei iudicatæ. Sin ſit eadem res in ſpecie & alia cauſa (vetus ſcilicet, quæ cum altera ſimul fuit,) reus cõdemnatus, ante iure repellet actorem: ſed abſolutus non repellet. Sin ſit eadem cauſa & alia res, recte aget creditor: Et tamen ſubtiliter loquendo, non videtur alia res ex eadem cauſa peti poſſe: quia intelligimus idem ſpecie, & (proprie loquendo) in indiuiduo: atquin v. c. pluralitas rerũ, etiam facit, vt plures intelligantur ſtipulationes, licet vna forma & ſerie ſermonis verba prolata fuerint, vt docent *l. ſcire 29. l. vbi 75 § pen. l. pluribus 140. in pr. de V. O.* Quid igitur, vt eo redeamus, in hoc textu ſignificat *de eadem re.* Si intelligamus eandem rem in ſpecie, & eandem petendi cauſam, falſa omnino erit ſententia huius loci, nec fieri poteſt, vt rurſus admittatur iudicium, vbi vtrumque & res petita, & cauſa petendi eadem eſt. Quid ſi diuerſa ſit petendi cauſa? v. c. ſeruum læſi, eundem poſtea rapui; competit & actio L. Aquiliæ, & vi bon. rapt. certum eſt, alteram per alteram cõſumi *l. 2. in pr. de priu. delict.* Et videtur hic diuerſa eſſe ratio actionum ex conuentionibus, & ex delictis. Illæ enim, vt diximus ita ſe habent, vt vbi ad eandem rem plures dantur, ſi ex vna conſecutus rem ſit actor, alia amplius vti non poſſit: niſi tamen, quod addendum eſt, appareat id actum eſſe, vt res bis peti poſſit, vt creditor & rem, & æſtimationẽ vel bis æſtimationẽ conſequi

ſequi

ſequi poſſit: v.c. ſi hominem emptum, poſtea mihi donaueris, ſi ex cauſa empti cũ precium ſoluiſſem, hominem conſecutus fuero, recte poſt ex cauſa donationis agam. Atquin rurſus ſubtilius rem conſideranti, in actionibus ex delicto, & maxime pœnalibus ita res ſe habere videtur, vt vbi plura ſunt delicta & plures actiones, numquam diuerſis actionibus eadem res peti videatur: veluti in propoſito exemplo, ob ſeruum læſum, eius æſtimationẽ & quanti mea intereſt, peto; ſed ob eum raptum actione vi bon. rap. in quadruplum ago. Videtur itaq; quod hic dicitur *de eadem re* paulo pinguius accipiendum, non vt Accurſ. de eodem facto & delicto, nam ex vno ſimpliciter delicto tantum vna actione agi poteſt, ſed quod intelligat in eandem rem & circa eandem delictum cõmiſſum eſſe per plura facta & delicta. Sed & amplius hic factum à delicto ſeparandum eſt, quoniam aliquando in vnum factum plura poſſunt incidere delicta, verbi cauſa ſi ſeruum meum in mei iniuriam quis flagellis cæciderit, & eius corpus hoc modo deterius reddiderit, eſt vnum factum, ſed duo delicta, iniuriarũ & damni dati, niſi quis ſubtilius hic duo facta conſiderari poſſe putet, iniuriæ illationem in dominum, & ſimul ſeruilis corporis læſionem: & alia ratione duplicitas factorum hic ſtatui poteſt, quod ex grauiori iniuria in ſeruile quoq; corpus, nomine ſerui iniuriarum actionem domino competere ſup. ad §. *patitur, de iniuriis.* oſtendimus. Secundum hæc cõmode etiam accipiendũ eſt, quod ait Vlp. in *l. pen. de O & A.* non conſumere ſe inuicem actiones pœnales, de eadem pecunia concurrentes: vt non omnino eadem ſpecie pecunia ſignificetur; & videtur Vlp. ſpeciei pecuniam opponere voluiſſe: nam in identitate ſpeciei vix concurſui cumulatiuo eſt locus. Et vt maxime eadem ſit pecuniæ ſumma, tamen non eſt vera identitas, cum pecunia in genere conſiſtat. Summa diſputat. om̃is huc redit, vt ſiquidem actiones cõcurrere debeant cumulatiue, nec altera alterum conſumere, & diuerſitatem rerum petitarum, & itidem cauſæ & nimirum delicti, & plura adeo commiſſa delicta eſſe oporteat: ceteroquin vnum delictum pluribus pœnis ſimul effectualiter, vt omnes exigantur, non coercetur, & pluralitas actionum pœnalium plura delicta præſupponit. Atque huc pertinet ꝙ Vlp. ſcribit in *l. 2. de priu. del. ct.* plura delicta concurrentia non facere, vt vllius impunitas detur. Idq; in pluribus factis apertius eſt, in caſibus, quos ibi proponit ICtus, ſed ſæpe, vt prædiximus vnum tantum videtur factum, vt tamen plura ſint delicta: quamuis propter identitatem facti vnum delictum videatur, & ita quoq; diſputent ICti, vt vnum delictum appellent, veluti ſi quis arbores furtim cęciderit, tenetur & L. Aquil. ob damnum datum, & ex L. XII. tabb. tamquam fur non manifeſtus in duplum *l. 1. in prin. & l. furtim 7. arb. furt. caſ.* & id vnum delictũ appellat ICtus in *l. cum ex vno 32. de O. & A.* & ſunt tamen delicta duo, furtum & damnum datum, ſed minus apparet hæc duplicitas: indeque controuerſia inter ICtos nata videtur: & tamen eam duplicitatem ſatis inſinuat ICtus in *l. plura 53. de O. & A.* vbi plura delicta vna in re neceſſario intelliguntur, vbi ex vno facto naſcuntur: tum quia alias omnino abſurda ſit ſententia, quod non liceat vti omnibus actionibus ſed tantum vna, & contra *d. leg. 2. de priuat. del.* & contra apertam rationem: tum quia ſtatim pro ratione ſubiicit, eſſe vnam tantum obligationem; quod manifeſto falſum eſt in pluribus factis: quamuis etiam ſi vnum factum ſit & plura delicta, inſubtiliter dicatur eſſe vnam obligationem: quin imo contradictorium eſt, eſſe plura delicta, & vnam tantum obligationem: non magis enim plura delicta, quam plures conuentiones vnam obligationem habere poſſunt: & ſingula delicta neceſſario ſingulas & totidem obligationes præſupponunt: vt vel hinc appareat non ſemper ſatis accurate locutos ICtos, quemadmodum in *d. l. 53.* Modeſtinus vnam obligationem ſtatuit, vbi ſunt plura delicta: pingui Minerua, nimirum, dum vnum tantum factum conſiderat, veluti in arboribus furtim cæſis accidit.

Igitur hic primum omnium diſtingui oportet

oportet, an plura ſint facta, an vnum factum. Illo caſu puto inter omnes conueniſſe quod pluribus actionibus experiri liceat. Quod ad hoc attinet, non videntur textus pugnantes admittere liquidam conciliationem.

Ait enim hic §. quod alia per aliam non conſumatur: quod in genere ita dictum & in *l. pen. de O. & A. & in l. 130. de R. I.* non videtur reſtringi poſſe ad caſum quo plura ſunt facta, aut plures omnino diſtinctæ delinquendi cauſæ: quamuis alias iſtam explicationem materia huius tit. facile patiatur, vbi diuerſitas & rerum & cauſarum agendi, ſatis apparet. Verum latius id patere probatur euidenter ex *d. l. cum ex vno 32. de O. & A.* vbi vocatur vnum delictum, (eo ſcilicet ſenſu quo explicatum eſt) & nominatim delictum arborum furtim cæſarum proponitur, (in quo vel maxime iſta vnitas apparet) & tamen reſpondetur, omnibus actionibus experiri permitti, idque obtinuiſſe poſt magnas varietates: & perſpicuum eſt, hoc de effectu rei dici, vt fruſtra ſint, qui reſpondent, naſci quidem plures, & natas eſſe, ſed poſt vnam intentatam, reliquas per exceptionem excludi. Etenim ille proprie non dicitur poſſe experiri, qui iure per exceptionem excluditur: neque de hoc an plures ipſo iure competerent actiones dubitari potuit, ſed an plures etiam recte quoque & cum effectu in iudicium deduci poſſent. Sed contradicit *d. l. 53. de O. & A.* vbi dicitur, quod licet plures natæ ſint actiones ex pluribus delictis, (vbi tamen vnum factum eſt) tamen probatum hoc eſſe, vna tantum vtendum eſſe, omnes autem exerceri non poſſe. Qui textus aduerſis frontibus pugnat cum *d. l. 32. ſub eod. tit.* Illa & *d. l. 32.* ait obtinuiſſe poſt magnas varietates, vt omnibus vti liceat: hæc ait, probatum id eſſe, quod liceat tantum vna vti. An diſtinguimus, vtrum ex priori actione reus condemnatus ſit, an abſolutus? Non puto: nam ratio ICti in *d. l. 32. de O. & A.* procul dubio hæc eſt, quod vt ſup. probaui, reuera ſunt plura delicta, quibus ſingulis ſuæ pœnæ debentur ex ratione *l. 2. de priuat. delict.* An dicimus intereſſe, vtra prius actum fuerit actione, an ea quæ minus, an ea qua plus continetur: vt ſi illa prius mota ſit, ſuperſit altera, ſed non in ſolidum & totum, verum deducto eo quod priori actione fuit in condemnatione, quomodo in caſu non diſſimili de actione L. Aquil. & commodati reſponſum eſt in *l. 7. §. 1. commodat.* & in terminis *l. 1. arb. furt. caſ.* de delicto, quo arbores furtim cæſæ fuerunt: quod iudex in actione ſecunda ſeu poſteriori deducat, quod agendo priori actione conſecutus eſt actor. Quam limitationẽ haud ſcio an ferat *d. l. 32. de O. & A.* Ita enim vere loquendo non liceret effectu vti omnibus actionibus, ſed tantum vna, quæ plenior & pinguior eſſet: à qua ſi agendi initium factum eſſet, alia in iudicium deduci non poſſet: quod longe diſſidere mihi videtur à mente ICti in *d. l. 32.* quamuis reſponſum ICti in *d. l. 1. arb. furt. caſ.* confirmetur per *l. quoties 41. §. 1. de O. & A.* & in concurſu actiones ex contractu & delicto, actionis ſcilicet pœnalis mixtæ & perſecutoriæ, facilius iſtud admittendum videtur, vt vna actio per alteram minuatur, per *d. l. 7. §. 1. commodat.* ſed non ita facilè in concurſu actionum ex delicto. Et nimirum hoc modo reuera vna actio per alteram conſumitur; quod omnino repugnat text. in *d. l. cum ex vno 32. de oblig. & act.* An diſtinguimus tertio inter qualitatem conditionemq; actionum ex vno facto, vt ſiquidem tendant ad diuerſa omnes concedantur cumulatiue; ſin autem ad idem vna per aliam tollatur, vt *d. l. 32.* procedat in priori membro: in poſteriori locum habeat *d. l. 53. eod. tit. cum ſimilib.* Cauſam ita diſtinguendi præbet & ratio & textus in *d. l. pen. arb. furt. caſ.* vbi ICtus ait, ſi actum ſit ex L. Aquil. contra eum qui arbores clanculum furtim cæcidit, liberandum eſſe reum actione ex Interdicto, *quod vi aut clam*: ſalua tamen manente actione ex L. XII. tabb. in duplum: Scilicet actio ex Interdicto *Quod vi aut clam*, pariter vt actio Legis Aquiliæ competit ad Intereſſe: itaque merito per vnam alia conſumitur, non tam ipſo iure quam per exceptionem, vt colligitur ex *d. l. pen.* quæ ait liberandum eſſe aut abſoluendum reum ab Interdicto *Quod vi aut clam.*

Digitized by Google

clam. Et probabilis mihi videtur hæc diſtinctio, qua poſſint etiam nõ incommode componi textus varie loquentes, & inprimis in *d.l. cum ex 32. & in d.l. plura 53. de Ob. & Act.* Nam Legis Aquiliæ actio perſequitur diuerſum ab eo quod eſt in actione L. XII. tabb. quæ eſt ad duplum, ſed enim *d.l. 1. arb. furt. caſ.* in terminis de hac actione duplici loquitur, & ſaltem in id quod ſupereſt alterũ ſaluam manere reſpondet; neq; enim mihi ſapere poteſt: quod Accurſ. ita explicat *d. l. pen. arb. furt. caſ.* ſaluam ſaltem in reſiduum manere actionem, quæ in duplum eſt ex L. XII. tabb. Minus ſapit quod *Ioh. Fab. hic d. l. cum ab vno 32. de O. & A.* explicat de caſu, quo plures deliquerunt, & v. c. furtum fecerant. Etenim hic ius non videtur fuiſſe dubium, quin pœnalibus reuera actionibus, ſinguli in ſolidum conueniri & exigi potuerint, ita vt vnius ſolutio non prodeſſet ceteris, cum quiſque ſui delicti pœnam ſuſtinere intelligatur: ſicut & pariter certum eſt, quod quibus caſibus perſequitur quiſque quod ſua intereſt, plures licet deliquerint, tamen vnius ſolutione ceteri liberentur. Tum etiam penitus diuinatorium eſt, vt textus eodem modo fere loquentes, in *d. l. 32. & d. l. 53. de O. & A.* de diuerſis omnino caſibus explicemus. Et vel maxime ineptam hanc explicationem facit, quod ICtus in *d. l. 32.* nominatim pro exemplo proponit, delictum, quo arbores ſunt furtim cæſæ: quod ſi de diuerſis & pluribus delinquentibus ſenſiſſet, nulla ratio dari poſſet, cur huius potius delicti, imo cur non potius aliorum meminiſſet. Et nimirum in hoc facto maxime videtur eſſe vnitas, & nihilominus plures naſcuntur actiones, & quidem tres, ſcilicet ex L. Aquilia, ex L. XII. tabb. in duplum, & ex Interdicto *Quod vi aut clam.* Et ſunt in hoc vnico facto tria delicta, quod & clam opus aliquod facit, & inſtar furis clam rem meam contrectat, & ſimul damnum mihi dat corrumpendo arbores. Quæ ratio facit, vt omnibus tribus actionibus mihi vti liceat debeat, quam rationem ſecutus eſt ICtus in *d. l. 32. de O. & A.* ſed illa quam diximus vnitas facti alios mouit, vt effectu tantum vni actioni fecerint locum. Quomodo iſta extricanda ſint accuratius, videtint Doctores: hæc quæ ita in mentem venerunt, adſpergere volui: totum enim hunc tractatum de concurſu actionum plene abſoluere, nec inſtituti, nec iam animi, fortaſſis nec vitium eſt. Duo tantum adhuc capita ſtrictim adiicere libet: Alterum de concurſu actionis pœnalis & perſecutoriæ, alterum de concurſu actionis ſiue perſecutionis criminalis & ciuilis. Quod ad prius attinet, actio pœnalis aut mere talis eſt, aut mixta. Mere pœnalis & rei perſecutoria numquam ſe inuicem conſumunt, ex certiſſimo principio iuris, quod qua actione non deducitur in iudicium, quod alia actione continetur, per eam alia actio conſumi non poteſt: aliud autem eſt pœna & aliud rei perſecutio; & vt plurimum ex diuerſis cauſis iſtæ actiones deſcendunt: Et hinc per actionem furti quæ mere pœnalis eſt, rei vindicatio contra ipſum etiam furem, aut actio ad exhibendum, vel condictio furtiua conſumi non poteſt, per notata ad *§. vlt. ſup. de oblig. & del. textus in l. rei 45. cum l. ſeq. pro ſoc. & in d. §. vlt.* ibi *extrinſecus habet.* Itaque in *l. ſi is cui 71. de furt.* vbi actio furti dicitur tolli per commodati actionem, neceſſario actio furti de condictione furtiua accipienda eſt, quæ vna eſt Accurſii ſolutio, nam reliquæ, quas affert in *d. l. 45.* nullius ſunt momenti. Et illud vero ex *d. l. 45.* obſeruandum eſt, quod conſumptio vel ſublatio alterius actionis aliquãdo fit ipſo iure, aliquando per exceptionem, cuius rei vna ratio depẽdet à qualitate actionũ, an ſint bonæ fidei vel ſtricti iuris; illis enim quoniam exceptiones ipſo iure inſunt, fit, vt ipſo iure cõpetere amplius non videantur facta ſolutione, de qua re ſuo loco agitur, & diximus *Tract. de action. diſp. 6.* & aliquid in *§. actionum 28. ſup. de actionib.* Ex quo fit, vt ſi prius ſit actum condictione furtiua, actio commodati cui ineſt ipſo iure exceptio, extingui dicatur; ſin prius commodati actum fuerit, neceſſaria ſit exceptio: quod & traditum eſt in *l. qui ſeruum 34. §. ſi is 3. de Obl. & Act.* ex cuius collatione confirmatur, *d. l. 71. de furt.* de condictione furtiua explicandam eſſe.

OOO Mixta

Mixta autem & perſecutoria actio vbi concurrunt, intereſt an prius actum ſit, actione mixta pœnali, an rei perſecutoria. Per illam vtique hanc tolli neceſſe eſt, cum in mixta, reo perſecutio inſit: At non poteſt tolli mixta per perſecutoriam: niſi quo ad ſimplum, & reſiduum per mixtam actionem exigetur: quæ hactenus ſubducto iam ſimplo, mere pœnalis naturam imitatur. Hinc ſi contra raptorem actum ſit condictione, actio vi bonorum raptorum non niſi in triplum ſupererit. Hinc ſi commodati actum eſt, actio Legis Aquiliæ, in eo quod ſupereſt adhuc competit *l. 7. §. 1. commod.* ſecundum quod explicandum eſt quod dicitur in *l. in rebus* 18. *§. 1. commod.* vnam actionem per aliam conſumi, & poteſt fieri vt in actione L. Aquil. non contineatur plus quam actione commodati. Ita quoque in pluribus pœnalibus obtinet, vt altera alteram conſumat, quo ad concurrentem tantum ſummam, altera actione manēte ſalua quo ad reſiduum *l. 1. Arb. furt. cæſar. l. ſi quis* 88. *de furt.* quin & in actionibus pluribus perſecutoriis, in quarum altera plus eſt *l. ſed ſi* 47. *pro ſocio.* Nec obſtat, quod ſi actum rei vendicatione, & res reſtituta ſit, ceſſet penitus actio quod metus cauſa (quæ tamen in quadruplum eſt) *l. metum* 9. *§. licet* 6. *Quod met. cauſ.* quoniam actio *Quod met. cauſ.* non eſt omnimodo in quadruplum, ſed demum talis fit ob contumaciam Rei, ſi non reſtituat rem *l. item* 14. *§. 1. quod met. cauſ. §. Item actio* 27. *ſup. de actionib.* Atque hoc primum eſt, de quo nos acturos diximus, vt hoc ſaltem addamus, tum demum ſupereſſe actionem alteram quo ad reſiduum, ſiue actiones perſecutoriæ, ſiue pœnales ſint, vbi ſunt diuerſæ agendi cauſæ: ſecus vbi vna tantum agendi cauſa eſt, ex quo pendet deciſio *l. 9. §. 1. de trib. act.* Alterum erat de concurſu actionis ſiue perſecutionis aut accuſationis criminalis cū actione ciuili. De quo traditur pro regula in *l. vn. Quand. ciuil. act. crim.* Quoties de re familiari & ciuilis & criminalis competit actio, vtraque licere experiri, nec per vnam alteram cōſumi. Ait, *de re familiari*, non quod vlla criminalis perſecutio, ad rem familiarem pertineat, ſed vt intelligamus tale delictum, quo ſimul infertur damnum rei familiari, veluti crimen falſi, expilatæ hereditatis &c. quod non accidit in criminibus adulterii, læſæ maieſt. &c. Et igitur quo ad illud genus criminum, procedit indubitate regula *d. l. vn.* in actione ciuili perſecutoria rei, quæ non conſumit actionem criminalem, nec hæc illam. Sed ſi actio ciuilis pœnalis ſit, mihi quidem videtur intereſſe, an de crimine priuato, an publico quæratur: huius perſecutio enim cum publica ſit, & omnibus pateat, non poteſt per actionem ciuilem licet pœnalem conſumi: niſi quis putet forte diſtinguendum, an actio illa pœnalis ſit priuata an popularis. Sed quod attinet crimen priuatum, quod & pœnali actione ciuili, & itidem priuata perſecutione extra ordinem vindicari poteſt, velut eſt crimen furti, iniuriarum &c. *l. vlt. de priuat. del. l. vlt. de furt. l. vlt. de iniur.* magis eſt, vt per extraordinariam criminalem perſecutoriam, actio pœnalis conſumatur, quam ſententiam probaui ad *Treutl. de priuat. delict. th. 3.* ſed ſatis euagati ſumus.

Ad Titvlvm X.

LIBRI QVARTI Inſtitutionum,

DE IIS PER QVOS AGERE poſſumus.

TEXTVS.

Nunc admonendi ſumus quemlibet hominem agere poſſe aut ſuo nomine, aut alieno. Alieno: veluti procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim in vſu fuiſſet alterius nomine agere non poſſe, niſi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hoſtilia

lia permiſſum erat furti agere eorum nomine qui apud hoſtes eſſent, aut reipublicæ cauſa abeſſent, quiue in eorum cuius tutela eſſent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cæperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas, & neceſſaria peregrinatio, itemque aliæ multæ iuſtæ cauſæ ſæpe hominibus impedimento ſunt, quominus ipſi exequi rem ſuam poſſint.

Commentarivs.

Dixit de actionibus, quæ tum ex delictis tum ex conuentionibus, & qua propriis qua alienis moueatur. Non incommode ſubiicitur, de perſonis, per quas inſtituuntur actiones: & prius eſt vt ſciatur, quid & quæ ſint actiones, quam vt de modo eas inſtituendi tractetur. Sed recte monet Ioh. Faber, non eſſe (vt loquitur) ſuper his inſiſtendum. De vſu procuratorum proponit ius vetus & nouum, olim, ait, in vſu fuiſſe vt nemo alterius nomine agere poſſet. Et ſcilicet actiones omnes erant Legis actiones *l. 2. §. deinde 6. de orig. iur.* quę ſolemnibus formulis conſtabant, & ob id vt quiſq; nomine proprio eas proponeret receptum erat: vnde Lege XII. tabb. de iumento dando ei qui in ius vocatus erat, vel arena ſternenda cautum erat, quoniam ipſum præſentem eſſe oportebat, vt apparet ex *Gellio lib. 1. cap. 20.*

Exceptiones hic propoſitæ perſpicuam habent rationem: nam nec pupillus ipſe ob ætatem, nec populus vniuerſus agere poterant, neque ſeruo ius erat lege agendi, eoque vbi ſe in libertatem vindicare volebat, aſſertore opus habebat, vt docet *t. t. Cod. de aſſert. toll.* Et hinc factum ſupra diximus, vt actus Iuriſdictionis voluntariæ, qui per alium expediri non poſſunt, propriam ſibi fecerint hanc appellationem *Legis actionum*: quoniam reliqui actus, Iurisdictionis, vt vocant, contentioſæ, illam qualitatem ex qua olim æſtimabantur LL. actiones, amiſerunt, & per procuratores, tutores, aut curatores exerceri cœperunt: Cuius rei rationem reddit Iuſtinianus hoc textu *verſ. ſed quia.* quod variæ cauſæ impedimento ſint, quo minus homines per ſe ipſos litigare poſſent. Idque iam temporibus Iuriſconſultorum noſtrorum obtinuiſſe, & tum frequentiſſimum fuiſſe, procuratoribus vti, ex *titt. D. & Cod. de procurator.* apertiſſimum eſt: vt omnino errent, qui quod ſcriptum eſt, ab Vlpiano in *l. nemo 123. de Reg. iuris.* neminem alieno nomine Lege agere poſſe, ad ius vetus, cuius hoc loco mentionem facit Iuſtinianus, referunt: & omnino verum eſt, *Lege agere*, ibi in ſpecie vſurpari iuxta vſum temporum illorum, de actibus voluntariæ iuriſdictionis, veluti adoptionibus, emancipationibus, quæ licet recepto vſu procuratorum in iis quæ ad contentioſam iuriſdictionem pertinebant, per alios expediri, & alieno nomine perfici non poterant, vt ſup. *lib. 1. de adoptionibus & emancipationibus* explicatum eſt.

Pro populo.] Qui nimirum conſtituebat aliquem, vt vniuerſorum nomine cauſam ageret, qui hodie in ſpecie ſyndicus appellatur.

Pro libertate.] Qui in ſeruitute iniuſta detentum vindicaret in libertatem, qui dicebatur adſertor *t. t. C. de adſ. toll.* & diximus in *§. præiudiciales. 13. ſup. de action.*

Pro tutela.] Videlicet nomine pupilli, qui in iudicio conſiſtere non poterat: ſed nec minor poterat *t. t. C. de his qui legit. perſ. ſtandi*, ideoque id ſupplendum eſt, ex eo quod in *præcedd.* verbis de curatorio nomine dixit. Nimis ſupine hic lapſus eſt Theoph. qui pro tutela agere, explicat, cum duo litigant de tutela, vter eorum adminiſtrare debeat.

Lege Hoſtilia.] Non memini alibi iſtius Legis Hoſtiliæ mentionem fieri. Satis confidenter Pacius in notis. Tulit, inquit, A. Ho-

OOO 2 ſtilius,

tionis ab obligatione naturali, de qua ibi agitur: vel explicandum eſt ex *l. ſi qui* 18. *l. quod ſeruus* 35. *de ſolut.* ſi qui ſoluit, iuſtam cauſam habuit credendi, quod id fiat non inuito olim domino, cui actio ex mutuo quæſita fuit, vel, ſi putauit peculium ei non ademptum, quo modo in dubio relictum manumiſſo intelligitur §. *peculium* 20. *verſ. ſi peculium. de legatis.* Hoc etiam addendum, ſi ſeruus ex contractu ſuo poſt manumiſſionem ſoluat, eum repetere non poſſe, *arg. d. l.* 14 *de O. & A.* Porro, vt eo redeamus, delictorum alia ratio eſt, quæ committuntur domino ignorante, & in inuitos aut ignorantes, & planiſſime in ipſius ſerui perſona inhærent, & ex iis pariter ſeruus & liber obligantur: & pœna ipſi quoque ſeruo adhuc irrogatur, vbi de coercitione in corpus quæritur: ſed quo minus ciuiliter & pecuniarie actionibus ex delicto conueniatur, conditio ipſius obſtat, quæ ipſo manumiſſo mutata eſt. Ex quo etiam fit, quod eſt in *f. h.* §. vt liber homo, antequam actio ex delicto contra ipſum inſtituta ſit, in ſeruitutem redactus fuerit, actio directa fiat noxalis & detur in dominum.

TEXTVS.

4. Si ſeruus domino noxiam commiſerit, actio nulla naſcitur. Namque inter dominum & eum qui in poteſtate eius eſt, nulla obligatio naſci poteſt. Ideoque &, ſi in alienam poteſtatem ſeruus peruenerit, aut manumiſſus fuerit, neq; cum ipſo, neque cum eo cuius nunc in poteſtate ſit, agi poteſt. Vnde ſi alienus ſeruus noxiam tibi commiſerit, & is poſtea in poteſtate tua eſſe cœperit, interdicitur actio: quia in caſum deducta res ſit, in quo conſiſtere non potuit. Ideoque licet poteſtate tua exierit, agere non potes: quemadmodum ſi dominus cõmiſerit in ſeruum ſuum, nec ſi manumiſſus aut alienatus fuerit ſeruus, vllam actionem contra dominum habere poteſt.

COMMENTARIVS.

Habet iſtud ſpeciem limitationis ad §. *præcedentem*, in quo dixit, ſi ſeruus damnum dederit alicui, noxalem actionem competere, & noxam caput ſequi, & teneri eum etiam manumiſſum. Hoc ita ſi extraneo damnum dederit, aut noxam commiſerit: ſecus ſi domino ſuo. Nulla enim hic initio propter ius poteſtatis actio naſci poteſt, & quæ nata non eſt, non poteſt ſequi caput, nec poſtea ob alienationem vel manumiſſionem ſecutam demum naſci *l.* 1. *C. h. t. l. vlt. C. an ſeruus pro ſuo fact. l. quod* 18. *de furt.* Ex quo rurſus confutatur ratio Hottom. qua ad §. *præced.* vtitur, ideo actionem ex delicto contra manumiſſum dari, quod obligatio, quę ante erat naturalis tum incipiat eſſe ciuilis. Nam & dum damnum ſeruus domino ſuo dat, procul dubio naturaliter ipſi ad reſarciendum obligatur, & tamen contra manumiſſum nullam habet actionem dominus. Et primum hoc eſt, quod *iſto* §. traditur. Actionem quæ ab initio nata non eſt, mutata licet poſtea conditione ſerui, & re in eum caſum deducta, quo actio nata fuiſſet, non emergere. Alterum eſt Actionem, quæ ab initio vtiliter nata eſt extingui, ſi res in eum ſtatum fuerit deducta, à quo incipere non potuiſſet, & in quo actio nata non fuiſſet, neque licet res ad priorem ſtatum redierit, reuiuiſcere: v. c. ſi ſeruus alienus qui damnum mihi dedit, in poteſtatem meam peruenerit, & poſtea rurſus ab ea liberatus fuerit *h* §. *verſ. vnde ſi alienus l. vlt. C. An ſeru. pro ſuo fact.* Itaque in *d. verſ.* pro *interdicitur actio*, rectius legitur, *intercidit actio*, quod Hotto. & Ruſſard. probant, & ita Theoph. habet ἀποσβέννυται ἡ τεχθεῖσα ἀγωγὴ extinguitur nata actio: niſi interdici actionem accipimus, quam ipſo iure competentem, prætor ex iuſtis cauſis negat. Porro de regula illa, quod actus ad nihilum redigatur, vbi peruenit

peruenit in caſum à quo incipere non poteſt, diximus ad § *Ex contrario 14. ſup. de legat.*

Si dominus in ſeruum.] Eadem hic ratio eſt, quia nulla actio ex ipſo delicto initio nata fuit.

TEXTVS.

5. Sed veteres quidem hoc & in filiisfam. maſculis & fœminis admiſere: noua autem hominum conuerſatio, huiuſmodi aſperitatem recte reſpuendam eſſe exiſtimauit, & ab vſu communi hoc penitus receſſit. Quis enim patiatur filium ſuum, & maxime filiam, in noxam alij dare, vt pene per filij corpus pater magis quã filius periclitetur: cum in filiabus etiam fauor pudicitiæ hoc bene excludat. Et ideo placuit, in ſeruos tantummodo noxales actiones eſſe proponendas, cum apud veteres Legum commentatores ſæpius inuenerimus dictum, ipſos filiosfamiliarum pro ſuis delictis poſſe conueniri.

COMMENTARIVS.

RAtio iuris veteris, cuius fit mentio in *prin.* §. pendet à veteri & ſummo poteſtatis iure, parentum in liberos, de quo ſup. *lib. 1. tit. 5.* ex Dionyſ. Halic. & aliis luculenter egimus: & quod illud iam diu ante Iuſtin. diſplicuerit, probauimus ab imaginariis venditionibus, quæ emancipationibus obſeruabantur.

Quis enim patiatur.] Hæc vna eſt ratio mutationis, ſumta à miſeratione liberorum, qui ita alteri in ſeruitutem dedebantur.

Et maxime filiam.] Hæc ratio proprie eſt ſexus fœminini, à pudicitiæ fauore, quæ tamen etiam in pueris militat.

Vt pene per filii corpus.] Ratio tertia à miſeratione patris *arg l. 8. in f. Quod met. cauſ.*

Ipſos filiosfam.] Quarta ratio, quod ipſi liberi actione ex delicto conueniantur, ſicut & ex contractibus ſuis obligantur *l. 39. de obl. & act.* Quod ſi pœnam pecuniariam aut æſtimationem ſoluere nõ poſſint, iuxta vulgatum axioma, puniuntur in corpus: niſi pater ſoluendo pecuniam illos liberare malit, quod ſane facere non cogitur. Sed & hoc remedium quodam loco introductum eſt, vt quamuis pater ex pœnalibus cauſis & delictis filii, nec peculiotenus quidem conueniri poſſit *l. 58. de R. I.* tamen filio condemnato in certam ſummam, actione iudiciali de peculio pater teneatur *l. 3. §. Idem 11. de pecul.* de quo etiam ſupra aliquid nos dixiſſe meminimus.

AD TITVLVM IX.
LIBRI QVARTI INſtitutionum,
SI QVADRVPES PAVPERiem feciſſe dicatur.

TEXTVS.

Animalium nomine, quæ ratione carent, ſi qua laſciuia aut pauore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis Lege XII. tabularum actio prodita eſt. Quæ animalia ſi noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita L. duodecim tabularum ſcripta eſt: vtputa ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, aut bos cornu petere ſolitus cornu petierit. Hæc autem actio in ijs quæ contra naturam mouentur, locum habet. Ceterum ſi genitalis ſit feritas, ceſſat actio. Denique ſi vrſus à domino fugerit, & ſic nocuerit, non poteſt quondam dominus conueniri, quia deſiit eſſe dominus vbi fera euaſit. Pauperies autem eſt damnum, ſine iniuria facientis datum. Nec enim poteſt animal iniuriam feciſſe dici quod ſenſu caret. Hęc quidem ad noxalem pertinent actionem.

Digitized by Google

Commentarivs.

Conuenimur & tenemur ex eorum qui in poteſtate noſtra ſunt & conuentionibus, iuxta tradita tit. 7. & delictis, ſed noxaliter tantum. In poteſtate noſtra ſunt animalia & rationalia, vt liberi noſtri & ſerui, de quorum delictis actum tit. præced. & ratione carentia, de quibus *h. t.* Delictum hic latius ſumimus, vt etiam competat beſtiis hæc vox, licet illæ verbo in ſpecie ſumto, non dicantur delinquere nec iniuriam facere, *h. tex. verſ. pauperies.* quia, vt ibidem dicitur, ſenſu carent, id eſt non ſentiunt neq; intelligunt ſe delinquere, cum careant proæreſi. Qua de cauſa iſtius generis delictum in ſpecie pauperies vocatur *d. verſ. & in pr. h. t.* quoniam alter ex eo fit pauperior, alias conſt animalia bruta quoque ſenſum habere & animam ſentientem, & philoſophis animal definitur corpus ſentiens. Sed &, ſi ius eo ſenſu accipiatur, quo in *l. 1. de Iuſt. & iur. & in pr. ſup. de iur. nat.* &, ſi animalia bruta iure vtuntur, neceſſario ſequitur, ea ſenſu eodem iniuriam quoque facere dici: quo reſpectu, ſi arietes commiſerunt inter ſe, & alter periit, inter prouocantem (ſcilicet qui quaſi iniuriam prior intulit,) & prouocatum diſtinguitur *l. 1. §. cum arietes* 11 *ſi quadrup. paup.*

Animalium nomine.] Quadrupedum in rubrica hic & in Digeſt. mentio fit, hæc enim fere damnum dare ſolent: ad bipedes tamen & aues hoc quoque porrectum fuit, vt actio vtilis daretur *l. 4. h. t.* ſed & amplius ad pecudes tantum hoc pertinere videtur: arg. eius quod de cane in ſpecie Edicto ædilium cautum eſt, §. *vlt. & pr. h. t.* an forte quia fruſtra canis noxa daretur, ex quo fere nullam vtilitatem domini percipiant.

Si qua laſciuia aut pauore.] Theoph. videtur legiſſe *ferus*, reddidit enim θηριότητα: additur, *aut feritate.* quia hæc animalia alias manſueta, induunt quaſi naturam ferarum beſtiarum, dum cõtra naturam ordinariam iſtorum animalium ita mouentur, vt eſt in *pr.* §. 1. ex quodam contracto quaſi vitio, ideoque in *f. pr.* ait Iuſtin. *bos cornu petere ſolitus*, quia ſi id facere ſolitus non ſit, creditur culpa aut inſtigatione hominis id feciſſe, quo caſu non hac, ſed actione Legis Aquiliæ experimur, *l. 1. §. 4. 5. & 6. h. t.* Ex quo amplius efficitur, vt ſi feræ beſtiæ damnum dederint, ceſſet hæc actio, quia hæ ex natura ſua lædere ſolent: idque docet Iuſtin. *h. text. verſ. ceterum.* Et id apparet tractari de huiuſmodi feris beſtiis, quæ occupatæ, ſunt redactæ in poteſtatem alienam & in priuati dominio ſunt, de quibus in *textu ſeq.* ex quo hoc quoque diſcimus, quod hic affirmatur, ceſſare hanc actionem, ſi genitalis ſit feritas, accipiendum eſſe de actione directa; vtilis enim locum habet *d. §. vlt. in fin.*

Noxalis actio L. XII. tabb.] In Lege Aquilia ſerui & quadrupedes æquiparantur *l. 2. de L. Aquil.* non diſſimiliter & hic, vt pro vtrorumque delictis ſit noxalis actio: itaque dominus aut æſtimationem damni præſtare neceſſe habet, aut animal pro damno dedere ei qui damnum accepit: & hoc facto liberatur *h. tex.* vbi additur ratio, quia ita L. XII. tabb. ſcripta ſit: ſed ratio porro eſt, (in iſta enim nõ adquieſcit animus) quæ *tit. præced.* relata eſt de ſeruis, quia non placuit, ferociam iſtorum animalium vltra corpora ipſorum dominis damnoſam eſſe: & poſſit tamen dominus ex cauſa aliter & grauius coerceri, ſi ſciens vitium animalium, ea forte vagari ſine cuſtode permiſerit.

Vt puta ſi equus calcitroſus.] Hottom. qui vbique captat occaſionem inſectandi Tribonianum, hoc quoq; loco reprehendit eum, quod exempla regulæ propoſuerit, quæ demum ſequitur in §. *ſeq verſ. hac autem.* Sed inepta & iniqua reprehenſio eſt: vel quia parum ad rem ipſam intereſt, an à regula an ab exemplis fiat initium: vel quia recte etiam referuntur ſub *pr. tit.* vbi Iuſtin. ait de animalibus, quæ laſciuia, pauore &c. damnum dederunt, quod in *f. d. pr.* exemplis equi calcitroſi & bouis cornupetæ voluit illuſtrare.

Denique ſi vrſus.] Hic locus non ita explicandus eſt, quaſi hæc ſit ratio cur non detur hæc actio, quia fugerit vrſus: nam & adhuc in poteſtate exiſtens beſtia damnum dare poteſt:

ſed

Digitized by Google

ſed Iuſtiniani hæc eſt ſententia quod vtroque caſu ſiue vrſus adhuc in poteſtate, ſiue cum fugiſſet, damnum dederit, ceſſare hanc actionem: quin amplius & tertio caſu, ſi cum in poteſtate eſſet nocuit & poſtea fugit. Primo caſu ceſſat hæc actio, quia in caſum quo genitali feritate damnum datur, hæc actio concepta non eſt: & tamen vtilis datur, vt modo diximus. Altero caſu ceſſat, quoniam non amplius fuit dominus, cum damnum daret beſtia. Tertio, quia beſtia quæ euaſit eſt inſtar ſerui manumiſſi, nec amplius noxæ dari poteſt animal quod euaſit.

Hæc ad noxalem actionem.] Hoc adiecit, propter aliam actionem, quæ ex edicto ædilium competit, de qua *text. ſeq.* & eſt quaſi remotio obiectionis tacitæ: quod iniquum ſit, nullo modo teneri eum, qui feram beſtiam, quæ nocuit, in poteſtate habet: reſpondetur autem, licet ob proprias rationes non competat directa actio noxalis, tamen alio remedio damnum paſſo ſuccurratur.

TEXTVS.

1. Ceterum ſciendum eſt, ædilitio edicto prohiberi nos, canē, verrem, aprum, vrſum, leonem ibi habere, qua vulgo fit iter: &, ſi aduerſus ea factum erit, & nocitum libero homini eſſe dicatur, quod bonum & æquum iudici videtur, tanti dominus condemnatur: ceterarum vero rerum, quanti damnum datum ſit dupli. Præter has autem ædilitias actiones, locum habebit & de pauperie: numquam enim actiones præſertim pœnales de eadem re concurrentes, alia aliam conſumit.

COMMENTARIVS.

Edictum ædilium proponitur in *l. hi enim 40. cum ſeqq. de ædil. edict.* Si homo liber perierit, pœna eſt 200. ſolidorum, ſi ei nocitum ſit, quid in æſtimationem damni veniat, docet *l. 3. h. t.* in qua haud tamen ſcio ſatis, quid per *Legem* intelligat ICtus, vix enim eſt vt ita appellauerit Edictum ædilitium: & vtique tamen actio noxalis ex L. XII. de pauperie, pro iis quæ ibi referuntur, competere non poteſt. Pro reliquis damnis eſt actio in duplum. Vt tamen poſitis terminis habilibus non excludatur actio de pauperie, vt ait Iuſtin. in *h. §. verſ. præter.* quod iam olim Accurſ. recte explicauit de vtili actione; ceteroquin obſtaret §. 1. *ſup. h. t.* quæ negat comparatam eſſe hanc actionem, in caſum quo genitali & ingenita feritate beſtia damnum dedit. Placuit autem in hunc caſum quoque actionem vtilem noxalem porrigi, ſi quis mallet potius ipſam beſtiam conſequi, & ad eam quæ adhuc penes dominum eſt, dedendam, aut æſtimationem damni alternatiue experiri. Quod fere ſecus ſi habet in feris beſtiis, v. c. vrſis, apris, leonibus: nam manſuetæ beſtiæ vtiles ſunt dominis ſuis, aut emptores facile inueniunt. Eaque gratia diximus pro cane quoque non videri introductam actionem de pauperie: & proinde *l. 2. h. t.* accipienda erit de actione vtili; vel etiam ad Edictum ædilitium referenda, de quo aut de alio id genus iure, non autem de actione noxali agitur in *l. 3. eod. tit.* Aut an potius dicimus L. XII. tabb. & actionem de pauperie etiam in cane locum habere, de quo etiam Plato locutus eſt *XI. de LL.* & Plutarcho teſte, Solon: ſed ædiles inſuper addidiſſe pœnam Edicto ſuo, (cum forte noxalis actio leuior videretur) & quidem non in omnem caſum, ſed ſi canis ibi habitus, qua vulgo iter ſit, damnum dediſſet. Et quid ſi extra eum caſum aper, vrſus aut leo damnum dederint, an tum ceſſabit omnis actio? Et quid ni & hic actio noxalis directo locum habere potuerit: & habent iſtæ quoque beſtiæ precium & vtilitatem ſuam. An offendit hic Tribonianus? an ſpeciatim accipitur genitalis feritas, quæ facta eſt à beſtia fera, quæ non amplius in poteſtate eſt? Atquin hoc caſu ineptum ſit dubitare, an actio noxalis locum habeat nec ne, cum beſtia amplius dedi non poſſit. Quod ego in medium relinquo.

Plus dubitationis & difficultatis habet, quod Iuſtin. ait præter actionem ædilitiam, etiam competere actionem de pauperie: & ſubiicit pro ratione, quod numquã actiones præſertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam conſumat. Intelligit concurrere actionem de pauperie cum ædilitia. Et igitur efficitur actionem noxalem eſſe pœnalem, quoniam tantum eſt adiectio actionis ex delicto: & conſequenter iſtud non erit generale, quippe cum vt ſup. probatum ad §. *vlt. de furtis*. multæ ſint actiones ex delictis, non pœnales, ſed rei perſecutoriæ. Concurrere dicuntur actiones dupliciter, electiue (ita docendi cauſa loquuntur Doctores) & cumulatiue. Illud ita, vt ex pluribus actionib. vna tantum experiri liceat, qua in iudicium deducta ceteræ conſumantur: quomodo ad §. *ceterum* 5. *tit.* 7. diximus in ea materia plures cõcurrere actiones, ſed vt vna eligenda ſit, qua electa ad aliam non ſit regreſſus. Hoc ita, vt omnibus experiri liceat, aut ſimul, aut ſucceſſiue, de quo concurſu hic agit Iuſti. dum ait, quod vna actio aliam non conſumat; idque etiam traditum eſt in *l. numquam* 60. *de O. & A. l. numquã* 130. *de R. I.* Ait Iuſtin. non conſumere ſe actiones inuicem, præſertim pœnales. Et igitur etiam perſecutoriæ quædam ita concurrent cumulatiue: Quod ipſum de actionibus ex delicto accipio, & quidem habilibus terminis poſitis, de quibus mox dicemus. Facilius autem eſt, vt concurrant cumulatiue plures actiones pœnales, ſiquidem cum vix idem bis peti poſſit, longe eſt difficilius, vt perſecutoriæ actiones duæ pluresue ita concurrant, vbi iam adeptus ſum per vnã quod mihi cepit abeſſe. Atquin nihil impedire videtur, quin ex pluribus cauſis pœnam perſequamur. Sed quid eſt, quod ait Iuſt. *de eadem re concurrentes*. Ratio, cur actio vna per aliam conſumatur, præcipue pendet à cauſa ex qua petitur, & à re quæ petitur. Certiſſimum principium iuris eſt, quod de eadem re bis iudicium non reddatur, ſed haud dubie obſtat exceptio iudicati: quoniam per deductionem priorem in iudicium, eiuſdem rei, ius agendi ſuper eadem re conſumptum eſt: vtcunque poſtea alia cauſa in iudiciũ deducatur. Veluti ſi qui emit hominem, eundem ſibi ſtipulatus ſit dari, procul dubio vna actio conſumit alteram; & quod eſt in textibus noſtris, ex pluribus cauſis rẽ deberi poſſe, eo pertinet, vt plures actiones concurrant electiue, ſed vna per alteram conſumatur: hactenus ſci. vt ſi ex vna, actor rem cõſecutus ſit, alia experiri non poſſit: ſecus enim fuerit ſi reus ſit abſolutus, quo caſu nihil videtur impedire, quo minus altera actio quoq; in iudicium deducatur: quæ ſententia eſt ICti in *l. & an* 14. §. 2. *de except. rei iud.* quod ſingulas obligationes ſingulæ cauſæ ſequantur, nec vlla earum alterius petitione vitietur. Et igitur ſi res & cauſa eadem ſit, omnino conſumptum eſt rurſus agendi ius, & vtiq; obſtat exceptio rei iudicatæ. Sin ſit eadem res in ſpecie & alia cauſa (vetus ſcilicet, quæ cum altera ſimul fuit,) reus cõdemnatus, ante iure repellet actorem: ſed abſolutus non repellet. Sin ſit eadem cauſa & alia res, recte aget creditor: Et tamen ſubtiliter loquendo, non videtur alia res ex eadem cauſa peti poſſe: quia intelligimus idem ſpecie, & (proprie loquendo) in indiuiduo: atquin v. c. pluralitas rerũ, etiam facit, vt plures intelligantur ſtipulationes, licet vna forma & ſerie ſermonis verba prolata fuerint, vt docent *l. ſcire* 29. *l. vbi* 75. § *pen. l. pluribus* 140. *in pr. de V. O.* Quid igitur, vt eo redeamus, in hoc textu ſignificat *de eadem re*. Si intelligamus eandem rem in ſpecie, & eandem petendi cauſam, falſa omnino erit ſententia huius loci, nec fieri poteſt, vt rurſus admittatur iudicium, vbi vtrumque & res petita, & cauſa petendi eadem eſt. Quid ſi diuerſa ſit petendi cauſa? v. c. ſeruum læſi, eundem poſtea rapui; competit & actio L. Aquiliæ, & vi bon. rapt. certum eſt, alteram per alteram cõſumi *l. 2. in pr. de priu. delict.* Et videtur hic diuerſa eſſe ratio actionum ex conuentionibus, & ex delictis. Illæ enim, vt diximus ita ſe habent, vt vbi ad eandem rem plures dantur, ſi ex vna conſecutus rem ſit actor, alia amplius vti non poſſit: niſi tamen, quod addendum eſt, appareat id actum eſſe, vt res bis peti poſſit, vt creditor & rem, & æſtimationẽ vel bis æſtimationẽ conſequi

ſequi poſſit: v.c. ſi hominem emptum, poſtea mihi donaueris, ſi ex cauſa empti cũ precium ſoluiſſem, hominem conſecutus fuero, recte poſt ex cauſa donationis agam. Atquin rurſus ſubtilius rem conſideranti, in actionibus ex delicto, & maxime pœnalibus ita res ſe habere videtur, vt vbi plura ſunt delicta & plures actiones, numquam diuerſis actionibus eadem res peti videatur: veluti in propoſito exemplo, ob ſeruum læſum, eius æſtimationẽ & quanti mea intereſt, peto; ſed ob eum raptum actione vi bon. rap. in quadruplum ago. Videtur itaq; quod hic dicitur *de eadem re* paulo pinguius accipiendum, non vt Accurſ. de eodem facto & delicto, nam ex vno ſimpliciter delicto tantum vna actione agi poteſt, ſed quod intelligat in eandem rem & circa eandem delictum cõmiſſum eſſe per plura facta & delicta. Sed & amplius hic factum à delicto ſeparandum eſt, quoniam aliquando in vnum factum plura poſſunt incidere delicta, verbi cauſa ſi ſeruum meum in mei iniuriam quis flagellis cæciderit, & eius corpus hoc modo deterius reddiderit, eſt vnum factum, ſed duo delicta, iniuriarũ & damni dati, niſi quis ſubtilius hic duo facta conſiderari poſſe putet, iniuriæ illationem in dominum, & ſimul ſeruilis corporis læſionem: & alia ratione duplicitas factorum hic ſtatui poteſt, quod ex grauiori iniuria in ſeruile quoq; corpus, nomine ſerui iniuriarum actionem domino competere ſup. ad *§. patitur, de iniuriis.* oſtendimus. Secundum hæc cõmode etiam accipiendũ eſt, quod ait Vlp. in *l. pen. de O & A.* non conſumere ſe inuicem actiones pœnales, de eadem pecunia concurrentes: vt non omnino eadem ſpecie pecunia ſignificetur; & videtur Vlp. ſpeciei pecuniam opponere voluiſſe: nam in identitate ſpeciei vix concurſui cumulatiuo eſt locus. Et vt maxime eadem ſit pecuniæ ſumma, tamen non eſt vera identitas, cum pecunia in genere conſiſtat. Summa diſputationis huc redit, vt ſiquidem actiones cõcurrere debeant cumulatiue, nec altera alterum conſumere, & diuerſitatem rerum petitarum, & itidem cauſæ & nimirum delicti, & plura adeo commiſſa delicta eſſe oporteat: ceteroquin vnum delictum pluribus pœnis ſimul effectualiter, vt omnes exigantur, non coercetur, & pluralitas actionum pœnalium plura delicta præſupponit. Atque huc pertinet ꝙ Vlp. ſcribit in *l. 2. de priu. del. et.* plura delicta concurrentia non facere, vt vllius impunitas detur. Idq; in pluribus factis apertius eſt, in caſibus, quos ibi proponit ICtus, ſed ſæpe, vt prædiximus vnum tantum videtur factum, vt tamen plura ſint delicta: quamuis propter identitatem facti vnum delictum videatur, & ita quoq; diſputent ICti, vt vnum delictum appellent, veluti ſi quis arbores furtim cęciderit, tenetur & L. Aquil. ob damnum datum, & ex L. XII. tabb. tamquam fur non manifeſtus in duplum *l. 1. in prin. & l. furtim 7. arb. furt. caſ.* & id vnum delictũ appellat ICtus in *l. cum ex vno 32. de O. & A.* & ſunt tamen delicta duo, furtum & damnum datum, ſed minus apparet hæc duplicitas: indeque controuerſia inter ICtos nata videtur: & tamen eam duplicitatem ſatis inſinuat ICtus in *l. plura 53. de O. & A.* vbi plura delicta vna in re neceſſario intelliguntur, vbi ex vno facto naſcuntur: tum quia alias omnino abſurda ſit ſententia, quod non liceat vti omnibus actionibus ſed tantum vna, & contra *d. leg. 2. de priuat. del.* & contra apertam rationem: tum quia ſtatim pro ratione ſubiicit, eſſe vnam tantum obligationem; quod manifeſto falſum eſt in pluribus factis: quamuis etiam ſi vnum factum ſit & plura delicta, inſubtiliter dicatur eſſe vnam obligationem: quin imo contradictorium eſt, eſſe plura delicta, & vnam tantum obligationem: non magis enim plura delicta, quam plures conuentiones vnam obligationem habere poſſunt: & ſingula delicta neceſſario ſingulas & totidem obligationes pręſupponunt: vt vel hinc appareat non ſemper ſatis accurate locutos ICtos, quemadmodum in *d. l. 53.* Modeſtinus vnam obligationem ſtatuit, vbi ſunt plura delicta: pingui Minerua, nimirum, dum vnum tantum factum conſiderat, veluti in arboribus furtim cæſis accidit.

Igitur hic primum omnium diſtingui oportet

oportet, an plura ſint facta, an vnum factum. Illo caſu puto inter omnes conueniſſe quod pluribus actionibus experiri liceat. Quod ad hoc attinet, non videntur textus pugnantes admittere liquidam conciliationem.

Ait enim hic §. quod alia per aliam non conſumatur: quod in genere ita dictum & in *l. pen. de O. & A. & in l.* 130. *de R. I.* non videtur reſtringi poſſe ad caſum quo plura ſunt facta, aut plures omnino diſtinctæ delinquendi cauſæ: quamuis alias iſtam explicationem materia huius tit. facile patiatur, vbi diuerſitas & rerum & cauſarum agendi, ſatis apparet. Verum latius id patere probatur euidenter ex *d. l. cum ex vno* 32. *de O. & A.* vbi vocatur vnum delictum, (eo ſcilicet ſenſu quo explicatum eſt) & nominatim delictum arborum furtim cæſarum proponitur, (in quo vel maxime iſta vnitas apparet) & tamen reſpondetur, omnibus actionibus experiri permitti, idque obtinuiſſe poſt magnas varietates: & perſpicuum eſt, hoc de effectu rei dici, vt fruſtra ſint, qui reſpondent, naſci quidem plures, & natas eſſe, ſed poſt vnam intentatam, reliquas per exceptionem excludi. Etenim ille proprie non dicitur poſſe experiri, qui iure per exceptionem excluditur: neque de hoc an plures ipſo iure competerent actiones dubitari potuit, ſed an plures etiam recte quoque & cum effectu in iudicium deduci poſſent. Sed contradicit *d. l.* 53. *de O. & A.* vbi dicitur, quod licet plures natæ ſint actiones ex pluribus delictis, (vbi tamen vnum factum eſt) tamen probatum hoc eſſe, vna tantum vtendum eſſe, omnes autem exerceri non poſſe. Qui textus aduerſis frontibus pugnat cum *d. l.* 32. *ſub eod. tit.* Illa & *d. l.* 32. ait obtinuiſſe poſt magnas varietates, vt omnibus vti liceat: hæc ait, probatum id eſſe, quod liceat tantum vna vti. An diſtinguimus, vtrum ex priori actione reus condemnatus ſit, an abſolutus? Non puto: nam ratio ICti in *d. l.* 32. *de O. & A.* procul dubio hæc eſt, quod vt ſup. probaui, reuera ſunt plura delicta, quibus ſingulis ſuæ pœnæ debentur ex ratione *l. 2. de priuat. delict.* An dicimus intereſſe, vtra prius actum fuerit actione, an ea quæ minus, an ea qua plus continetur: vt ſi illa prius mota ſit, ſuperſit altera, ſed non in ſolidum & totum, verum deducto eo quod priori actione fuit in condemnatione, quomodo in caſu non diſſimili de actione L. Aquil. & commodati reſponſum eſt in *l.* 7. *§. 1. commodat.* & in terminis *l. 1. arb. furt. caſ.* de delicto, quo arbores furtim cæſæ fuerunt: quod iudex in actione ſecunda ſeu poſteriori deducat, quod agendo priori actione conſecutus eſt actor. Quam limitationẽ haud ſcio an ferat *d. l.* 32. *de O & A.* Ita enim vere loquendo non liceret effectu vti omnibus actionibus, ſed tantum vna, quæ plenior & pinguior eſſet: à qua ſi agendi initium factum eſſet, alia in iudicium deduci non poſſet; quod longe diſſidere mihi videtur à mente ICti in *d. l.* 32. quamuis reſponſum ICti in *d. l. 1. arb. furt. caſ.* confirmetur per *l. quoties* 41. §. 1. *de O. & A.* & in concurſu actiones ex contractu & delicto, actionis ſcilicet pœnalis mixtæ & perſecutoriæ, facilius iſtud admittendum videtur, vt vna actio per alteram minuatur, per *d. l.* 7. §. 1. *commodat.* ſed non ita facile in concurſu actionum ex delicto. Et nimirum hoc modo reuera vna actio per alteram conſumitur; quod omnino repugnat text. in *d. l. cum ex vno* 32. *de oblig. & act.* An diſtinguimus tertio inter qualitatem conditionemq; actionum ex vno facto, vt ſiquidem tendant ad diuerſa omnes concedantur cumulatiue: ſin autem ad idem vna per aliam tollatur, vt *d. l.* 32. procedat in priori membro: in poſteriori locum habeat *d. l. 53. eod. tit. cum ſimilib.* Cauſam ita diſtinguendi præbet & ratio & textus in *d. l. pen. arb. furt. caſ.* vbi ICtus ait, ſi actum ſit ex L. Aquil. contra eum qui arbores clanculum furtim cæcidit, liberandum eſſe reum actione ex Interdicto, *quod vi aut clam:* ſalua tamen manente actione ex L. XII. tabb. in duplum: Scilicet actio ex Interdicto *Quod vi aut clam*, pariter vt actio Legis Aquiliæ competit ad Intereſſe: itaque merito per vnam alia conſumitur, non tam ipſo iure quam per exceptionem, vt colligitur ex *d. l. pen.* quæ ait liberandum eſſe aut abſoluendum reum ab Interdicto *Quod vi aut clam.*

clam. Et probabilis mihi videtur hæc diſtinctio, qua poſſint etiam nō incommode componi textus varie loquentes, & inprimis in *d.l. cum ex 32. & in d.l. plura 53. de Ob. & Act.* Nam Legis Aquiliæ actio perſequitur diuerſum ab eo quod eſt in actione L. XII. tabb. quæ eſt ad duplum, ſed enim *d.l.1. arb. furt. caſ.* in terminis de hac actione duplici loquitur, & ſaltem in id quod ſupereſt alterū ſaluam manere reſpondet: neq; enim mihi ſapere poteſt: quod Accurſ. ita explicat *d. l. pen. arb. furt. caſ.* ſaluam ſaltem in reſiduum manere actionem, quæ in duplum eſt ex L. XII. tabb. Minus ſapit quod *Ioh. Fab. hic d. l. cum ab vno 32. de O. & A.* explicat de caſu, quo plures deliquerunt, & v. c. furtum fecerant. Etenim hic ius non videtur fuiſſe dubium, quin pœnalibus reuera actionibus, ſinguli in ſolidum conueniri & exigi potuerint, ita vt vnius ſolutio non prodeſſet ceteris, cum quiſque ſui delicti pœnam ſuſtinere intelligatur: ſicut & pariter certum eſt, quod quibus caſibus perſequitur quiſque quod ſua intereſt, plures licet deliquerint, tamen vnius ſolutione ceteri liberentur. Tum etiam penitus diuinatorium eſt, vt textus eodem modo fere loquentes, in *d.l.32. & d.l.53. de O. & A.* de diuerſis omnino caſibus explicemus. Et vel maxime ineptam hanc explicationem facit, quod ICtus in *d. l. 32.* nominatim pro exemplo proponit, delictum, quo arbores ſunt furtim cæſæ: quod ſi de diuerſis & pluribus delinquentibus ſenſiſſet, nulla ratio dari poſſet, cur huius potius delicti, imo cur non potius aliorum meminiſſet. Et nimirum in hoc facto maxime videtur eſſe vnitas, & nihilominus plures naſcuntur actiones, & quidem tres, ſcilicet ex L. Aquilia, ex L. XII. tabb. in duplum, & ex Interdicto *Quod vi aut clam.* Et ſunt in hoc vnico facto tria delicta, quod & clam opus aliquod facit, & inſtar furis clam rem meam contrectat, & ſimul damnum mihi dat corrumpendo arbores. Quæ ratio facit, vt omnibus tribus actionibus mihi vti licere debeat, quam rationem ſecutus eſt ICtus in *d. l. 32. de O. & A.* ſed illa quam diximus vnitas facti alios mouit, vt effectu tantum vni actioni fecerint locum. Quomodo iſta extricanda ſint accuratius, videtint Doctores: hæc quæ ita in mentem venerunt, adſpergere volui: totum enim hunc tractatum de concurſu actionum plene abſoluere, nec inſtituti, nec iam animi, fortaſſis nec vitium eſt. Duo tantum adhuc capita ſtrictim adiicere libet: Alterum de concurſu actionis pœnalis & perſecutoriæ, alterum de concurſu actionis ſiue perſecutionis criminalis & ciuilis. Quod ad prius attinet, actio pœnalis aut mere talis eſt, aut mixta. Mere pœnalis & rei perſecutoria numquam ſe inuicem conſumunt, ex certiſſimo principio iuris, quod qua actione non deducitur in iudicium, quod alia actione continetur, per eam alia actio conſumi non poteſt: aliud autem eſt pœna & aliud rei perſecutio: & vt plurimum ex diuerſis cauſis iſtæ actiones deſcendunt: Et hinc per actionem furti quæ mere pœnalis eſt, rei vindicatio contra ipſum etiam furem, aut actio ad exhibendum, vel condictio furtiua conſumi non poteſt, per notata ad *§. vlt. ſup. de oblig. & del. textus in l. rei 45. cum l. ſeq. pro ſoc. & in d. §. vlt.* ibi *extrinſecus habet.* Itaque in *l. ſi is cui 71. de furt.* vbi actio furti dicitur tolli per commodati actionem, neceſſario actio furti de condictione furtiua accipienda eſt, quæ vna eſt Accurſii ſolutio, nam reliquæ, quas affert in *d. l. 45.* nullius ſunt momenti. Et illud vero ex *d. l. 45.* obſeruandum eſt, quod conſumptio vel ſublatio alterius actionis aliquādo fit ipſo iure, aliquando per exceptionem, cuius rei vna ratio depēdet à qualitate actionū, an ſint bonæ fidei vel ſtricti iuris; illis enim quoniam exceptiones ipſo iure inſunt, fit, vt ipſo iure cōpetere amplius non videantur facta ſolutione, de qua re ſuo loco agitur, & diximus *Tract. de action. diſp. 6.* & aliquid in *§. actionum 28. ſup. de actionib.* Ex quo fit, vt ſi prius ſit actum condictione furtiua, actio commodati cui ineſt ipſo iure exceptio, extingui dicatur; ſin prius commodati actum fuerit, neceſſaria ſit exceptio: quod & traditum eſt in *l. qui ſeruum 34. §. ſi is 3. de Obl. & Act.* ex cuius collatione confirmatur, *d. l. 71. de furt.* de condictione furtiua explicandam eſſe.

lia permiſſum erat furti agere eorum nomine qui apud hoſtes eſſent, aut reipublicæ cauſa abeſſent, quiue in eorum cuius tutela eſſent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cæperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas, & neceſſaria peregrinatio, itemque aliæ multæ iuſtæ cauſæ ſæpe hominibus impedimento ſunt, quominus ipſi exequi rem ſuam poſſint.

COMMENTARIVS.

DIxit de actionibus, quæ tum ex delictis tum ex conuentionibus, & qua propriis qua alienis moueatur. Non incommode ſubiicitur, de perſonis, per quas inſtituuntur actiones: & prius eſt vt ſciatur, quid & quæ ſint actiones, quam vt de modo eas inſtituendi tractetur. Sed recte monet Ioh. Faber, non eſſe (vt loquitur) ſuper his inſiſtendum. De vſu procuratorum proponit ius vetus & nouum, olim, ait, in vſu fuiſſe vt nemo alterius nomine agere poſſet. Et ſcilicet actiones omnes erant Legis actiones *l. 2. §. deinde 6. de orig. iur.* quę ſolemnibus formulis conſtabant, & ob id vt quiſq; nomine proprio eas proponeret receptum erat: vnde Lege XII. tabb. de iumento dando ei qui in ius vocatus erat, vel arena ſternenda cautum erat, quoniam ipſum præſentem eſſe oportebat, vt apparet ex *Gellio lib. 1. cap. 20.*

Exceptiones hic propoſitæ perſpicuam habent rationem: nam nec pupillus ipſe ob ætatem, nec populus vniuerſus agere poterant, neque ſeruo ius erat lege agendi, eoque vbi ſe in libertatem vindicare volebat, aſſertore opus habebat, vt docet *t. t. Cod. de aſſert. toll.* Et hinc factum ſupra diximus, vt actus iuriſdictionis voluntariæ, qui per alium expediri non poſſunt, propriam ſibi fecerint hanc appellationem *Legis actionum*: quoniam reliqui actus, Iuriſdictionis, vt vocant, contentioſæ, illam qualitatem ex qua olim æſtimabantur LL. actiones, amiſerunt, & per procuratores, tutores, aut curatores exerceri ceperunt: Cuius rei rationem reddit Iuſtinianus hoc textu *verſ. ſed quia.* quod variæ cauſæ impedimento ſint, quo minus homines per ſe ipſos litigare poſſent. Idque iam temporibus Iuriſconſultorum noſtrorum obtinuiſſe, & tum frequentiſſimum fuiſſe, procuratoribus vti, ex *titt. D. & Cod. de procurator.* apertiſſimum eſt: vt omnino errent, qui quod ſcriptum eſt, ab Vlpiano in *l. nemo 123. de Reg. iuris.* neminem alieno nomine Lege agere poſſe, ad ius vetus, cuius hoc loco mentionem facit Iuſtinianus, referunt: & omnino verum eſt, *Lege agere*, ibi in ſpecie vſurpari iuxta vſum temporum illorum, de actibus voluntariæ iuriſdictionis, veluti adoptionibus, emancipationibus, quæ licet recepto vſu procuratorum in iis quæ ad contentioſam iuriſdictionem pertinebant, per alios expediri, & alieno nomine perfici non poterant, vt ſup. *lib. 1. de adoptionibus & emancipationibus* explicatum eſt.

Pro populo.] Qui nimirum conſtituebat aliquem, vt vniuerſorum nomine cauſam ageret, qui hodie in ſpecie ſyndicus appellatur.

Pro libertate.] Qui in ſeruitute iniuſta detentum vindicaret in libertatem, qui dicebatur adſertor *t. t. C. de adſ. toll.* & diximus in *§. præiudiciales 13. ſup. de action.*

Pro tutela.] Videlicet nomine pupilli, qui in iudicio conſiſtere non poterat: ſed nec minor poterat *t. t. C. de his qui legit. perſ. ſtandi*, ideoque id ſupplendum eſt, ex eo quod in *præcedd.* verbis de curatorio nomine dixit. Nimis ſupine hic lapſus eſt Theoph. qui pro tutela agere, explicat, cum duo litigant de tutela, vter eorum adminiſtrare debeat.

Lege Hoſtilia.] Non memini alibi iſtius Legis Hoſtiliæ mentionem fieri. Satis confidenter Pacius in notis. Tulit, inquit, A. Ho-

ſtilius, cum A. Attilio, anno Vrbis 580. At enim in Faſtis, tres eius nominis conſules legimus. C. Hoſtilium Mancinum & Attilium Serranum anno ab V. C. 580. aut, vt alii 583. Rurſus L. Hoſtilium Mancinum cum Q. Fabio Max. Æmiliano, anno Vrbis 609. & rurſus anno Vrbis 616. ſiue 617. C. Hoſtilium Mancinum cum M. Æmilio Lepido: ſcimus & Regem Romanorum eo nomine fuiſſe: potuit & Tribunus plebis ex iſta familia aut potius gente fuiſſe. In tanta obſcuritate & ſilentio omnium autorum, certi aliquid affirmare, neſcio cuius arrogantiæ eſt. At cur L. Hoſtilia tantum permiſit nomine captorum ab hoſtibus aut abſentium Reip. cauſa agere ob furtum illis factum? An forte, quia furta clam fiunt, & interuertunt poſſeſſionem, quæ non redintegratur fictione poſtliminii?

Quiue in eorum cuius.] Abſentium ſcil. Reip. cauſa aut captorum ab hoſtibus. At enim hi vt maxime tutelā ipſo iure durare dicamus; nec finiri per captiuitatem aut abſentiam reipub. cauſa, vtiq; interim curatores habent, de quo actum *ſup. §. pen. de curatorib.* Quorſum igitur hic neceſſum erat abire à regula & admittere procuratorem? An hoc referimus ad caſum, quo needum pupillis de alio tutore aut curatore prouiſum eſt?

Ceperunt homines.] Apparet hinc non Lege aliqua, ſed ſenſim & vſu hoc receptum fuiſſe.

Sæpe impedimento ſunt.] Hæc fuit ratio, ob quam procuratoribus vti ceperunt homines: ceteroquin poſtquam ſemel vſus procuratorum receptus fuit, etiam extra caſum neceſſitatis & impedimenti procuratores dati fuerunt. *l. 1. §. vſus 2. de procurat.* ibi, *vel nolunt vel non poſſunt.*

TEXTVS.

Procurator neque certis verbis, neque præſente ſemper aduerſario, imo & plerunque eo ignorante conſtituitur. Cuicunq; enim permiſeris rem tuam agere, aut defendere, tuus procurator intelligitur. Tutores & curatores quo modo conſtituantur, primo libro expoſitum eſt.

COMMENTARIVS.

PRocurator alius eſt extraiudicialis ad negotia, de quo actum *ſup. titulo. Mandati*, alius qui dicitur iudicialis, cui mandata eſt cauſæ alienæ actio aut defenſio. Interuenit enim & à parte actoris ad agendum, & à parte rei ad defendendum: vt docet *hic §.* ibi *agere aut defendere*, quod vtrumque poſt admiſſum fuit: cum olim vt in *text. præced.* habetur, per alium neque agere, neque excipere actionem liceret. In ſpecie tamen defenſor dicitur, qui alterius cauſam defendendam ſuſcipit ſine mandato, de quo in *§. ſi vero 5. tit. ſeq.* Quod ad modum conſtituendi procuratorem & præcipue à parte actoris attinet, probabile eſt, olim certis quibuſdam & ſolemnibus verbis, & vt indicio eſt hic *textus in pr.* præſente altero, conſtitutionem & ceſſionem actionis factam eſſe: ſed poſtea placuit, vt per ſimplex mandatum procurator quoque ad agendum recte conſtitueretur, *h. text. in pr.* & conſequenter nudo conſenſu, per epiſtolam quoq; & nuncium, iuxta naturam mandati, de quo *ſup. lib. 3.* proprio titulo actum eſt. Itaque paſſim iure noſtro, cedere & mandare, aut præſtare actionem pro iiſdem vſurpantur, vt videre eſt ex *l. 1. §. & ſi 13. cum §. ſeq. & §. non tantum 18. & l. cum pupillus 21. de tut. & rat. diſtr. l. Modeſtinus 76. de ſolution. l. 1. in f. C. de magiſtr. conuen.* de qua re & omnino ceſſione actionum, & procuratore ſimplici, & eo qui in rem ſuam dicitur, accurate egimus, *Tract. de action. diſp. 4. th. 3.*

Tutores & curatores.] Hoc ideo monet, quoniā hi longe aliter, quam procuratores, & nimirum teſtamento Lege & à magiſtratu conſtituuntur, iuxta *tractata lib. 1.*

AD

Digitized by Google

AD TITVLVM XI.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE SATISDATIONIBVS.

TEXTVS.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium nouitas per vſum amplexa eſt. Olim enim ſi in rem agebatur, ſatisdare poſſeſſor compellebatur, vt ſi victus eſſet, nec rem ipſam reſtitueret, nec litis æſtimationem, poteſtas eſſet petitori, aut cum eo agendi, aut cum fideiuſſoribus eius, quæ ſatisdatio appellatur, iudicatum ſolui. Vnde autem ſic appelletur, facile eſt intelligere: namq; ſtipulabatur quis, vt ſibi ſolueretur, quod iudicatum fuiſſet. Multo magis is, qui in rem actione conueniebatur, ſatisdare cogebatur, ſi alieno nomine iudicium accipiebat. Ipſe autem qui in rem agebat, ſi nomine ſuo petebat, ſatisdare non cogebatur. Procurator vero ſi in rem agebat, ſatisdare iubebatur, rem ratam habiturum dominum: periculum enim erat, ne iterum de eadem re experiretur dominus. Tutores vero & curatores eodem modo quo procuratores, ſatisdare debere, verba edicti faciebant: ſed aliquando his agentibus ſatisdatio remittebatur. Hæc ita erant ſi in rem agebatur.

COMMENTARIVS.

1 *Satisdatio rei in actione in rem.*
2 *Clauſulæ cautionis de iud. ſoluendo.*
3 *Ad l.13.* verſ. proinde. iud. ſolu. *quando ob rem non defenſam committatur ſtipulatio.*
4 *Procurator actoris an cau. at de rato.*
5 *An tutor ſatiſdet de rato.*

CONfuſim ſatis hæc res tractatur: ſed & rectius ſe haberet inſcriptio, *De cautionibus,* latius enim patent tractata *h.t.* quam vt ad ſatisdationem omnia referri poſſint, vt vel apparet ex §.*ſed hodie* 2. *h.t.* Et cautio in genere poteſt dici, quod reſpectiue alia ſit nuda, alia non nuda. Nuda dicitur, quæ fit ſimplici promiſſione & ſtipulatione, & latius quæ tantum fit verbis, ſiue ſimplicibus ſiue etiam iuratis: nam & iuratoria cautio nuda eſt, hactenus, quod ſola perſonali obligatione cauentem aſtringat, licet ea fortior cenſeatur ob vinculum religionis. Non nuda eſt, quæ habet pignora aut fideiuſſores, quæ poſterior non vno loco in ſpecie ſatisdatio dici ſolet *l.1.de ſatiſdat.l.7.de prætor.ſtip.*& cum ſatisdationem deſiderat Lex aut prætor, in dubio exiguntur fideiuſſores: vt tamen ſæpe pro fideiuſſoribus pignora admittantur *arg.l.1.§.iubet 9.de collation.l.2.§.3.quod leg.* de qua re alibi tractatur. Finis cautionum & ſatisdationum de quibus *h.t.* agitur eſt, vt iudicium & quæ in eo aguntur vſque ad ſententiam, ſint tanto magis rata, & effectum ſuum conſequantur, nec per alterutram partem eludantur.

Alius antiquitati placuit.] Quod antiquitati tribuit, id temporibus ICtorum ex quorum libris Digeſta compoſita ſunt, obtinuiſſe perſpicuis indiciis, imo certis textibus deprehenditur: nec adeo accurati potuerunt eſſe compoſitores, vt non inſpergerent libris à ſe collectis, quæ ſuo ſeculo antiquata fuiſſe hic teſtatur Tribonianus.

Olim ſi in rem agebatur.] Ius † vetus hic proponitur ſub triplici diſtinctione, actionis in rem & in perſonam: actoris & rei, perſona- 1

rum principalium, & pro his interuenientium. Prima propoſitio hæc eſt. In actione in rem qui actionem ſiue ſuo nomine, ſiue alieno ſuſcipiebat, de iudicato ſoluendo ſatisdationem præſtare cogebatur: id expreſſum in *l. ſi petitor* 8. *iud. ſolu. l. ſi cum* 33. *de fideiuſſ.* & ſatis apparet ex *l.* 1. *Cod. vti poſſidetis.* quæ ſimul oſtendit, ſi reus poſſeſſor non cauiſſet, poſſeſſionem in aduerſarium translatam fuiſſe. Et periculum enim erat, ne poſſeſſor rem faceret deteriorem, eoque ſatisdatione opus erat: & ea de cauſa res mobilis aliquando ſequeſtrari & apud officium deponi ſolebat *l. ſi fid.* 7. *in f. qui ſatisd. cog.* Et ita Aſconius in 3. Verrin. qui rem, inquit, tenet, ſatisdat, nihil ſe deterius in poſſeſſione facturum, de qua iurgium eſſet.

Nec rem ipſam &c.] Apparet hinc, eum eſſe exitum iudicii in rem vt Reus reſtituat rem, vel æſtimationem. Et diximus ſup. ad §. 1. *& ad præterea* 31. *de action.* actionem in rem fuiſſe arbitrariam, qua primo Reus iubebatur rem reſtituere, id ſi non faceret, damnabatur, quanti actor rem eſſe iuraſſet. Itaque ſi alterutrum horum non fieret, ex cautione de iudicato ſoluendo agebatur (vt ait Iuſtinianus) cum ipſo reo aut cum fideiuſſoribus. Ita enim ius eſt, vt vbi ſatisdatur, primum promittat ipſe principalis ſe aliquid daturum facturum, tum idem adſtipulentur pro eo qui dicuntur fideiuſſores. Et errat Hottomannus qui negat, cum ipſo reo ex ſtipulatione iſta agi potuiſſe. Licet enim cum Reo propria quoque actione, & ſcilicet iudicati, agi potuerit, tamen non video, quid impedimento eſſe poſſit, quo minus ex ſtipulatu quoque Reus potuerit conueniri: quam certum eſt, in ipſius etiam perſonam conceptam fuiſſe: & ſatis perſpicue hoc probatur ex hoc loco, & quod nimirum & cum Reo & cum fideiuſſoribus ex ſatisdatione interpoſita agi potuerit.

Vnde ſic appelletur.] Notatio nominis. Ita nimirum ibi cauebat actor, vt ſecurus eſſet in euentum ſententiæ ſecundum ſe datæ, & ita conſequeretur à fideiuſſoribus, quod forte ob inopiam Rei, per actionem iudicati, ab ipſo conſequi non poſſet. Hoc enim principaliter hac ſatisdatione agitur: & hæc præcipua iſtius eſt ſatisdationis † clauſula, à qua etiam tantum appellatur: quo reſpectu vna eius clauſula eſſe dicitur in *l. cum quærebatur* 13. *iud. ſolui*, ſed inſunt ei duæ clauſulæ aliæ, *de defendendo & de dolo leg.* 6. *eod. titul.* quod alias ſi præciſe tantum res iudicata ſpectaretur, reus non comparendo, & defugiendo iudicium, & ſiue ipſe ſiue fideiuſſor doloſe hac in re aliquid agendo vim & effectum ſatisdationis eludere poſſent: Et ita Iuriſconſultus in *l.* 3. *§. ſi reum* 8. *iud. ſolu.* committi ait hanc ſtipulationem, ſi reum poſt præſtitam ſatisdationem abſentem factum, nemo defendat, ſcilicet committi ob rem non defenſam: quam clauſulam ineſſe diximus huic ſatisdationi. Sed hic ſcrupulum mouet *d. l. cum quæreb.* 13. *verſ.* † *proinde* *iud. ſolu.* vbi Iuriſconſultus ait, non videri commiſſam ſtipulationem ob rem non defenſam, niſi lis fuerit conteſtata. Et an igitur *d. l.* 3. §. 8. *eod. titul.* accipimus de caſu litis iam conteſtatæ? Vix opinor ita explicari poſſe; vel quia textus indefinite loquitur: vel quia poſt litem conteſtatam, vbi eremodicium ob Rei abſentiam contrahitur, iudex in principali recte fert ſententiam vt hic nihil neceſſe ſit committi ſatisdationem ob rem non defenſam, cum ex ea iudicato non ſoluto ex principali clauſula agi poſſit. Et omnino ſtatuendum eſt, ſatisdationem & eius clauſulam de re non defenſa pertinere etiam ad caſum, quo ante litem conteſtatam reus diſceſſit nec ſui copiam fecit. Sed reſpondendum eſt ad *d. l.* 13. *iud ſolu.* Accurſius & Bartolus reſpondent, quod ibi non de litis conteſtatione ſuper cauſa principali, ob quam ſatisdatio interpoſita eſt, facta agatur, ſed quæ facta eſt ſuper ipſa ſtipulatione de iudicato ſoluendo: ad quod faciunt verba textus, *niſi ex ſtipulatione lis fuerit conteſtata.*

Et recte ſe habet reſponſio Bartoli: verum remouenda erat obiectio hæc: quod abſurdum videatur, ſtipulationem committi, vbi ex ipſa demum litis conteſtatio facta eſt: cum,

cum, committi ſtipulationem notiſſimo vſu iuris ſignificet, aliquid peccatum eſſe contra ſtipulationem, vt ex ea agi & porro litis conteſtatio fieri poſſit: ſecundum, quod vbi reus abſens non defenditur, videbitur protinus ſtipulatio de defendendo, ex clauſula ob rem non defenſam, commiſſa eſſe, nec demum committi, vbi ex ipſa ſtipulatione litis conteſtatio ſecuta eſt. Hoc nimirum Bartolus & Accurſius non explicant. Ego ita hoc explicandum cenſeo; (neque enim iam habeo autorem quem ſequar.) Tum demum protinus committitur ſtipulatio, vbi contra eam factum eſt, vel factum eſt & accidit id in cuius euentum concepta fuit ſtipulatio, vbi vnum tãtum eſt in ſtipulatione, vel duo alternatiue, & æque principaliter, & ita ſunt vt aliquo eueniente non ſit locus purgationi, moræ ſiue culpæ. Id tractat Iuriſconſultus in *d. l. quærebatur* 13. *iud. ſolu.* exemplo ſtipulationis, quæ ſub alternatiua conditione concepta eſt, vbi ſatis eſt, vnam extitiſſe, vt ſtipulatio commiſſa ſit & agi ex ea poſſit. Aliam rationem eſſe docet huius ſtipulationis quæ continet clauſulam de defendendo & de iudicato ſoluendo, ex quibus hoc principaliter eſt in obligatione, illud quaſi acceſſorie & per interpretationem: & ita vt qui non defenſus eſt, & diſceſſit corrigere hoc peccatum, & comparens ſe defendere, vel etiam abſentem eum fideiuſſor acceptus defendere poſſit, vt perſpicue docet *l. vltim. iudic. ſol.* Et igitur vbi primum quis non defenſus eſt, non protinus ita committitur ſtipulatio, vt fideiuſſor exigi & condemnari debeat, ſed ante litis conteſtationem ex ipſa ſtipulatione, licet corrigere & purgare culpam, & euitare actionem, ſuſcipiendo defenſionem: quod non amplius licet, vbi iam litis conteſtatio facta eſt contra fideiuſſorem, ob reum non defenſum: quoniam poſt litis conteſtationem purgationi amplius locus non eſt. Ita res ſe habet in obligationibus faciendi: Qui in mora fuit, purgare eam poteſt, ita vt ſi ante litem conteſtatam faciat quod promiſit, euitet actionem & condemnationem ad intereſſe. Et proinde & hoc quoq; caſu dicemus non male, demum committi ſtipulationem, (hoc ſcil. effectu vt ad intereſſe condemnetur Reus) per litis conteſtationem. Et forte non inepte quis dixerit dupliciter ſtipulationem committi dici in huiuſmodi caſibus, plene ſiue omnimodo & non omnimodo. Nam ſane protinus vbi elapſum eſt tempus quo factum præſtare potuit, commiſſa recte dicetur ſtipulatio, quippe ex qua haud dubie actio à prætore peti poteſt. Sed non videbitur commiſſa plene, cum purgationi moræ vſque dum lis conteſtata ſit, relictus ſit locus. Ita in noſtris terminis dicemus committi ſtipulationem, vbi Reus cepit non defendi: ſed non cum effectu, cum ſi ante litis conteſtat. incipiat rurſus defendi purgata ita mora, fideiuſſor euitet actionem: ceteroquin ſi poſt, reus qui defenſus non fuit, tranſigat cum actore, aut alias liberetur, ſequeretur fideiuſſorem ex clauſula ob rem non defenſam condemnari debere: quod abſurdum eſſe apparet: eoque argumento vtitur ICtus in *d. l.* 13. & ait his caſib. euaneſcere clauſulam ob rem non defenſam. Et forte his caſibus, etiam poſt litem ex ea clauſula contingentibus, abſoluendus erit fideiuſſor: idq; adito prætore impetrabit, iudex enim pedaneus ex veteris iuris ratione, vix poterit, ob ſtricti iuris iudiciorum naturam. Hæc fortaſſe non indigna obſeruatione videbuntur.

Multo magis.] Ratio, cur potius hac cautione onerari debeat qui pro reo interuenit, quã ipſe Reus, patebit ex §. *ſi vero* 5. *infr. h. t.*

Ipſe autem qui in rem agebat.] Hactenus de Reo & eius defenſore ſequitur quid iuris in actore & qui eius nomine interuenit, in actionibus in rem. Et principalis actor ſcil. non ſatisdabat, nec enim eadem ratio erat, quæ in Reo: & nec ſatisdatio de iudicato † ſoluendo 4
in eius perſona locum habebat: neq; rationis videbatur vt ab eo exigeretur cautio de perſequẽdo litem, cũ actor pręſumatur id facturus, qui vltro actionem poſtulauit, & rei potius tergiuerſari creduntur; vnde à Grçcis nomine nomine ſignificanti φεύγοντες & actores διώκοντες appellantur.

Procurator

Procurator vero.] Iſtud non proprium actionis in rem eſſe mox Ipſe Iuſtin. in §. *ſeq.* ſcribit: ſicut nec prius, de ipſo principali, quod ſatiſdare non teneatur. Itaque parum accurate iſta res tractatur, dum quæ communia vtriq; actioni ſunt, in rem & in perſonam, vt ſpecialia proponuntur. Ait autem: procuratorem actoris ſatiſdare, dominum rem ratam habiturum. Atquin, quicunque agit ex mandato domini, ille non neceſſe habet ſatiſdare de rato. Procurator autem agit ex mandato domini. Ergo non ſatiſdat de Rato. Aſſumptio eſt in § *pen. tit. præc.* vbi Iuſtin. ait, eum eſſe procuratorem, cui dominus permiſit rem ſuam agere: & procurator nihil aliud eſt quã mandatarius, qui relationem habet ad mandantem: ideoque in *l. 1. de procurat.* definitur eſſe, qui aliena negotia MANDATV domini adminiſtrat. Propoſitionis ratio manifeſtiſſima eſt: quod cum vt hic autor eſt Iuſtin. finis huius cautionis ſit, vt ne dominus iterum experiri poſſit, vtique vbi de cuius voluntate conſtat, quod alii rem agendam permiſerit, iterum agere non poteſt, & contradictoria fuerint, mandare vt fiat, & illud ratum non habere: ita quicunq; verum mandatum de agendo profert, eum onerare hac cautione de rato, ridiculum foret: & quod vbi de mandato conſtat, non ſit opus hac cautione, expreſſum eſt in *l. 1. C. de procurat. l. 3. §. 2. vt in poſſ. leg. fac. l. ſi procur. 65. de procuratorib.* & probatur ex §. *ſin autem 3. inf. h. t. l. 1. in pr. C. de ſatiſdando.* Itaque fatendum eſt Iuſtinianum abuſiue poſuiſſe verbum *procuratoris*, pro eo qui ſe gerit pro tali, ſed liquido mandatum oſtendere non poteſt, & tamen aliquas cõiecturas producit, ex quibus probabile ſit eum à domino mandatum habere: quo caſu vbi aliqua dubitatio oritur, admittitur quis ad agendum cum cautione rati per *d. l. 1. C. de procuratorib. d. l. 3. §. 2. vt in poſſ. legat.* nam cui conſtat, mandatum non eſſe, is ne quidem cum cautione iſta auditur, niſi ſit coniuncta perſona *l. ſed & 35. in pr. l. Pomponius 40. §. vlt. de procuratorib.* ſed & procurator generalis ad negotia, admittitur ad agendum, cum cautione rati, vt omnino explicandus eſt text. in *l. de pupillo 5. §. Qui proc. 18. de nou. op. nunt.* vbi dicitur teneri ſatiſdare de rato, licet verus ſit procurator: ſcil. ad negotia gerenda: alioquin expreſſe id falſum eſſet, per *d. l. 1. C. de procur.* Itaque tres ſunt caſus, primus quo conſtat eſſe mandatum ſpeciale ad agendum, & nulla opus eſt cautione rati: aut conſtat non eſſe mandatum, & nec cum cautione admittitur regulariter quis ad agendum: qua in re cur aliud ſit in eo qui pro reo interuenit, dicemus ad §. *ſi vero 5. infr. h. t.* aut dubium eſt de mandato, vel procurator vniuerſalis eſt ad negotia, & admittitur cum cautione Rati, vt ſit proſpectum Reo: nam vbi verum & ſpeciale mandatum non eſt ad agendum, res à parte actoris non deducitur in iudicium: itaque licet reus abſolutus fuerit, domino iterum agente, & qui negat ſe hoc mandaſſe, non obiici poteſt exceptio rei iudicatæ. *l. ne filium 7. C. de reb. cred. l. 1. C. quib. res iud non noc.* Eoque ſi reus iterum cõuentus, quid inde damni ſenſiſſet, id omne vigore cautionis de rato à falſo procuratore & eius fideiuſſoribus exigebat.

Tutores vero.] Ait Edicti verba feciſſe, vt tutoribus † & curatoribus eodem modo ſatiſ- 5
dandum eſſet, quo procuratoribus. Videtur intelligere id edictum, cuius mentio in *l. ſeruum 33. §. ait 3. de procur.* ex quo qui alieno nomine agere vult, debet cauere tum ſe viciſſim eum defenſurum, tum eum cuius nomine agit, ratum habiturum. Diximus autem, vbi de mandato conſtat cautione opus non eſſe: & ob id edictum illud neceſſario accipiendum erit de eo, qui alieno nomine actionem ſibi dari petit, ſine ſpeciali mandato: id eſt, qui vel procurator generalis ad negotia, vel coniuncta perſona eſt. Iam videamus an tutoris aut curatoris eadem ratio ſit, quæ huiuſmodi procuratoris generalis aut coniunctæ perſonæ ſcilicet quo ad cautionem rati. Et omnino diuerſiſſima ratio eſt, quia tutores officium quaſi publicum ſuſtinent, & non tantum ad extraiudicialia, ſed ad omnia omnino pupilli negotia conſtituuntur, nec dubium eſt eos eos hoc nomine teneri iudicio tutelæ, ſi debitores pupillares non conuenerint iudicio, aut

alias

Digitized by Google

alias actiones competentes non mouerint. Et adeo cum ex neceſſitate officij tutorio nomine agere teneantur, abſurdum ſit, ab iis flagitare ſatisdationem de rato. Et ita diſerte Iuriſconſultus in *leg. vulgo. 23. de admin. tut.* obſeruari ait, ne tutor caueat, ratam rem pupillum habiturum, quia (tutor) rem in iudicium deducat, Quæ ſolida ratio eſt, ob quã non neceſſaria eſt hæc cautio; quoniam eadem res bis in iudicium deduci non poteſt; & igitur ſi tutor recte rem in iudicium deducit, ſequitur pupillum ſi poſtea iterum agere velit, excludi exceptione rei iudicatæ; & igitur non opus eſſe cautione rati; quæ exigitur, vt hoc ipſo loco Iuſtin. ait, vbi periculum eſt, ne dominus iterum de eadem re experiatur. Et igitur falſum videtur, quod hic Tribonianus ſcripſit, tutores debere cauere de rato; & falſum, quod aliquando tantum ipſis ſatisdatio remittebatur, & qui hic Iuſtiniani honori conſulere volunt, inepti eſſe coguntur; dum dicunt cautionem iis remitti, vti conſtat eos eſſe tutores.

Etenim hoc vtique præſupponendum eſt; alias ſtulta fit quæſtio an tutores caueant, nec ne, ſi in dubio ponas, an ſint tutores, & non de tutoribus qua talibus quæras. Et ideo ponenda eſt hæc Regula, Tutores non cauere de Rato: cui ſubiungenda declaratio, vt ſi dubitetur, an ſit tutor, aut adhuc duret tutela, tũ cautio iure exigatur; vt recte factum ab Vlp. in *d. l. 23.* quem ordinem vitioſe conuertit Tribonianus.

• Quod ad alteram ſatisdationem attinet, de qua in *d. l. 33. §. 3 de procurat.* de defendendo, ſi forte Reus conuentus, viciſſim mutuam petitionem habeat, eam etiam procurator cum mandato ſpeciali præſtare tenetur. Sed de illa hic non agitur, & verum eſt, nec hac grauandum tutorem, quippe qui omnino ex neceſſitate officij defenſionem pupilli ſuſcipere cogitur, quod certius ſanxit Iuſtinian. in *l. vltim. C. de adminiſtr. tut.*

TEXTVS.

1. Si vero in perſonam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione qua in rem agitur: ab eius vero parte cum quo agitur, ſiquidem alieno nomine aliquis interueniret, omnimodo ſatisdaret, quia nemo defenſor in aliena re ſine ſatisdatione, idoneus eſſe creditur. Quod ſi nomine proprio aliquis iudicium accipiebat, in perſonam, iudicatum ſolui ſatisdare non compellebatur.

COMMENTARIVS.

1 *Cur qui alieno nomine conuenitur, ſatisdet de iud. ſoluendo, licet agat ex mandato.*

IAm monuimus ad *princ. in verſ. procurator.* actioni in perſonam etiam eſſe communia, quæ de actione ibi tradita ſunt; nimirum, quod & qui in perſonam agit nomine proprio, non tenebatur ſatisdare: & quod qui alieno nomine agere volebat, itidem vt in actione in rem, ſatisdare tenebatur, (iuxta ea, quæ ante diximus) dominum rem ratam habiturum; quod & ſatis apertam habet rationem, & eſt textus generalis in *l. ſeruum 33. in fi. de procurat.*

Ab eius vero parte.] Et hoc habet commune actio in perſonam cum actione in rem, quod vtrobique, qui iudicium ſuſcipit alieno nomine, de iudicato ſoluendo tenetur ſatisdare. Et hoc ſolum in actione in perſonam ex veteri iure eſt ſpeciale, quod in *ſ. 9.* habetur, ſi quis proprio nomine ſuſceperit iudicium, qui non tenetur ſatisdare de iudicato ſoluendo; quod in actione in rem olim contra fuiſſe in *princ. tit. verſ. olim.* Iuſtin. ſignificat. Rationem diuerſitatis notant, quod cum rei interitu liberetur reus, in quam actio directa

Digitized by Google

eſt, potuerit facile Reus rem petitam præſertim mobilem, corrumpere, aut vtiq; deteriorem reddere, ſed enim & qui ex contractu rẽ debet eius interitu liberatur, ſed ante moram nec facile hic citra moram ad iudicium venitur; vtique à litis conteſtatæ & iudicij accepti tempore non poterit, ſe ratione hac defendere Reus. Et hic aliqua inter iſtas actiones eſt diuerſitas. Nam qui actione in rem conuenitur, aut poteſt putare iure, ſe dominum eſſe, aut vt maxime hoc non putet, poteſt tamen ignorare, an petitor ſit dominus, cui niſi liquido dominium probauerit, rem non tenetur reſtituere; itaque licet res poſt motam litem & conteſtatam, modo ſine culpa & dolo poſſeſſoris perierit, omnino abſoluendus eſt *l. ſin autem 27. §. 1. de rei vindic.* Illud hic supereſt videndum, quamobrem ille, qui alieno nomine iudicium ſuſcipit, ſatisdare teneatur de iudicato ſoluẽdo, licet conſtet liquido, eum ad agendum mandatum habere: hoc enim h. §. videtur voluiſſe ſignificare Iuſtinianus, dum ait, cum omnino ſiue omnimodo ſatisdare, id eſt, ſiue mandatum habeat, ſiue non, quod nõ aduertit Hottom. qui *omnimodo* nullo ſenſu dici ait; ſed qua fronte adducit Theophilum, quem ſecutum ſe profitetur, cum tamẽ apud hunc diſerte extet *πάντως*. Sed & amplius, quod mandatum non liberet ab hac cautione de ſoluendo iudicato, expreſſum eſt in *l. 1. inf. Cod. de ſatisdando* & probatur per regulam generalem paſſim & in § *ſi vero 5. inf. h. t.* quod nemo intelligatur idoneus defenſor ſine ſatisdatione. Reddit Hottom. hanc rationem, quod alias victo procuratore, poſſit prætendere litis dominus, non ſibi præiudicare rem inter alios actam, & ita eluderetur iudicium: Sed non video, qui dominus hoc prætendere poſſit, qui de ſuſcipiendo iudicio alteri mandatum dedit non magis, quam prætendat hoc qui mandatum de agendo dedit; & procul dubio talem prætenſionem non admiſſurus fuiſſet prætor, verum ea non obſtante in eum dediſſet actionem iudicati Itaq; hæc ratio Hottomani nulla eſt. Non tamen longe ab ea abit, tradita à *Cyn in l. 1. Cod. de procur. n. 2.* quod reo, qui vicit ſatis ſit conſultum per mandatum actoris, vt eum quandocunq; iterum agere volentem, exceptione repellat; ſed non ſit ſatis conſultum actori, per ſimplex mandatum, niſi & ſatisdatio accedat. Mihi ratio vera & ſubtilis iſtius rei hinc pendere videtur quod vt tractaui ad *§. pen. ſup. tit. vlt. lib. 3.* ſuſceptio iudicij alieno nomine, eſt inſtar delegationis, & facit, vt ſubtilitate iuris reus liberatus videatur, vt merito, qui in locum rei quaſi ſuccedit ſatisdatione hac ſit onerandus, quod alias inuito actori, vel creditori alius debitor obtruderetur. Et hinc ex ſtricta iuris ratione actio iudicati omnino danda eſſet in ipſum defenſorem, imo & in procuratorem: Sed prætor ex æquitate, cum alienum negotium geſtum reuera ſit, mandatu Rei, actionem negat in procuratorem, & eum dat in reum principalem, (ſi modo ſit ſoluendo) *l. ſi ſe 4. de rei iudic.*

TEXTVS.

2. Sed hodie hæc aliter obſeruantur, ſiue enim quis in rem actione conuenitur ſiue perſonali ſuo nomine, nullam ſatisdationem dare compellitur pro litis æſtimatione, ſed pro ſua tantum perſona, quod in iudicio permaneat, vſque ad terminum litis, vel ſuæ promiſſioni committitur, cum iureiurãdo, quam iuratoriam cautionem vocant, vel nudam promiſſionem, vel ſatiſdationem pro qualitate perſonæ ſuæ dare compellitur.

COMMENTARIVS.

1 *Qui iuratoriam præſtent cautionem.*
2 *Quam præſtent, qui poſſident immobilia,* ad l. 15. in pr. qui ſatisd. cog.
3 *De cautione auth. generaliter* Cod. de Epiſc. & cler.

Com-

Reus ipſe olim conuentus actione in rem, ſatis dabat de iudicato ſoluendo, *prin.h.t.* hodie non ſatisdat; h. §. eam enim intelligit ſatisdationem de præſtanda litis æſtimatione. Notant tamen Doctor. caſus ſpeciales, quibus hodieque alia ſatisdatio præter eam quæ hic exigitur, requiratur, veluti in *leg. Senatuſconſulto 16. de. ſſi .præſid. l. ſi fideiuſſor. 7. §. vlt. qui ſatisdar. cog.* Sed & affines huic cautioni quædam aliæ ſunt; itidem aliquando præſtandæ, veluti de iudicio ſiſtendo *l. 2. §. ſed ſi dubitetur 6. de iudic.* Hæc enim diuerſa eſt ab iſta in *h. §.* quæ porrigitur vſque ad terminum litis. Sed illi exhibitione ſemel legitime in iudicio facta ſatisfit. Similis eſt etiam cautio de ſuſcipienda lite, vt in *leg. ſi quis 8. §. penultim. Cod. de præſcript 30. ann.* Recte autem *hoc* §. regulariter illa cautio exigitur (quamuis eam fere abiiſſe in deſuetudinem notent Interpp.) ad eludendas tergiuerſationes reorum, quorum eſt moras nectere, & qua poſſunt, trahere, aut eludere litem, qua de cauſa, vt ad pr. diximus verbo appoſito συνήγοροι à Græcis appellantur, & inde frequenter à Triboniano Græculo, fugientes.

Quod in fin. §. eſt, de modo cauendi, non tantum ad iſtam de qua hic agitur, ſed ad alias quoque cautiones pertinet. Et dixi iam ad *pr. tit.* cautionem eſſe, vel nudam, vel non nudam, quæ fere admittitur in ſubſidiū; nec enim quod quis idonee fideiuſſoribus, aut pignoribus cauere non poteſt, propterea iure ſuo cadere debet. Et huic fini præcipue
1 introducta & admiſſa eſt cautio † iuratoria, cui pauperiores committuntur, vt & iurent ſe facturos, quod alias fideiuſſoribus datis ꝑmittere debuiſſent, ſimul & hoc, ſe idoneos fideiuſſores reperire non potuiſſe, *auth generaliter C. de Epiſc. & cler.* Atque hæc eſt vna cauſa huius cautionis, paupertas, alia eſt à dignitate, nam illuſtres non coguntur ſatisdare, ſed iuratoriam tantum cautionem præſtant; *l. quoties Cod. de dignit.* quod priuilegium etiam his datum eſt, qui in ſacris ſcrinijs militant *l. in ſacris 12. Codic. de proxim ſacr. ſcrin.* Reliqui ſatisdationem præſtare & dare fideiuſſores teneantur, niſi tamen poſſideant immobilia, *l. ſciendum 15. in princ. qui* † *ſatisdar. cog.* vbi tamen Accurſ. annotat, eos nihilominus iurare teneri, per *l vltim. C. de princ. ag. in reb.* vbi qui immobilia poſſident, dicuntur credendi iuratoriæ cautioni & ſubſtantiæ ſuæ; quod tamen, & vt iuretur, non obſeruari conſuetudine ibidem Bart. atteſtatur: & non putatim id ad mentem eſſe Iuriſconſulti in *d. l. 15.* nec video, quis hoc admiſſo ſit futurus locus, repromiſſioni nudæ, quæ & *h. §. & in rubr. qui ſatisd. cogant.* opponitur cautioni iuratoriæ, & cui nudæ promiſſioni, relinqui poſſeſſores immobilium, æquum videtur. Plane arbitrio iudicis crediderim permittendum, vt æſtimet, an iurare reus debeat, an nude tantum promittere, quæ eſt Baldi ſententia in *dict. l. ſciendum 15. in princ.* Verum cautio iſta, nec cum poſſeſſione bonorum immobilium ſufficere videtur, cum bona alienando inutilem poſſit reddere cautionem. Hac de cauſa itum eo eſſe videtur frequentius, quod teneatur reus ea bona hypothecæ obligari. Ita enim *Bart. in l. 1 in fin. & in d. l. 15. in princ. num. 7. qui ſatisd. cog. Iaſon & Caſtr. ibid. vterque num. 6. itidemque Iaſon ad rubr. & Caſtr. ad l. 1. ibi n. 4.* Quam tamen ſententiam firmant non bene ex *d. l. vlt. C. de princip. agent. in reb.* quoniam *ſua ſubſtantia credi*, non ſignificat, quod bona teneantur obligare pignori, ſiue hypothecæ, ſed quod propter bona immobilia non teneantur ſatisdare. Ceteroquin ſi hæc fuiſſet ſententia Iuriſconſulti in *l. 15. qui ſatisd. cog.* illud non omiſiſſet; quod præſertim ea ſit idonea cautio, quæ fit per hypothecam, & non multo indignior, quin vtilior aliquando cautione fideiuſſoria. Et facit optime *l. 15. §. vltim. qui ſatisd. cog.* Plane enim fuerit contra mentem ICti, ſi ibi intelligamus, cum onere hypothecæ rem alienatam; vbi nec ratio quidem eſſet dubitandi. Neque mouet ratio ſupradicta, quoniam quod in *d. l. 15.* traditur, non eſt generale, & ad ſpecies omnes ad cautionē pertinens, ſed tantū obtinet in cautione de iudicio ſiſtendo; minime omniū autem in cautione de iudicato ſoluendo, quam præ-

ſtare quis cogitur, licet poſſideat immobilia, vt poſt gl. notat *Iaſon in d. l. 15. in princ. numer. 3. in fin.* & probatur ex §. *ſi vero 5. infr. h. t. l. maior. 51 §. fin. cum ll. ſeqq. de procur.* vbi dicitur eum teneri ſatisdare, qui locupletiſſimus ſit; quod non niſi abſurde poſſit ad poſſeſſorem mobilium tantum reſtringi. Itaq; nec à præſtandorum fideiuſſorum neceſſitate liberabitur, qui cauere debet de rato; quin & in cautione
3 † noua actori impoſita *auth generaliter. C. de Epiſc. & cler.* cenſet Bart. requiri fideiuſſores, licet actor immobilia bona poſſideat; cuius tamen ſententiam recte mihi videtur improbare *Iaſon in ſæpe d. l. 15. qui ſatisd. cog. nu. 1. & 2.* tum quod ea quoq; eſt quaſi cautio quædam de ſiſtendo; tum quod ratio *d. l. 15.* magis quoque militat in actore quam in reo; ita enim communiter Dd. quod ideo poſſeſſor immobiliū liberetur ab onere ſatisdandi de ſe ſiſtendo iudicio, quia fugæ ſuſpicio ceſſet, quæ longe magis ceſſat in actore. Neque mala eſt ratio iſta; non tamen video cur à Iaſone & aliis improbetur altera à quibuſdam tradita, quod ſatis ſit conſultū actori ſi reus immobilia poſſideat; quin iſta fere magis accommodata videtur: Nam lite needum conteſtata, ſi reum contingeret eſſe abſentem & latitantem, hoc remedio ſuccurrebatur actori, vt in poſſeſſionem bonorum debitoris mitteretur; quomodo cum ei conſultum eſſet, non erat cur onere ſatisdandi grauaretur Reus. Illud autem videndum, an eadem ſit ratio cautionis, quæ *hoc* §. proponitur: nam vetus illa de iudicio ſiſtendo, cautio præſtabatur huic fini, vt quis euitaret neceſſitatem ſequendi aduerſarium in ius; itaque in certum diem, quo ſe ſiſteret promittebat; eoque adeo ſe ſiſtendi ſatisdatio iſta habebat exitum & finem ſuum. Atqui huius §. cautio porrigitur ad finem vſque litis, ſicut & illa de qua in *d. auth. generaliter C. de Epiſc. & cler.* Itaque verendum erit ne ſufficiat poſſeſſio ſola immobilium; & ſi ſolam ſufficere exiſtimatur, (Interpp. enim communiter accipiunt *hunc* §. de cautione de ſiſtendo) admittendum magis erit, quod ſolum Interpp. ita ſufficere immobiliū bonorum poſſeſſionem, vt hypothecæ ea ſimul obligentur.

Pro qualitate perſonæ.] Hoc explicatur ex iis, quæ ſupra ad *hunc* §. diximus, de perſonis illuſtribus, & iis, qui in ſacris ſcriniis militant; itemque quod aliquando cautio iuratoria, aliquando nuda repromiſſio, à poſſeſſoribus immobilium exigatur. Minus autem recte huc refertur, quod à parentibus & patronis, quiuis licet minus idonei fideiuſſores ſunt accipiendi *leg. 2. §. 1. qui ſatisdar. cogantur*, licet enim fideiuſſores non ſint omnino idonei, tamen vtique fideiuſſores ſunt, & adeo iſta ſatisdatio, non nuda eſt repromiſſio.

TEXTVS.

3. Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel ſuſcipitur; in actoris quidem perſona, ſi nõ mandatum actis inſinuatum eſt, vel præſens dominus litis in iudicio procuratoris ſui perſonam confirmauerit: ratam rem dominum habiturum, ſatisdationem procurator dare compellitur; eodem obſeruando, etſi tutor, vel curator, vel aliæ tales perſonæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibuſdam per alium inferunt.

COMMENTARIVS.

HActenus de principalibus perſonis, ſequitur de iis quæ pro aliis, aut aliorum nomine in iudicio interueniunt. Et 1. de procuratore actoris; oportet enim procuratorem hic eſſe, id eſt vt mandatum ſit à domino litis, vel mandati adſint aliquæ coniecturæ; Ceteroquin conſtat eum, quem certum eſt, non habere mandatum, nec admitti, (excepta cõiuncta perſona) cum cautione rati, vt ſup. *ad pr. huius tit.* diximus: & euidentiſſime pro-

probat hic locus, quod ibidem tractauimus, vbi conſtat de mandato, non opus eſſe cautione de rato habendo: veluti vt eſt *in pr.* ſi mandatum actis inſinuatum, aut ab ipſo domino litis præſente, aliquis ad agendum fuerit conſtitutus, qui duo caſus exempli loco adducti videntur: poteſt enim & aliis modis & per teſtes, mandatum probari, quamuis probabilis ſit ſententia *Fabri hic n.19.& 20.* quod ad hunc effectum, vt liberetur procurator à cauendo, non ſufficiant teſtes ad probandum mandatum: quia cum horum teſtimoniũ abſenti domino præiudicare non poſſit, nõ eſt hac ratione reo ſatis cõſultum, quo minus dominus iterum agat: & v. etiam late Fabrum *ibid. per totum,* quomodo & quando res dicitur eſſe aut fieri dubia, vt procurator admittatur ad cautionem rati. Et ſecundum hæc textus generales *in l. ſeruum 33. §. ait 3. l. non ſolum 39. § 1. de procur.* neceſſario, de coniunctis perſonis, aut de procuratoribus generalibus ad negotia, & de caſibus, quibus dubitatur de mandato, ſunt explicandi.

Eodem obſeruando.] Quid iuris ſit, vbi tutores ipſi nomine pupillorum agunt, diximus *ad fin. pr. h. t.* Hic agitur de caſu quo porro alius nomine tutoris agit, & quo, vt loquitur textus, tutor vel curator &c. litem inferũt per alium. Quod recte limitat Accurſ. ſi poſt litem conteſtatam id fiat, ante enim procuratorẽ conſtituere tutor nõ poteſt *l. neque 11. in pr. C. de procuratorib.* Cuius ratio eſt, quod ius dandi procuratoris ſoli domino competit: quæ cũ etiam militet in cæteris, qui bona aliena adminiſtrant, quorum hic mentio fit etiam, non ſatis rationis video, cur ab Hottomanno hi à tutoribus & curatoribus hac in re ſeparẽtur. Scribit tamen hic Faber, prælatos etiam poſſe dare procuratorem ante litem conteſtatam. Ait Iuſtin. *Quando per alium litem inferunt*, quæ verba non ſatis apte videntur dici de caſu quo lis iam cœpta & cõteſtata eſt. Et poſſit igitur hic locus intelligi de caſu, quo pupillus tutore autore dedit procuratorem *d. l. 11. C. de procur.* aut etiam quo dedit tutor actorem *d. l. 11.* de cuius natura dictum eſt *in §. vlt. de curatorib.*

TEXTVS.

4\. Si vero aliquis conuenitur, ſiquidem præſens procuratorem dare paratus eſt, poteſt vel ipſe in iudicium venire, & ſui procuratoris perſonam, per iudicatum ſolui ſatisdationem, ſolenni ſtipulatione firmare, vel extra iudicium ſatisdationem exponere, per quam ipſe ſui procuratoris fideiuſſor exiſtat, pro omnibus iudicatum ſolui ſatisdationis clauſulis: vbi & de hypotheca ſuarum rerum conuenire compellitur: ſiue in iudicio promiſerit, ſiue extra iudicium cauerit: vt tam ipſe, quam hæredes eius obligentur. Alia inſuper cautela vel ſatisdatione, propter perſonam ipſius exponenda, quod tempore ſententiæ recitandæ veniet in iudicium, vel ſi non venerit, omnia dabit fideiuſſor, quæ in condemnatione continentur, niſi fuerit prouocatum.

COMMENTARIVS.

1 *Quomodo reus poſſit eſſe fideiuſſor ſui procuratoris.*

2 *De altera cautione, quod reus venturus ſit ad excipiendam ſententiam.*

Dixit de eo qui nomine actoris interuenit. Ex parte Rei duplex tractatio eſt: & nimirum tum de procuratore, qui mandatum ſcilicet habet: de quo hoc §. tum de eo qui in ſpecie defenſor dicitur, & interuenit ſine mandato, de quo *in §. ſeq.* Diximus ſupra, quod qui pro reo interuenit, omnino tenetur ſatisdare de iudicato ſoluendo. Et fruſtra hic obiicitur à quibuſdam, quod fideiuſſores hic contra regulam iuris videantur promittere factum alienum: ſiquidem in hac ſatisda-

tione continetur etiam clauſula, rem defenſum iri, & dolum malum abfuturum, vt ad *pr. tit.* diximus. Et in ſtipulationibus & ſatisdationibus prætoriis, facile tale quid permittitur, *arg. l. 5. de prætor. ſtipul.* & ipſa natura huius ſatisdationis ſatis oſtendit, venire id quod intereſt actoris, quinimo alias plane vſus fideiuſſionum tolleretur. Refert autem hic modum Iuſtinianus, quo liberare poſſit dominus procuratorem à cautionis huius onere: vt nimirum in iudicio aut extra illud, ipſe pro procuratore ſuo ſatisdet, iudicatum ſolui, & ita procuratoris ſui † exiſtat ipſe fideiuſſor.
1 ui, & ita procuratoris ſui † exiſtat ipſe fi-
deiuſſor. Vbi obiicit Faber, quod obligatis acceſſoria requirat principalem: hic autem procurator, cuius fideiuſſor eſt ipſe principalis, non eſt obligatus.

Reſpondet ipſe, eum non eſſe verum fideiuſſorem, ſed quaſi & pro fideiuſſore. Sed & aliæ duæ reſponſiones, licet eas improbet Faber, mihi recte ſe habere videntur. 1. Quod obligationi futuræ, & qua ſcilicet poſt condemnationem obſtringitur procurator, accedat principalis. Neque obſtat *l. ſi ſe 4. in princ. de re iud.* Etenim denegatur quidem in procuratorem actio iudicati, ſed nihilominus ſumma & ſtricta iuris ratione, tenetur procurator ipſe, in quem & ex ratione iuris ſententia fertur: cum vt ſupra oſtendimus, Reus, dum interuenit alius pro eo, liberetur: nec dubium eſt, quin procurator conteſtetur litem in ſuam perſonam, qua de cauſa etiam poſt lit. cont. dominus litis fieri dicitur. 2. Quod ipſe procurator, pro quo reus principalis fideiubet, debeat promittere, iudicatum ſolutum iri. Nam obtinet ita in genere, in dandis ſatisdationibus, vt fideiuſſores accedant, & promittant idem, id eſt, adpromittant, quod iam promiſit alius principali, vt notauimus ad pr. tit. Aliam inde obiectionem mouet Faber, quod hæc fideiuſſio ipſius Rei ſit inutilis: quippe cum re non defenſa fiat miſſio in poſſeſſionem bonorum debitoris, & condemnatione ſecuta actio in ſententiam ipſum principalem detur *d. l. 4 de re iud.* Ego ſimpliciter reſpondebo, principalem reum, dum eſt fideiuſſor procuratoris ſui, non conſiderari qua reum, ſed qua alium quemuis. Et cum procurator cogatur ſatisdare de iudicato ſoluendo, quid ni ei ipſum reum fideiuſſorem dare poſſit. Et tamen quia ipſe principalis verus Reus hic fideiuſſor eſt, qui alias tenetur, amplius requiritur hoc §. vt hypotheca bonorum accedat: quo tanto certius cautum ſit actori.

Pro omnibus clauſulis. Quarum tres eſſe diximus, & eas explicauimus *ad pr. tit.*

Alia inſuper cautela.] Obſcurior videtur pleriſque hic locus: mihi videtur eſſe perſpicuus. Nimirum duplicem præſtari cautionem à Reo docet *hic text.* alteram pro perſona procuratoris ſui: alteram pro perſona propria. In illa ipſe eſt fideiuſſor: in hac ipſe fideiuſſor vt ſit, impoſſibile eſt, cum promittat, ſe eo tempore quo ſententia ferenda eſt, in iudicium † venturum. ad excipi-
da eſt, in iudicium † venturum. ad excipi- 2
endam ſententiam, ideoque vt ſuper hoc fideiuſſores det, alias omnino neceſſarium eſt, & hunc fideiuſſorem, quem ex hac cauſa dedit Reus, ſignificat *Iuſtin. in fin.* §. ibi, *omnia dabit fideiuſſor.* & mirari ſubit, iudicium Cuiacii & Contii, qui verbum *fideiuſſor.* expungendum cenſent, maxime cum loquatur Iuſtinianus, de reo, qui promiſſis non ſtetit, nec ad iudicium venit, adeo de reo abſente, vt proinde nec neceſſe ſit, ſuppleri textum cum Hottomanno, *vel ipſe, vel fideiuſſor:* cum nec beneficium ordinis implorare hic fideiuſſor, abſente quippe reo, poſſit: quamuis & ideo fruſtra hic Hottomannus de beneficio nouo ordinis quærit, quod demum poſt per *N. 4.* eſt introductum. Apparet ex his manifeſto errare, qui poſt Acc. interpretantur in *hoc verſ.* hanc cautionem præſtari non à domino litis, ipſo Reo principali, ſed à procuratore: Etenim rationis eſt, & ipſe arguit textus, de vno eodemque agi, qui vtramque præſtat cautionem.

Deinde: ipſum factum quod eſt in cautione, nimirum, quod tempore ſententiæ venturus ſit ad iudicium, efficit, vt ab ipſo reo principali cautionem eſſe præſtandam, dicere opor-

re oporteat: quippe qui ipſe in iudicio non verſatur, ſed reliquit procuratorem: cum quo licet cætera iudicii peragantur, voluit tamen Iuſtinianus in reum ſententiam ferri, in quem etiam datur iudicati actio *l. 4. in princ. de re iud.* Et 3 abſurdum valde ſit, promittere procuratorem hoc factum rei principalis, quod & notiſſimis regulis iuris repugnat, cum omnino ipſe reus, qui tum præſens eſt, hoc potius præſtare debeat. Quæ adeo manifeſta ſunt, vt nec deberet quemquam mouere à Pacio hic citata Theophili autoritas, vt maxime hic diſſentiret, quem non de numero compoſitorum iuris, ſed recentiorem fuiſſe notant *Curtius & Barbo. hic ad tit. l. Quib. mod. ius pat. pot. ſolu.* ille, *2. conject. vlt.* Sed enim mirum eſt, adeo ſocordem Pacium fuiſſe, & ita ſecure hęc ſcripſiſſe, turpiter deceptum ab Interprete Latino Curtio (cuius etiam errorem ſecutus eſt, qui nupere Theophilum edidit, Gothofr. ita vt Græcum textum cum Latina priori verſione non collatum fuiſſe appareat,) qui addidit verba, *à procuratore*, quæ in Græco textu nuſquam ſunt: & qui Græcus textus apertiſſime interpretationem noſtram, quod cautio hæc à Reo principali præſtetur, comprobat, vt vel hinc intelligant ſtudioſi, quam vtilis, & imo pene neceſſaria ſit Iuriſconſulto cognitio aliqua linguæ Græcæ. Et quia autor ille paſſim in manibus omnium verſatur, locum totum hic adſcribere non libet, quem & alias produxi ad Treutl. de ſatisdat.

TEXTVS.

5. Si vero reus præſto ex quacunque cauſa non fuerit, & alius velit eius defenſionem ſubire, nulla differentia inter actiones in rem vel perſonales introducenda, poteſt hoc facere: ita tamen, vt ſatisdationem, *iudicatum ſolui*, pro æſtimatione litis præſtet. Nemo enim ſecundum veterem regulam, vt iam dictum eſt, alienæ rei defenſor, idoneus ſine ſatisdatione intelligitur.

COMMENTARIVS.

1 *Cur etiam ſine mandato alius reum defendere poſſit.*

Ex parte actoris non admittitur alius, quem conſtat non habere mandatum: ſed ex parte Rei, & pro eo defendendo quilibet admittitur, modo ſatisdet de iudicato ſoluendo: Et proinde non intelligo, quid ſibi velit Goth. dum ad Theoph. *ad §. ſed hæc ſup. h. t.* adnotauit, procuratorem ſiue actoris ſiue rei, cogi ſatisdare, dominum habiturum rem ratam, poſterius enim de Reo, manifeſto falſum eſt: nec qui pro hoc interuenit, alia cautione quam de iudicato ſoluendo grauatur. Ratio autem cur quiuis, † etiam cui nihil eſſe mandatum conſtat, admittatur pro Reo, multiplex eſt. Et 1. humanitatis ratio ſuadet, & quaſi publice intereſt, vt defendantur abſentes, *l. ſeruum 33. §. publice de procurat.* Sed non eadem æquitas ſuadet, vt quis pro alio agat. Nam & 2. conſtat quod quilibet velit omnino defendi, ſed non quod velit agere, 3. Nullius cauſa fit deterior, dum defenditur, ſed poteſt fieri deterior dum agitur: & hinc permiſſum eſt cuiuis etiam pro abſente, ignorante & inuito ſoluere *in princip. ſup. quib. mod. toll. obligatio.* 4. à parte actoris res in iudicium deducitur argumento *l. vulgo 23. de adminiſt. tut.* itaque oportet ipſum creditorem, vel eius mandato alium, actionem inſtituere: ſecus ſe habet ex parte Rei. Et denique vel præcipue facit, quod multum Rei, ne conueniatur à falſo procuratore, intereſt, quia iterum poteſt agere dominus *in fin. pr. h. tituli,* at nihil intereſt actoris, à quo reus conuentus defendatur, modo idonea ſatisdatio præſtetur. Ex quo etiam amplius fit, vt defenſor ſtatim vbi cauit, etiam ante litem conte-

conteſti dominus litis efficitur *l. Titius 76. de procurat.* & in ipſum actio iudicati datur *l. Plautius 61. eod. l. 4. de re iudic.*

Cætera huius tit. induſtriam noſtram non deſiderant.

Ad Titvlvm XII.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE PERPETVIS ET TEMPORAlibus actionibus &c.

TEXTVS.

Hoc loco admonendi ſumus, eas quidem actiones, quę ex Lege, Senatuſve conſulto, ſiue ex ſacris conſtitutionibus proficiſcuntur, perpetuo ſolere antiquitus competere: donec ſacræ conſtitutiones, tam in rem, quam in perſonam actionibus, certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria prætoris iurisdictione pendent, plerumque intra annum viuere: nam & ipſius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen extenduntur & in perpetuum, id eſt, vſque ad conſtitutionibus introductum finem: quales ſunt eæ, quas bonorum poſſeſſori, cæteriſque qui hæredis loco ſunt, accommodat. Furti manifeſti quoque actio, quamuis ex prætoris ipſius iurisdictione proficiſcatur, tamen perpetuo datur, abſurdum enim eſſe exiſtimauit, anno eam terminari.

Commentarivs.

1 *Prætoriæ actiones, an, cur & quæ annales.*
2 *Actio furti manifeſti cur perpetua.*
3 *De actionibus XL. annorum.*

NOn ignobilis eſt hæc diuiſio actionum, quæ proinde forte, *ſup. tit. 6.* proponenda, aut, quod Faber hic ſcribit, ſtatim ei tit. ſubiicienda fuiſſet. Diſtinguuntur actiones in temporales & perpetuas Hæc qualitas à cauſa efficiente hic deducitur, quod ſcilicet actio quæ eſt ex iure ciuili, perpetua: quæ vero ex iure prætorio deſcendit, ſit temporalis. Sed enim ait recte Iuſtinianus, actiones, quæ deſcendunt ex iure ciuili, SOLERE eſſe perpetuas: nec enim dubitare quis poſſit, quin Lex hoc efficere & ita expreſſe diſponere poſſit, vt actio tempore finiatur: & tamen magis per exceptionem quam ipſo iure. Hic enim illud quoque valere videtur, quod tempus non ſit modus finiendæ obligationis: aut an hoc pertinet ad obligationes, quæ natura ſua perpetuo durant: vbi autem Lex ipſa, cuius hac in re abſoluta poteſtas eſt, initio ita formauit actionem, non videtur vltra lege definitum tempus actio prorogari modo vllo poſſe. Sed cur igitur prætoriæ ſimpliciter † quoque introductæ, tamen non viuunt vltra annum? Docet hoc loco Iuſtinianus, id fieri ob qualitatem & imbecillitatem cauſæ efficientis, quæ eſt, Edictum prætoris: & quod, cum prætoris eſſet tantum annuum imperium, nec etiam prætoriæ actiones vltra annum durare potuerint: cui porro accedit, quod prætor non proponebat Edicta iure Legislatoris, ſed ſimplici magiſtratus iure, eoque etiam edicta, quæ propoſuerat defendebat: ex quo rurſus conſequens fit, vt ea ceſſante poſt annum poteſtate, ſimul penitus Edictorum, & actionum propoſitarum vis & poteſtas ceſſaret. Verum hic multa obſtant, & inprimis, quod hæc ratio facit, vt nullæ prætoriæ actiones ſint perpetuæ, nam in omnibus iam dicta ratio militat: & ſcitum tamen eſt, pleraſque prætorias actiones eſſe non annales, ſed & ipſas perpetuas: veluti, vt *h. §.* traditur, quæ dantur bonorum poſſeſſori. Quin in genere ſcriptum eſt, quod actiones

nes prætoriæ perſecutoriæ (exceptis tamen illis, quæ ſunt ex delictis *l. 5. §. vlt. cum ll. ſeqq. l. 7. §. vlt. cum l. ſeq. de actione tribut. l. 1. in pr. de vi arm. cum ſimilib.* itemque illæ, quæ dicuntur reſciſſoriæ *l. in honorariis 35. in fin. pr. de Obl. & Act.*) dentur etiam poſt annum, ad inſtar ciuilium actionum *d. l. in honorariis 35. de obligat. & act.* Huic obiectioni & aliis ſatisfecimus pro virili *ad §. prætorum quoque ſup. de iure nat. &c.* Illud conſtat, actiones prætorias (vt diximus) reſciſſorias & quæ ex delicto ſunt, maxime pœnales, eſſe annales. Et cur hinc igi-
2 tur excepta eſt † actio furti manifeſti, *in fin. huius text.* Refert Faber rationem, eo quod furtum ſit cæteris delictis frequentius: ſed & ipſe eam improbat, & ea perſpicue eſt inepta: cum & dolus ſit frequentior, & tamen actio doli ex edicto prætoris annalis eſt. Rationem intelligere licet ex illis, quæ ſupra diximus *ad pr. tit. vi bon. rapt.* vbi differentiæ rationem reddidimus cur cum actio *vi bon. rapt.* ſit annua & mixta, actio tamen furti manifeſti pœnalis pura & perpetua ſit. Nimis autem ineptus ſit, qui hinc velit inferre, furti non manifeſti actionem in duplum, non eſſe perpetuam: de hac enim non dubitabatur, cum eſſet ciuilis: vt *ſupra tit. 1. hoc lib.* probauimus. Eſt & exemplum actionis prætoriæ perpetuæ, ex delicto, *in l. 4. §. vlt. de dam. infra.* de qua attigimus aliquid *in §. vlt. ſup. de furt. ad finem.* Iam cætera videamus. Et poteſt de hoc etiam quæri, an eadem actionum realium & perſonalium ſit ratio. Et omnino dicendum eſt, has quoque eſſe perpetuas, ſed quæ ex accidenti fiant temporales ob conditionem poſſeſſoris, qui rem fide bona & titulo acceptam tenet, & à lege præfinito tempore poſſidet: Cum enim hoc modo dominus ciuili iure per vſucapionem effectus ſit, non poteſt ei res euinci: quin imo hoc caſu nulla actio realis amplius contra eum dari poteſt, prioris quippe domini iure extinctio. Et ita quidem olim obtinuit, vt actiones reuera eſſent perpetuæ. Sed vt eſſet litium finis, & tandem aliquando poſſeſſores & debitores eſſent ſecuri, poſterioribus placuit Impp. vt actiones triginta, & ad ſummum quadraginta annis finiretur *l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de annal. exception.* Et illud tempus propter ſubrogationem dicitur abuſive perpetuum *h. text. verſ. aliquando.* Regulariter autem actiones finiuntur annis † XXX. Ex- 3
ceptio eſt duplex 1. quod quædam fiunt quadraginta annorum ex accidenti, cum alias ſua natura ſint tricennales: veluti ſi lis ſemel conteſtata fuerit *l. 1. §. 1. in fin. C. de annal. except.* 2. quod quædam natura ſua viuunt XL. annis, qualis eſt hypothecaria actio quatenus eſt contra ipſum debitorem *d. l. 1. §. 1. l. cum notiſſimi 7. §. 1. C. de præſcr. 30. ann.* Et haud ſcio an talis quæ alia ſit actio; nam Iuſtinianus in *d. l. 1. §. 1. Cod. de annal. except.* videtur quadantenus derogaſſe conſtitutioni *l. 4. C. de præſcript. 30. ann.* quæ aliquas actiones vſque ad 40. annos viuere permittit: quod omnino abſcinditur in *d. l. 1. §. 1.* Et cum LL. non verbis, ſed rebus poſitæ ſint, licet hinc intelligere, quam improbabilis ſit opinio Dd. vulgo recepta, qua ex cauſa ignorantiæ reſtitutionem contra præſcriptionem etiam vltra quadraginta annos concedunt: & ita manifeſto dd. textus eludunt: qui nullo modo poſt id tempus agi permittunt: cum tamen effectu parum, imo nihil interſit, an quis per actionem veterem, an officio iudicis reſtitutam rem conſequatur: atque ita ſcopum ſuum, nimirum ſecuritatem poſſeſſoris & quidem pleniſſimam, vt eſt *in d. l. 4.* non aſſecuti ſunt Impp. verum de hac re alibi tractatur. Eſt autem ſingularis caſus, quo actio vſque ad quinquaginta annos porrigitur *l. 3. C. de aleatoribus.* Et igitur hic de ciuilibus iudiciis. Criminalia autem regulariter viginti annis finiri ſolent *l. querela 12. C. ad L. Corn. de falſ.*

Lege ſiue SCto, ſiue ex ſacris &c.] Sæpe monuimus, vocem Legis ſolere ſpecialiter ſumi ex ratione iuris antiqui ſub libera Repub. vt ſignificet ſanctionem à populo Romano latam, vt explicauimus *ad §. Lex eſt ſup. de iure nat.* cæteroquin mutata Rep. conſtitutiones principum adeo reuera LL. fuerunt, vt

Digitized by Google

nec alii ſanciendi ius competeret, niſi principi, aut cui id princeps conceſſiſſet. Eodem modo loquitur Iuſtinianus *in pr. infra de offic. iud.*

TEXTVS.

1. Non autem omnes actiones, quæ in aliquem, aut ipſo iure competunt, aut a prætore dantur, æque & in hæredem competunt, aut dari ſolent. Eſt enim certiſſima iuris regula ex maleficiis pœnales actiones in hæredem Rei non competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni, iniuriæ. Sed heredibus huiuſmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta iniuriarum actione, & ſi qua alia ſimilis inueniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio in hæredem non competit: veluti cum teſtator doloſe verſatus ſit, & ad hæredem eius nihil ex dolo peruenit. Pœnales autem actiones quas ſupra diximus, ſi ab ipſis principalibus perſonis fuerint conteſtatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes tranſeunt.

COMMENTARIVS.

1 *Criminalia iudicia an & quomodo morte finiantur.*
2 *Actiones ex delictis, quæ non dantur hæredibus.*
3 *Actio ex contractu ob dolum defuncti datur contra hæredes.*
4 *Lite cont. continuatur actio in hæredes.*

PErtinet hoc ad alteram partem rubricæ, quæ actiones tranſeant in hæredes actiue, aut paſſiue. Poſſunt autem ita coniungi, quod omnes actiones aut tempore finiantur & pereant, aut morte *l. omnes 139. de reg. iur.* & quidem aut actoris ſiue creditoris aut Rei, & in huius quidem perſona facilius. Et vt † agamus generalius, actiones vel ſunt criminales, (de quibus hic non tractatur) aut ciuiles. 1 Illæ etiam cœpto iudicio extinguuntur, mortuo reo *l. 1. & ſeqq. C. ſi accuſat. vel reus mort. ſit*, exceptis criminibus, læſæ maieſtatis, & his in quibus principaliter pecuniaria quæſtio vertitur *l. iudiciorum 20. de accuſat. l. vlt. ad L. Iul. pecul.* Accuſatore autem mortuo ita quidem finiuntur, vt hæres ſucceſſor accuſationis non ſit (cum nihil ipſius interſit) *l. vbi C. ſi reus vel accuſ.* ſed tamen qua quiuis alius poſſit peragere accuſationem *l. accuſatore 13. de publ. iud.* quin & abolito quoque nomine Rei de nouo eum repetere *l. 3. §. vlt. de accuſat.* Ciuiles actiones ſunt aut ex delicto, aut ex aliqua conuentione. Hæ ſine controuerſia & hæredibus & in hæredes dantur: Illæ in hæredes non dantur: cuius rei rationem expoſuimus ſupra *ad §. vlt. de oblig. ex del.* quod nimirum hæres tenetur, qua repræſentat defunctum, quæ repræſentatio ceſſat in delictis. Ex quo apparet mancum hic eſſe Imp. itemque ICtum *in l. pupillus 111. §. 1. de reg. iur.* dum tantum mentionem faciunt actionũ pœnalium (forte quod in his ratio eſt apertior & certior) ex maleficiis: nam & in actionibus ex delicto rei perſecutoriis idem iuris eſt, vt in hæredes non dentur: quod per inductionem ſolide probauimus *ad §. vlt. ſup. de oblig. ex delicto*, niſi quis cum Ioh. Fabr. *in verſ. pœnales* dicat actionum pœnalium appellatione, large ſumta, contineri omnes actiones, quæ ſunt ex maleficiis: quod tamen durius videtur. Hinc autem turpis eſt lapſus Hottomanni hoc loco, qui pœnalium actionum ideo ſcribit fieri mentionem, vt intelligamus actiones perſecutorias excludi. Nec mouet, quod de condictione furtiua affertur, cuius ſpecialem eſſe rationem, &, eam nec ex delicto eſſe ibid. oſtendimus. Intelligimus ſcilicet actiones ex delicto, qua tales: nam quatenus perſequuntur, quod ex delicto defuncti ad hæredem peruenit, nec pœnales ſunt, neque ex delicto dari cenſentur: eoque & in hæredem & perpetuo, vt illi tur-

turpe auferatur lucrum, competunt *l. ſicuti 38. de reg. iur. l. vn. C. ex delict. defunct.*

Atque ita obtinet ex parte Rei & heredum eius: Cæteroquin eius cui factum eſt delictum
2 † hæredibus, contra ipſum reum, actiones quoque pœnales regulariter dantur *l. 1. de priuat. del.* Exceptio vna generalis eſt, ſi delictum tale ſit ex quo nihil abſit ex patrimonio, qua ratione vtitur Theoph. hic, & actio tantum vindictam perſequatur, qualis eſt actio *h. §.* propoſita *verſ. ſed hæredibus* ſc. iniuriarum *arg. §. vlt. ſup. de iniur.* vbi diximus, quod nimirum vindictam magis perſequatur *l. 2. §. 4. de collat. add. l. ſi quis 10. §. 2. ſi quis caut.* Addit *d. verſ.* Iuſtin. *ſi qua alia ſimilis inueniatur* cuiuſmodi eſt actio ex Edicto de in ius vocando. *l. vlt. eo. tit.* & eius exemplo haud dubie, quæ proponitur *in l. 2. In ius voc. vt eant. & in l. pen. §. vlt. Ne quis eum qui in ius voc.* Item de eo quod deiectum aut effuſum erit in ſpecie *l. ſi vero 5. §. hac autem 5. de his qui effud.* (vbi tamen ſpecialis ratio redditur, quod actio ſit popularis) actio calumniæ *l. 4. de calumniat.* quæ datur prohibito inferre mortuum *l. liberum 9. de religioſ.* & condictio rerum donatarum ob ingratitudinem *l. his ſolis 7. C. de reuoc. donat.* nec diſſimilis eſt inofficioſi querela, qua quis quaſi iniuriam illatam ſibi vlciſcitur argum. *N. 115. cap. 3. in princip.* nam & ipſa niſi præparata ad hæredes non tranſit *l. 6. §. vlt. cum ll. ſeqq. de inoff. teſtam.* talis olim quoque fuit actio de moribus *l. vlt. C. Theod. de dotibus.* hodie ſublata *l. vn. C. de rei vx. act.* Atque ita obtinet in actionibus pœnalibus, & aliis quæ deſcendunt ex delictis. Nihil autem huc pertinet, ea quæ dicitur longe alio ſenſu, pœnalis, ſcilicet ex ſtipulatione pœnali actio, quæ ſtipulatio ſolet ſubiici obligationibus de faciendo, *§. vlt. Inſtit. de verbor. obligat.* quæ pœna fungitur vice eius quod intereſt, itaque perſecutoria rei hæc actio, & ex conuentione deſcendens in hæredes omnimodo datur: ſicut & reliquæ omnes, eius generis, vt diximus paulo ante: adeo vt idem obtineat etiamſi defunctus dolum commiſerit, ni-
3 hilominus enim in † ſolidum hæ actiones in hæredes dantur *l. hoc iure 152. l. ad ea 157. in fin. de reg. iur. l. ex depoſiti 12. l. ex contractibus 49. de oblig. & Actionib. l. 7. §. 1. depoſiti.* Et quid igitur eſt, quod Iuſtin. hic ait *in verſ. aliquando.* actionem ex contractu in hæredem non dari, ſi teſtator doloſe verſatus eſt, & nihil ad hæredem ex eo dolo peruenit: quia falſum hoc eſſe citati textus euidenter oſtendunt. Varias hæc res peperit explicationes. Theophilus pro exemplo adducit actionem depoſiti, quam ſi dolo defuncti res depoſita perierit, negat dari in hæredem. Quod aperte falſum eſt per *dict. leg. 7. §. 1. depoſiti. l. ex depoſiti 12. de obligat. & action.* vbi expreſſe actio depoſiti dicitur in ſolidum in hæredem dari ex dolo defuncti. Hottomannus putat ſaluari Theophilum, ſi accipiatur de depoſito miſerabili, ex quo in depoſitarium quidem ipſum, in duplum, ſed in ſimplum tantum in hæredem actio datur, quæ etiam vna eſt ex explicationibus Accurſii. Sed nec ita excuſari aut accipi Theophilus poteſt, qui nominatim loquitur de re quæ dolo depoſitarii periit: & iſta quoque inepta eſt explicatio: vel quia ſimplum vtique ſolidum eſt, & alterum ſimplum pœna & extra ſolidum eſt: vel quoniam non ſimpliciter hic actio in duplum eſt, ſed ex accidenti, & contra inficiantem.

Alii intelligunt non ipſam actionem contractus, ſed famoſam actionem doli, quæ ob dolum in contractu admiſſum datur, & quam conſtat in hæredem non dari; ideoque putat expungendum verbum *veluti.* Alii intelligunt actionem ex contractu non meram, ſed vbi ſimul concurrit aliquod delictum: qualis eſt actio tributoria, cum aliis quas hic Accurſius recenſet; quod præſtat dicere, quam vt ſtultitiam accuſemus & inſcitiam Triboniani, quod facit *Anton. Faber decade 76. error. 4.* ad quem plura diximus in noſtris ad eum locum exercitationibus. Plane autem ineptum eſt, quod Cuiac. 21. obſeru. 2. hunc locũ reſtringit ad caſum, quo nihil ex admiſſo dolo ad ipſum defun-

decad 89. cap. 5. & dec. 91. err. 8. Nos vero in exercitationibus noſtris ad ea loca, quam turpiter ea in re lapſus ſit Faber, euidenter oſtendimus, quo lectorem remittimus.

AD TITVLVM XIII.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE EXCEPTIONIBVS.

TEXTVS.

Sequitur, vt de exceptionibus diſpiciamus, comparatæ autem ſunt exceptiones, defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur: ſæpe enim accidit, vt licet ipſa perſecutio, qua actor experitur, iuſta ſit, tamen iniqua ſit aduerſus eum, cum quo agitur.

COMMENTARIVS.

1 *Exceptionis genus.*

Liberationis in vniuerſum duo ſunt modi: vel enim quis liberatur ipſo iure, quod fieri dicitur iis modis, qui obligationem plane tollunt & conſumunt, ita vt nulla amplius actio ſuperſit; vel per exceptionem, vbi quidem adhuc ſupereſt actio, ſed hactenus inefficax, quod per exceptionem excluditur: de quo modo liberandi, qui contingit per excluſionem actionis, poſt tractatum de Actionibus recte agit Iuſtinianus; quamuis vt monet Iohan. Fab. potuiſſet præmittere titulum de Interdictis. In Digeſtis additur, *& præſcriptionibus* ait in Codice, *ſeu præſcriptionibus.*

Vtrumque recte, nam aliquando præſcriptio pro exceptione vſurpatur, vt nihilominus aliqua ſit differentia, at intelligere licet ex his quæ ſupra diximus ad *rubr. de vſucap.* Exceptioni autem † varia genera tribuuntur, nã & dicitur defenſio *l. defenſiones 11. Cod. de except.* & excluſio *l. 2. in pr. D. h. t.* dici quoque poteſt ius, non minus ac ipſa actio, ſuo reſpectu. Appellatur etiam conditio *l. exceptio 22. h. t.* quod verbum loco generis à quibuſdam in definitione poni, vnice miror; cum nihil hoc pertineat ad exprimendam exceptionis eſſentiam; ſed tantum ita appelletur ratione conceptionis verborum, in formula *ſi apparet Titium centum debere ex mutuo, niſi pactus eſt, iudex condemna,* & eſt exemplum in *l. ſi is 11. §. 2. in fin. de pignoribus.* ex quo, vt Hottom. hic notat, fiebat, vt purum iudicium diceretur, ſi exceptio inſerta non eſſet. Fontes & cauſæ exceptionum traduntur in *ſequent.* & oſtendunt eas eſſe eiuſmodi, vt integro pro ſe iuſta, in ſe conſiderato, & quæ ex iuſta cauſa nata eſt, ex qua alius condemnatio ſequeretur, fiat iniuſta, & igitur etiam iniuſta condemnatio, aduerſus eum, qui exceptione eſt munitus, vt in *fin. princ.* oſtendit Iuſtinianus.

TEXTVS.

1. Verbigratia, ſi metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus, ſtipulanti Titio promiſiſti, quod non debueras promittere, palam eſt, te eſſe obligatum iure ciuili; & actio, qua te dare oportere intendetur efficax eſt: ſed iniquum eſt, te condemnari, ideoque datur tibi exceptio quod metus cauſa, aut doli mali, aut in factum compoſita, ad impugnandam actionem. Idem iuris eſt, ſi quis quaſi credendi cauſa pecuniam à te ſtipulatus fuerit, neq; numerauerit. Nam eam pecuniam à te petere poſſe eum certum eſt, dare enim te oportet, cum ex ſtipulatione tenearis. Sed quia te cõdemnari eo nomine iniquum eſt, placet

cet te defendi debere exceptione pecuniæ non numeratæ: cuius tempora nos, (ſecūdum quod ſcriptum eſt ſuperioribus libris) conſtitutione noſtra coarctauimus.

Commentarivs.

INcipit referre quædam exempla, ad illuſtrandum, quod in principio dixerat. Et repetenda huc ſunt, quæ ſupra *lib. 3. ad titulum generalem de obligationibus* diximus; quod videlicet alia obligatio ſit mixta, naturalis & ciuilis ſimul, ex qua actio omnino etiam ad condemnandum efficax naſcitur, alia naturalis tantum, quæ non parit actionem: quædam ciuilis tantum, vel nuda, vt à Doctoribus docendi cauſa appellatur, ex qua ob conuentionem iure ciuili approbatam datur quidem actio, ſed quæ repellitur exceptione, ob aliquam cauſam, quæ facit, vt iniquum ſit condemnari reum, & per quam ſcilicet ſubductum eſt vinculum naturale æquitatis, quo durante omnino condemnandus reus fuiſſet *leg. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolutionibus*, quod vinculum æquitatis, aut ab initio deeſt, aut poſtea tollitur, vt exempla ſubiecta docent. Vinculum nimirum æquitatis ſolum, vbi quod interuenit, non ſatis validum eſt, vt totam obligationé etiam ciuilem perimat, quo caſu ſc. opus eſt obiectione & allegatione, qua motus iudex abſoluat reum conuentum. Vbi autem tota obligatio perempta & reus ipſo iure liberatus eſt, iam ſublata actione, nec exceptione opus eſt: Sed ſimplici allegatione, quam Doctor. appellant exceptionem intentionis, aut facti; veluti ſi reus ſe ſoluiſſe, aut debitum accepto ſibi latum dicat: Nam & hæc cum prætor, diuinare, aut iudex non poſſit, alleganda ſunt; ſed prætor tum non dabit actionem, verum ipſe de veritate huius rei cognoſcet, de quo & quid interſit, an reus ipſo iure, an per exceptionem liberetur, dixi ad *Treutl. de modis* quib. tollitur obligatio.

Si metu coactus, &c.] Hæc faciunt, vt initio deficiat vinculum æquitatis. Equidem qui metu adactus aliquid promittit, conſentit, dum eligit minus malum, quod hactenus habet rationem boni, & fit obiectum voluntatis. Sed non poteſt tamen reuera obligatus dici naturaliter, cum non fuerit conſenſus & voluntas libera, & extra vim & verbi cauſa mortis intentationem, nemo hoc vellet.

Stipulanti Titio promiſiſti.] Hoc exemplo vtitur, vt tanto minus poſſit dubitari, quin ipſo iure reus obligatus ſit, quippe ex ſolenni formula verborum. Et quod ad metum attinet, alibi probauimus, conuentiones metu initas ipſo iure eſſe validas. Circa dolum cauſam qui dat contractibus, communiter eſt recepta diſtinctio, inter eas conuentiones, quæ ſunt ſunt ſtricti iuris, & quæ bonæ fidei; quas ipſo iure nullas eſſe vulgo creditur, de qua prolixe egi *diſp. 6. de action.* De errore dubium facere poſſit, quod non vno loco dicitur, nihil magis eſſe contrarium con ſenſui quam errorem, negato autem conſenſu, obligationé penitus negare eſt neceſſum eſt. Sed nimirum non omnis error eiuſdem & vnius generis; neque omnis ipſam eſſentiam obligationis concernit; quo caſu obligatio & contractus nullus eſt: Ceteroquin ipſo iure ſubſiſtens obligatio per exceptionem eliditur.

Iure ciuili obligatum te eſſe.] Subtilitate iuris, ait ICtus, in *l. ſi quis 36. de V.O.* & non obſtante dolo & metu ex ſtipulatione naſci actionem reſcriptum eſt, in *l. pen. C de inut. ſtip.* quia ſi verba conſideramus, in quibus eſt eſſentia ſtipulationis, vtiq; verum eſt alterum ſtipulatum eſſe, alterum promiſiſſe; & quidem naſci actionem efficacem ait hic Iuſtinianus, vel qua in abſtracto quaſi conſideratur, quo ſenſu in *pr. t. t.* ait, iuſtam eſſe actionem, vel quatenus prætor ex huiuſmodi ſtipulatione formulam dat & iudicem: ſed quæ inſpecto fine & exitu oppoſita exceptione fit ineſſicax, dum propter hanc reus abſoluitur *h. text. & d. l. pen. C. de inutil. ſtip.*

Aut

Aut in factum.] Exceptio hæc in factum, opponitur hic exceptioni doli, ſcilicet ſpeciali: Ceteroquin generalis exceptio doli ſicut cũ aliis exceptionibus, ita quoque cum hac exceptione concurrit, quia dolo facit, vtique qui ex huiuſmodi ſtipulatione per errorem facta aliquid petit *l. 2. §. & generaliter 5. iunct. l. Iulianus 7. de doli mali except.* Quoniam autem variis modis interuenit error, hinc factum eſt, vt quæ ex hac cauſa competit exceptio, generali nomine exceptio in factũ diceretur; quomodo & actiones quæ certo nomine carent, ſolent dici in factum; veluti quæ dantur ex contractibus innominatis; itemque actiones vtiles, & magis etiam ſubſidiariæ; vt explicatum ad *§. vlt. ſup. ad L. Aquil.* Et rurſus ſicut ob qualitatem perſonæ quæ conuenitur, datur actio in factum, quæ contra alios eſſet de dolo *l. non debet 11. §. 1. de dolo*, ita ex hac cauſa agentibus illis perſonis, non de dolo, ſed in factum exceptio accommodatur *l. 4. §. aduerſus 16. de doli mali except.*

Credendi cauſa ſtipulatus.] Solebat enim mutuo ſubiici ſtipulatio de reddenda pecunia *l. ſi ita 6. §. 1. cum l. ſeq. de nouationibus.* Itaque, qui ita promiſit, dum ſperat ſe accepturum pecuniam, ſi eam non acceperit, conuentus defenditur exceptione non numeratæ pecuniæ *h. textu*, cum qua & ipſa concurrit exceptio doli *l. 2. §. circa 3. de doli except.* Ceterum de hac exceptione non numeratæ pecuniæ, ſatis diximus *ſupr. lib. 3. de literar. obligat.*

TEXTVS.

2. Præterea debitor, ſi pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet: quia pacto conuento obligationes nõ omnino diſſoluuntur; qua de cauſa efficax eſt aduerſus eum actio, qua actor intendit, *ſi apparet eum dare oportere.* Sed quia iniquum eſt, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conuenti. Æque ſi debitor creditore deferente iurauerit, nil ſe dare oportere; adhuc obligatus permanet. Sed quia iniquũ eſt, de periurio quæri, defenditur per exceptionem iuriſiurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque neceſſariæ ſunt exceptiones, veluti ſi petitore deferente poſſeſſor iurauerit eam rem ſuam eſſe, & petitor nihilominus eandem rem vindicet: licet enim verum ſit quod intendit, id eſt, rem eius eſſe, iniquum tamen eſt, condemnari poſſeſſorem.

COMMENTARIVS.

1 *An vera ſit & propria exceptio iuriſiurandi.*

DVæ hoc textu proponuntur exceptiones, pacti & iuriſiurandi. Quod ad pactum attinet, diximus ſupra ad *§. vlt. quib. mod. obl. toll.* vbi eſſentia obligationis conſiſtit nudo conſenſu, & adhuc res integra, & v. c. nec pretium ſolutum, nec res tradita eſt, pacto nudo obligationem totam ipſo iure diſſolui. Vbi vero, vel re, vel verbis eſt obligatio contracta, fieri non poteſt, vt obligatio, cum in his terminis res integra eſſe non poſſit; ipſo iure per pactum nudum tollatur; ſiquidem ſaltem prætorio iure pacta ſunt confirmata ad producendam exceptionem: nam nec vbi de obligando agitur vllam ciuilem, ſed tantum naturalem obligationem producunt. Et hoc eſt, nimirum, quod hic ait Iuſtinianus, ſi debitor pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia peteretur, eum nihilominus obligatum manere: quoniam pacto conuento obligationes non omnino diſſoluuntur; Non omnino, ait, quoniam licet actio nihilominus in debitorem

detur

Digitized by Google

detur, tamen oppoſita exceptione abſoluitur; & vulgo traditur, nihil intereſſe effectu, an quis exceptione an ipſo iure ſit liberatus. Itaque ſicut alias, ita & hic prætor dat actionem, verum cum exceptione, de cuius virib. probatione & veritate ex ratione iuris veteris Romani apud iudicem pedaneum diſceptabatur.

Si apparet eum dare oportere.] Formula erat actionis perſonalis, quæ dabatur à prætore ex cauſa obligationum, quæ erant de dando, de quo *ſup. tit. 6. de actionib.*

Si debitor iurauerit.] Recte hæc exceptio,
1 cum exceptione † pacti iungitur; nam & iuramenti delatio & ſuſceptio, quandam conuentionis ſpeciem habent *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolutionib.* Et ait Iuſtinianus & hic quoque, eum qui iurauit, manere obligatum. Sed negat Hottom. ſe iſtud concoquere poſſe, ob textum in *l. ait 7. de iureiur.* vbi prætor negat ſe daturum actionem in eum qui iurauit; & igitur non poterit habere locum efficax actio, vt Iuſtin. in §. §. *praeced.* circa exceptiones alias dixit, nec poteſt locum habere exceptio, vbi negatur actio. Addit Hottomannus, quod vbi iuratum eſt, amplius non quæratur, an debeatur, vel debitum fuerit, ſed tantum an iuratum ſit. Ex quo ipſe quidem infert, actionem & obligationem priſtinam omnino interiiſſe & concidiſſe. Sed enim cum ipſe ad §. *praeced.* notet, vbi ipſo iure ſublata eſt actio, non dici obſtare exceptionem. Vtique paſſim ſub *tit. de iureiur.* tractatur de exceptione iuriſiurandi, & ſupereſſe igitur oportet actionem, quæ repellatur & elidatur per exceptionem. Quod autem obligatio & actio vetus ſuperſit, etiam poſt iuramentum, probatur optime per *l. eum qui 30. in pr. de iureiur.* & confirmaui *diſput. 8. de action.* Neque adeo quidquam ad rem facit, quod alibi dicitur, nihil quæri, niſi an iuratum ſit; hoc enim procedit, vbi creditor iurauit, & actione in factum ex iuramento experitur; & ſatis arguit *d. l. Stichum 95. §. 4. de ſolut.* quod per iuramentum tantum naturalis obligatio tollitur. Et quod eſt in *l. 9. in pr. de iureiur.* denegari actionem, ipſum hoc ſatis arguit, ipſo iure ſupereſſe obligationem & actionem. Et quod adfertur ex *d. l. 7. de iureiur.* prætorem non daturum actionem, pertinet ad effectum rei. Tum etiam hic obſeruandum eſt, quod exceptio iuramenti ſit priuilegiata, & litis finitæ, quæ à iudicij limine remouet actorem, & ad quam probandam, niſi res ſit difficilioris & altioris indaginis, ante litem conteſtatam reus admittitur. Cum enim finiendarum litium gratia ſit introductum iuramentum *l. 1. eo. tit.* non facile danda eſt in debitorem actio, qui ſe iuraſſe contendit; niſi vbi res dubia eſt & obſcura *d. l. 9. in pr. de iureiur.* Et etiam vbi iudicatum eſt, nihil aliud quæritur; nec tamen ob id negatur exceptio iudicati. Et recte itaque ſe habet, quod *hoc §.* tradit Iuſtin. & in pr. de perſonali actione, & *ſub fin.* de reali, quod licet poſſeſſor iurauerit rem ſuam eſſe, tamen ipſo iure adhuc in eum competat actio, quidquid videatur Hottomanno. Nec enim iuramentum modus eſt adquirendi dominij. Et tamen quamuis reuera dominus non fiat, tamen nihilominus ei amiſſa poſſeſſione in petitorem cōtra quem iurauit, propter autoritatem iuramenti in factum actio datur; ſi modo, vt hoc §. proponitur, iurauerit rem ſuam eſſe. Ceteroquin ſi tantum iurauerit, rem non eſſe petitoris, amiſſa poſſeſſione actionem non habet *l. ſed ſi 11. in pr. & §. 1. de iureiur.* Ratio huius exceptionis videtur eſſe à ſpecie ea conuentionis, de qua paulo ante diximus. Et tamen Iuſtinianus, aliam hic innuit, quod iniquum ſit de periurio quæri. Quod tamē paulo inſubtilius dictum videri poſſit; ſiquidem alia eſt quæſtio de exceptione iuriſiurandi: alia an contra exceptionem iuriſiurandi ſit admittenda replicatio de periurio, quam conſtat iure noſtro non admitti regulariter, de quo actum eſt ad §. *Item ſi quis 11. ſupr. de actionib.* An vero alias ſit quæ periurij pœna, alibi tractatur.

TEX-

TEXTVS.

3. Item ſi in iudicio tecum actum fuerit, ſiue in rem, ſiue in perſonam, nihilominus obligatio durat, & ideo ipſo iure de eadem re poſtea aduerſus te poteſt agi. Sed debes per exceptionem rei iudicatæ adiuuari. Hæc exempli cauſa retuliſſe ſufficiat; alioqui quam ex multis variiſque cauſis neceſſariæ exceptiones ſint, ex latioribus Digeſtorum, ſeu Pandectarum libris intelligi poteſt.

COMMENTARIVS.

1 *An & quæ obligatio per ſententiam tollatur.*
2 *In quo fundetur exceptio iudicati.*

Denique hic proponit exceptionem iudicati. Et ait licet iudicatum ſit, manere, & durare nihilominus obligationem; quod ad actionem in perſonam referendum, aut verbum obligationis laxius accipiendum eſt: nam actio in rem ex obligatione non deſcendit. Rectius ſane dixiſſet, actionem durare, quomodo & Theophil. αἱ μὲν ἀγωγαὶ μένουσι. Tractant autem hic & alibi Interpp. an &
1 quæ † obligatio per ſententiam abſolutoriam tollatur. Naturalem non tolli, expreſſum eſt in *l. iulianus* 60. *in princ. de condict. indeb.* Sed nec tolli ciuilem probatur ex *h.* §. quo dicitur adhuc agi poſſe; nec enim ex naturali ſola vnquam actio dari poteſt. Refertur quidem ab Angelo & Porcio ad *tit. ſup. de obligation.* reſponſio Bartol. vel quod propter reliquias ciuilis obligationis adhuc duret actio; vel quod ex naturali ſola poſſit dari actio, ſi ea aliquando coniuncta fuerit cum ciuili, & ſublata etiam cauſa manere effectum, probant exemplo liberorum, qui ſuperſtites manent, etiam ſublatis parentibus. Et quod ciuilis obligatio tollatur, inde confirmant, quod ſententia, quaſi vim Legis habeat, & habeatur pro veritate; ſed enim 2. reſponſio facilis eſt, quod iudex non hoc agat, vt obligationem aliquam tollat, ſed vt quid in veritate ſibi videatur; pronunciet; itaque reum abſoluit, non vt illum liberet obligatione, ſed quia illum non putat eſſe obligatum; ideoque obligationem, quæ vere ſubeſt non perimit; in quam ſententiam faciunt, quæ latiſſime diſputauimus ad 4 *part. chiliados Fa[illegible]ilis de errorib. pragmat. decad.* 98. *cap.* 7. *& ſeqq.* Quæ autem afferuntur de reliquiis ciuilis obligationis, & de actione competente ex ſola naturali obligatione, manifeſto inepta ſunt. Nam 1. ratio modo allata facit, vt tota ſit integra obligatio 2. reliquiæ non poſſunt ſatis eſſe efficaces ad actionem producendam 3. pugnantia ſunt, tolli obligationem, & tamen eius manere reliquias 4. Inepta comparatio eſt, de liberis poſt parentes mortuos ſuperſtitibus; quoniam illi ſeorſim ſubſtantiam & exſiſtentiam habent, & parentes tantum operantur & ſunt cauſæ efficientes in generatione, qua abſoluta, nec amplius cauſæ efficientis locum habent; ſicut nec architectus poſtquam domum fabricauit. Et vero cum Doct. vulgo obligationem ciuilem, patri, naturalem matri conferant, fiet hinc vt ſublata vtraque obligatione poſſit competere actio, quod eſt abſurdiſſimum. Tum porro alia ſubſtantiarum, alia accidentium ratio eſt, quæ ſublata cauſſa ſubſiſtere non poſſunt.

Itaque nec fieri poteſt, vt extincta ciuili obligatione actioni ſit locus; & omnino id toti iuris noſtri rationi repugnat. Hinc apparet quam ſit inepta ſententia, quam multis rationibus defenſari poſſe ait Porcius *d. loco.* quod per ſententiam vtraque obligatio & ciuilis & naturalis tollatur. Et ſunt ea argumenta penitus inepta. Primum eſt quod in iudicio quaſi contrahatur *leg.* 3. §. *idem ſcribit.* 11. *de pecu.io,* 2. quod iure gentium teneamur obedire ſententijs magiſtratus; atquin ex iure gentium æſtimatur naturalis obligatio 3. quod, qui non appellat videatur conſentire, & per conſenſum tollitur naturalis obligatio 4.

Digitized by Google

quod iuramentum & ſententia à pari procedant, per illud autem tollitur naturalis obligatio.

Reſpondeo ad 1. quod nec verus ſit omnino contractus, cum in inuitum dictetur iudicium; & quod contractus iſte tendat ad obligandum, vt hinc reus condemnatus teneatur noua actione iudicati. In 2. & 3. eſt plane nulla ratio cõnexi. In 4. eſt fallacia à dicto ſecũdum quid &c. & hactenus differt, quod ipſe creditor defert iuramentum, & ita conſentit, vt liberetur debitor, ſi iurauerit, ſe non debere *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolut.*

Fundamentum porro exceptionis iudica-
2 ti eſt, † quod de eadem re bis iudicium agitari non debeat: Ceteroquin numquam finis eſſet litium. Hinc ille apud Terentium Phormio,

At tu qui ſapiens es, magiſtratus adi,
Iudicium de eadem cauſa iterum vt reddant tibi.
Quandoquidem ſolus regnas, & ſoli licet
Hic de eadem cauſa bis iudicium adipiſcier.

De quo & diximus ſup. ad *princ. tit. de vſucap. & præſcr.* Itaq; oportet vt omnia ſint eadem, eadem res, eadem cauſa, eadem conditio perſonarum: Ceteroquin exceptio non obſtat, vt docet *l. cum quæritur, cum ll. ſeqq. de except. rei iud.* Itemque oportet, vt res vere ſit in iudicium deducta. Itaque ſi falſus procurator egerit, licet reo abſoluto, domino agente non obſtat hæc exceptio *l. 1. Cod. quibus res iud. non nocet.*

TEXTVS.

4. Quarum quædam ex legibus, vel ex iis, quæ Legis vicem obtinent, vel ex ipſius prætoris iuriſdictione capiunt ſubſtantiam. Appellantur autem aliæ perpetuæ & peremptoriæ: aliæ temporales & dilatoriæ. Perpetuæ & peremptoriæ ſunt, quæ agentibus ſemper obſtant, & rem de qua agitur, ſemper perimunt; qualis eſt exceptio doli mali, & quod metus cauſa factum eſt, & pacti conuenti, cum ita conuenit, ne omnino pecunia peteretur.

COMMENTARIVS.

PRoponuntur hic demum duæ exceptionum diuiſiones: Prior eſt à cauſa efficiente. Hottomannus id quod LL. dicitur, obſcurum eſſe ait, quod Lex, aut valere omnino, aut pro nihilo eſſe iubeat. Mihi nulla hic videtur eſſe conſequentia, & valet omnino, quod etiam exceptione defenditur. Et lex ita vnumquodque inducit, aut confirmat, prout rei natura patitur; quomodo ſententia non eſt habilis, vt perimat obligationem; nec dubitarim, exceptionem rei iudicatæ, eſſe à L. 12. tabb. quam Decemuiri à Græcis acceperint.

Ineptius eſt, quod obiicit, exceptiones omnes pendere à beneficio prætoris. Non enim ita pendent, tamquam ab autore, ſed tamquam ab adminiſtratore iuſtitiæ, qui exceptiones quocunque iure introductas, cauſa cognita, aut dabat addebatque formulæ, aut denegabat. Leges autem ſurſus ita hic accipiuntur, vt in *princip. tit. praeced. & alibi paſſim,* ſcilicet pro ſanctionibus ſub libera Republica à populo latis; per ea quæ obtinere legem vicem dicuntur, intelligit Senatuſconſulta & principum conſtitutiones; quæ tamen ſub monarchia omnino reuera Leges erant.

Altera diuiſio eſt ab effectu ſumpta; quod aliæ perimunt rem, & obiectæ faciunt vt amplius agi cum effectu non poſſit; aliæ non perimunt, ſed differunt tantum actionem *l. 3. D. h. tit.*

Videtur autem hic Iuſtinianus, pro iiſdem habere, peremptoriam & perpetuam, dilatoriam & temporalem, ſicut & ICtus in *d. l. 3. de exception.* Et fere plerumque ita ſe habet, ſed non ſemper id ita obtinere, verum quandam temporalem peremptoriam eſſe oſtendemus in *§. ſeq.* Solent autem præter ſingulariter

aliter exceptas, fere omnes exceptiones eſſe perpetuæ, licet actio ſit temporalis; quoniam quando quis agere velit, in cuiuſuis arbitrio eſt, ſed non an velit quis excipere; ex quo ſpecialis etiam exceptio doli eſt perpetua, licet actio ſit temporalis; quæ tamen admonitio non magni momenti eſt, ſi actionem tempore ipſo iure finiri putamus; quo caſu fruſtra quæritur de exceptione. Sed accidit nonnumquam, vt vbi eidem & actio & exceptio datur hæc ſit perpetua, licet illa ſit temporalis; vel vti filio exhæredato datur querela intra quinquennium; qui tamen ſi poſſideat contra petentem hæreditatem exceptione; perpetua inofficioſi defendetur *arg. l. 8. §. ſi filius de inoff. teſt.*

TEXTVS.

5. Temporales atq; dilatoriæ ſunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt; qualis eſt pacti conuenti, cum ita conuenerit, ne intra certum tempus ageretur: veluti intra quinquennium. nam finito eo tempore non impeditur actor rem exſequi. Ergo ij quibus intra certum tempus volentibus agere obiicitur exceptio, aut conuenti pacti, aut alia ſimilis differre actionem debet, & poſt tempus agere: ideo enim & exceptiones iſtæ dilatoriæ appellantur. Alioquin ſi egerint intra tempus, obiectaque ſit exceptio: neq; eo iudicio quidquã conſequebantur, propter exceptionem, neq; poſt tempus olim agere poterãt, cum temere rem in iudicium deducebant, & conſumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem nõ ita ſtricte hoc procedere volumus. Sed eum qui ante tempus pactionis, vel obligationis, litem inferre ſit auſus, Zenonianæ conſtitutioni ſubiacere cenſemus, quam ſacratiſſimus Legiſlator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipſe actor ſponte indulſerit, vel quas natura actionis continet, ſi contempſerit, in duplum habeant ij, qui talem iniuriam paſſi ſunt, & poſt finitas eas non aliter litem ſuſcipiant, niſi omnes expenſas litis antea acceperint: vt actores tali pœna perterriti, tempora litium doceantur obſeruare.

COMMENTARIVS.

INprimis de temporalibus exceptionibus obſeruandum eſt, quod dicuntur differre actionem *l. 2. in fin. D. h. t.* & rurſus dicuntur euitari poſſe *l. 3. eod.* quorum prædicatorum minime eadem eſt ſententia, vt apparet exemplo exceptionis ex pacto de non petendo intra certum tempus. Differre dicuntur actionem, dum actioni opponuntur, quomodo obtinet in exceptionibus verbi cauſa procuratoriis; euitari dicuntur exceptiones dum interim non agitur. Exceptiones verbi cauſa procuratoriæ recte & dicuntur euitari, dum non agitur per perſonam inidoneam: &, ſi agatur, differunt tantum actionem, nec faciunt, quominus iterum agi poſſit: adeo hic idem eſt, exceptionem eſſe temporalem, & eſſe dilatoriam.

Sed in exceptione pacti temporalis non eodem modo ſe res habet, iuxta rationem iuris veteris, ſed ea, licet eſſet dilatoria, alio tamen ſenſu peremptoria erat. Et nimirum euitari poterat, dum actor poſt elapſum tempus adiectum moueat actionem, atque ita faciebat pactum, vt interim differretur actio. Quod ſi vero actor intra tempus inſtituiſſet actionem, & reus apud iudicem pedaneum obieciſſet, ſe necdum debere ſoluere, perimebatur actio: quoniam iudex, qui acceperat formulam puram, neceſſario reum abſoluere tenebatur; adeo actor iterum, de re eadem agens, exceptione iudicati repellebatur:

batur; atque ita fiebat, vt actor rem & cauſam amitteret; vt hîc in *verſ. alioquin.* docet Iuſtinian. & explicauimus ſupr. ad §. *plus autem de actionib.*

Hodie autem & ſublato per Zenonem, cuius conſtitutionem probauit Iuſtinianus, iſto iure, iſta quoque exceptio obiecta actioni intra tempus male inſtitutæ non amplius perimit, ſed tantum differt actionem, datis, in pœnam temere motæ actionis, reo duplicatis induciјs, & vt inſuper actor impenſas, quas Reus ob temere motam actionem facere coactus fuit, refundere omnes cogatur, vt hic explicat Iuſtin. Exceptio quoque non numeratæ pecuniæ euitari quidem poteſt, ſi poſt biennium agatur, de quo actum eſt ſupra *de lit. obligat.* Sed ſi intra hoc tempus actio moueatur, obiecta exceptio hæc, actionem plane perimit, & facit, vt reus abſoluatur.

Et errat circa exceptionem pacti conuenti temporalis Hottomannus hoc loco, dum diſtinguit, an quis ipſo iure plus petat tempore, an contra pactum petat; & quod ille quidem olim ceciderit cauſa, non etiam hic. Ego hoc falſum eſſe dico. Et hoc quoque caſu ſi iudicium purum datum fuiſſet, cecidiſſe actorem cauſa, obiecta poſt apud iudicem exceptione pacti, verum eſt. Nam etiamſi initio diem contracta obligatio habuiſſet, tamen ipſo iure nata actio erat, vt ſupra ſatis probauimus ad §. *omnis de Verb. Obligation.* itaque falſum eſt, quod ipſo iure plus hoc caſu petierit creditor. Et ratio eadem eſt, ſi tempus poſt adiectum ex pacto fuerit obligationi. Et nimirum hic quoque, ſi iudicium fuiſſet purum *ſi apparet Titium centum debere, condemna.* vbi reus probaſſet iudici, ſe necdum pecuniam debere, quem condemnare iudex non poterat, neceſſario abſoluebat; ex qua ſententia rurſus neceſſario exceptio rei iudicatæ reo parabatur. Et expreſſe hoc §. Iuſtinian. comparat hos caſus, quo ab initio diem adiectum habuit obligatio, & quo poſtea dies adiecta ex conuentione fuit, illis verbis, *inducias, quas ipſe actor ſponte indulſit, vel quas natura actionis, continet.* & ſolenne iſtud eſt Hottomanno, vt nodum quærat in ſcirpo, & ſæpe nugas agat.

In duplum habeant.] Recte Iohan. Faber hic ait, quod tota dilatio duplicetur, non illud tantum quod ſuperetat de dilatione; quod & literæ conuenit. Vnde infert Faber: Sæpe fieri, vt triplicetur tempus, ſi actor, vel creditor, ſub finem dilationis egerit, veluti ſi cum pactum eſſet, vt ne quis intra biennium peteret, & petierit creditor vltimo menſe anni ſecundi, ex ſententia Fabri, expectare tenebitur creditor alios totos annos quatuor. Quod tamen alienum videri poſſit à mente Iuſtiniani. Et dixerim potius, quandocunque agatur, intra tempus ſcilicet; tantundem adiiciendum eſſe (ſubducto tempore conuento) quantum temporis initio adiectum fuit; velut ſi in propoſita ſpecie, creditor egerit poſt annum, dixerim, trienniu n exſpectandum eſſe; vt ſit ſemper vniforme tempus & certum, & vniformis pœna.

Poſt finitas eas non aliter.] Aperte oſtendit hic locus, quod vbi ante tempus actum eſt, reus ab inſtantia debeat abſolui; & finitis duplicatis induciis, ſit noua actione opus; licet referente hic Ioh. Faber Canoniſtæ exiſtiment, reum condemnandum eſſe nihilominus, vt ſcil. poſt lapſas duplicatas inducias, citra nouum proceſſum ſoluere cogatur.

TEXTVS.

6. Præterea etiam ex perſona ſunt dilatoriæ exceptiones, quales ſunt procuratoriæ: veluti ſi per militem quis velit agere, aut mulierem. Nam militibus, nec pro patre, vel matre, vel vxore, nec ex ſacro reſcripto, procuratorio nomine experiri conceditur: negotiis vero ſuis ſupereſſe ſine militaris diſciplinæ offenſa poſſunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procura-

co-

toribus propter infamiam vel dantis, vel ipſius procuratoris, opponebantur, cum in iudiciis nullo modo frequentari perſpeximus, conquieſcere ſancimus, ne dum de his altercatur, ipſius negotii diſceptatio protelетur.

COMMENTARIVS.

1 *Diſtinctio except. dilatoriarum.*
2 *Miles cur lite conteſtata, vt procurator admittatur.*
3 *Quo tempore exceptiones ſint opponendæ.*
4 *Exceptiones priuilegiatæ & litis finitæ.*
5 *An exceptiones obiici poſſint poſt ſententiam.*

1 AGamus paulo plenius, & accuratius diſtinguamus exceptiones † dilatorias. Sunt hæ duplices, & ſcilicet concernunt vel ipſam cauſam principalē, veluti exceptio pacti temporalis, de qua ante actum: vel proceſſum ſiue conſtitutionem iudicii. Et hæ rurſum reſpiciunt vel perſonam iudicis vel litigantium. Illa in genere poteſt dici, inhabilitatis: & rurſus eſt duplex: vel quod quis non poſſit eſſe iudex ſimpliciter, veluti pupillus, ſeruus &c. quæ eſt abſoluta inhabilitas: vel quod in hac cauſa aut in hanc perſonam non poſſit eſſe iudex: & hoc iterum. Vel quod per ſe non habeat iuriſdictionem in cauſa vel in perſonam: quæ eſt exceptio, in ſpecie, incompetentiæ vel ex accidenti, quod iuriſdictionem quam habet, ex aliqua ratione exercere non poteſt: & ea fere duplici 1. ſuſpicio, verbi cauſa, ſi ipſum ſimul contingat cauſa, vel parti aduerſæ ſit coniunctus: quæ dicitur exceptio ſuſpecti iudicis. 2. Præuentio: quando ex duobus concurrentibus iudicibus, alter reum prius in ius vocauit *l. 7. de iudiciis.* Hæc de exceptionibus, quæ obiiciuntur iudici. Qui in iudicio litigant, ſunt vel ipſi principales, vel pro iis interuenientes. Illis obſtat exceptio, verbi cauſa, quod idoneam non habeant perſonam ſtandi in iudicio, iuxta *tot. tit. Cod. de his qui perſ. legit. &c.* His quæ obiiciuntur exceptiones, fere ſunt & dicuntur procuratoriæ *h. text. & l. 3. D. eod. in fin.* Et hæc quoque duplicis generis faciunt Dd. cum obiicitur alicui, non eſſe eum procuratorem, qui videlicet nullum mandatum, aut reuocatum habet, & dicitur procurator falſus, cum quo agitatum iudicium penitus nullum eſt *l. licet 24. C. de procurat.* 2. Cum obiicitur alicui, eum, vt maxime mandatum habeat, non poſſe eſſe procuratorem, cuiuſmodi perſonæ ſunt, 1. mulier, 2. miles, niſi hic ſit procurator † in rem ſuam *h. textu*, itemque niſi omiſſa exceptione aduerſarius litem cum milite procuratore conſtituto, conteſtatus fuerit. *l. ita 13. C. de procurat.* quod mirum fortaſſe alicui videatur, poſſe fieri per diſſimulationem aut ignorantiam partis aduerſæ, quod nec ſacro reſcripto fieri poſſe hoc textu affirmatur. Arbitror rationem pendere à ſubtilitate ciuilis iuris: & quod quis litis dominus effici dicitur per litis conteſtationem: vt iam non amplius alienum, ſed magis proprium negotium tractare & perſequi videatur. 3. huc refertur infamis *d. §. vlt.* vbi tamen Iuſtin. hanc exceptionem magis improbare videtur: quem ego ita tamen acceperim, vt intelligat caſum quo de infamia non liquet, ſed ea requirit operoſam probationem: arg. eius quod rationem hanc reddit, ne negotium protelетur: adeo ſi notoria ſit infamia, aut quæ incontinenti probari poſſit, nihil mutatum crediderim. 2

Colophonis loco ad hunc tit. addemus aliquid de tempore † quo exceptiones ſunt op- 3
ponendæ. Et quod attinet dilatorias, eas in principio litis opponendas eſſe dicitur *in l. vlt. C. de except.* quod licet non vno modo explicetur, communius tamen receptum eſt fore, vt principium litis, ſit intelligendum de litis conteſtatione: quod & hic probat Faber, & lite olim conteſtata ibant partes ad iudicem: atque ita quoque *l. pen. C. eod. titulo*, quæ exordii litis meminit, accipienda eſt. Et ratio

 non

ctum peruenit & ad eius hæredem, nec adeo deterius actoris ius redditum eſt. Nam 1. confertur hic actio ex contractu cum actione ex delicto, quæ non datur aduerſus hæredem ad quem nihil peruenit, vt maxime ex delicto alterius patrimonium fuerit minutum. 2. Vbi dolus defuncti non minuit ius aut patrimonium actoris, neceſſe eſt, ad hæredem aliquid perueniſſe, imo ſolidum perueniſſe neceſſum eſt. Et 3. omnino nulla hic eſſe poteſt ratio dubitandi.

Porro quod de pœnalibus actionibus dictum eſt, partim eas hæredibus non dari,
4 partim, eas non tranſire in hæredes, † limitatur in fin. huius textus, niſi lis fuerit conteſtata. Tunc enim quæcunque tandem illæ ſint, in hæredes trãſeunt & continuantur, & quæ alias morte eius cui delictum factum eſt, periiſſent, ab hæredibus eius recte porro exercentur *h.§. in fin.* vbi paulo inſubtilius, lite conteſtata dicuntur actiones hæredibus dari, quæ vero nunc non demum dantur, ſed ante defuncto datæ, porro ab eius hæredibus peraguntur: idque eſt, quod ICtus ait *in l. omnes 139. de reg. iur.* actiones, quæ alias tempore aut morte periiſſent, iudicio incluſas ſaluas permanere. Idem probat *l. omnia 164. de reg. iur. l. omnes 26. de ob. & act. l. ſciendum 58 eod. l. vn. C. Ex delict. defunct.* quod poſtea conſtitutionibus Impp. mutatum videtur, vt ſufficeret etiam cõuentum ſaltem fuiſſe viuentem, ad hoc, vt in hæredẽ perſecutio pœnæ tranſiret *l. conſtit. 33. de ob. & act.* quamuis Ioh. Faber in *verſ. pœnales h. §.* ita accipiat, quod ibi dicitur de conuento, ſi ſimul accedat contumacia debitoris conuenti & citati: Cæteroquin nec citationem ſolam ſufficere, vt tranſeat actio in hæredes. Atque ita obtinet iure ciuili. Iure Canonico conſtat hæredem ſecundum vires hæreditatis, ſaltem ſimplum damni dati ſoluere, de quo late hic agit *Ioh. Faber.* Ait Iuſtin. *in pr. §.*

Quæ ipſo iure competunt, aut à prætore dantur.] Ambigue ſane. Nam & actiones ciuiles à prętore impetrandæ & dandæ, itaque hactenus oppoſitio ſit vitioſa: ſed Iuſtinianus, vt arbitror introductionem actionum reſpexit, & ſignificare voluit, actiones prætorias, non tam iure (cum prętor legislator non ſit) quam defenſione prætoris, & poteſtate iuriſdictionis & magiſtratus eſſe ſubnixas. Ait *in fin. §.*

Ipſis principalibus perſonis.] Opponit hic, principales perſonas heredibus: Cæteroquin ſi quis etiam per procuratorem fuerit litem conteſtatus, non dubium eſt, actionem fieri perpetuam & tranſitoriam in hæredes.

TEXTVS.

2. Supereſt, vt admoneamus, quod ſi ante rem iudicatam, is cum quo actum eſt, ſatisfaciat actori: officio iudicis conuenit eum abſoluere: licet in ea cauſa fuiſſet iudicii accipiendi tempore, vt damnari deberet: & hoc eſt, quod antea vulgo dicebatur, omnia iudicia abſolutoria eſſe.

COMMENTARIVS.

SIcut qui paratus eſt ante iudicium ſoluere, auditur, & ei tantum terminus ad ſoluendum ſtatuitur *l. ſi debitori 21. de iudic. l. ex iud. 16. indic. ſolu.* Ita etiam debet audiri, qui poſt litis conteſtationem ad ſatisfaciendum ſe offert, ſi videlicet omne quo deterius ius actoris effectum eſt, & in quod damnandus alias eſſet, offerat: cæteroquin hanc conditionem actor non tenetur admittere. Quod autem hic dicitur, eum abſoluendum eſſe, recipit duplicem ſignificationem: vel vt reus dimittatur ſimpliciter ab inſtituto iudicio, vel vt abſoluatur per ſententiam: quod poſterius magis conuenit rationi iuris, ſecundum quod non videtur partibus ſuis & officio iudex defunctus, niſi aut abſoluat, aut condemnet, & hoc vtilius eſt reo, vt habeat exceptionẽ rei iudicatæ. Porro regulæ huic, qua iudicia omnino abſolutoria eſſe dicuntur, alium ſenſum affingit Anton. Faber, & in hoc lapſum hic eſſe Tribonianum contendit

decad.

Digitized by Google

dec. ad 89. cap. 5. & dec. 91. err. 8. Nos vero in exercitationibus noſtris ad ea loca, quam turpiter ea in re lapſus ſit Faber, euidenter oſtendimus, quo lectorem remittimus.

AD TITVLVM XIII.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE EXCEPTIONIBVS.

TEXTVS.

Sequitur, vt de exceptionibus diſpiciamus, comparatæ autem ſunt exceptiones, defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur: ſæpe enim accidit, vt licet ipſa perſecutio, qua actor experitur, iuſta ſit, tamen iniqua ſit aduerſus eum, cum quo agitur.

COMMENTARIVS.

1 *Exceptionis genus.*

Liberationis in vniuerſum duo ſunt modi: vel enim quis liberatur ipſo iure, quod fieri dicitur iis modis, qui obligationem plane tollunt & conſumunt, ita vt nulla amplius actio ſuperſit; vel per exceptionem, vbi quidem adhuc ſupereſt actio, ſed hactenus inefficax, quod per exceptionem excluditur: de quo modo liberandi, qui contingit per excluſionem actionis, poſt tractatum de Actionibus recte agit Iuſtinianus; quamuis vt monet Iohan. Fab. potuiſſet præmittere titulum de Interdictis. In Digeſtis additur, *& præſcriptionibus* ait in Codice, *ſeu præſcriptionibus.*

Vtrumque recte, nam aliquando præſcriptio pro exceptione vſurpatur, vt nihilominus aliqua ſit differentia, at intelligere licet ex his quæ ſupra diximus ad *rubr. de vſucap.* Exceptioni autem † varia genera tribuuntur, nã & dicitur defenſio *l. defenſiones 11. Cod. de except.* & excluſio *l. 2. in pr. D. h. t.* dici quoque poteſt ius, non minus ac ipſa actio, ſuo reſpectu. Appellatur etiam conditio *l. exceptio 22. h. t.* quod verbum loco generis à quibuſdam in definitione poni, vnice miror; cum nihil hoc pertineat ad exprimendam exceptionis eſſentiam; ſed tantum ita appelletur ratione conceptionis verborum, in formula *ſi apparet Titium centum debere ex mutuo, niſi pactum eſt, iudex condemna.* & eſt exemplum in *l. ſi is 11. §. 2. in fin. de pignoribus.* ex quo, vt Hottom. hic notat, fiebat, vt purum iudicium diceretur, ſi exceptio inſerta non eſſet. Fontes & cauſæ exceptionum traduntur in *ſequent.* & oſtendunt eas eſſe eiuſmodi, vt integro pro ſe iuſta, in ſe conſiderato, & quæ ex iuſta cauſa nata eſt, ex qua alius condemnatio ſequeretur, fiat iniuſta, & igitur etiam iniuſta condemnatio, aduerſus eum, qui exceptione eſt munitus, vt in *fin. princ.* oſtendit Iuſtinianus.

TEXTVS.

1. Verbigratia, ſi metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus, ſtipulanti Titio promiſiſti, quod non debueras promittere, palam eſt, te eſſe obligatum iure ciuili; & actio, qua te dare oportere intendetur efficax eſt: ſed iniquum eſt, te condemnari, ideoque datur tibi exceptio quod metus cauſa, aut doli mali, aut in factum compoſita, ad impugnandam actionem. Idem iuris eſt, ſi quis quaſi credendi cauſa pecuniam à te ſtipulatus fuerit, neq; numerauerit. Nam eam pecuniam à te petere poſſe eum certum eſt, dare enim te oportet, cum ex ſtipulatione tenearis. Sed quia te cõdemnari eo nomine iniquum eſt, pla-

cet te defendi debere exceptione pecuniæ non numeratæ: cuius tempora nos, (ſecũdum quod ſcriptum eſt ſuperioribus libris) conſtitutione noſtra coarctauimus.

COMMENTARIVS.

INcipit referre quædam exempla, ad illuſtrandum, quod in principio dixerat. Et repetenda huc ſunt, quæ ſupra *lib. 3. ad titulum generalem de obligationibus* diximus; quod videlicet alia obligatio ſit mixta, naturalis & ciuilis ſimul, ex qua actio omnino etiam ad condemnandum efficax naſcitur, alia naturalis tantum, quæ non parit actionem: quædam ciuilis tantum, vel nuda, vt à Doctoribus docendi cauſa appellatur, ex qua ob conuentionem iure ciuili approbatam datur quidem actio, ſed quæ repellitur exceptione, ob aliquam cauſam, quæ facit, vt iniquum ſit condemnari reum, & per quam ſcilicet ſubductum eſt vinculum naturale æquitatis, quo durante omnino condemnandus reus fuiſſet *leg. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de ſolutionibus*, quod vinculum æquitatis, aut ab initio deeſt, aut poſtea tollitur, vt exempla ſubiecta docent. Vinculum nimirum æquitatis ſolum, vbi quod interuenit, non ſatis validum eſt, vt totam obligationẽ etiam ciuilem perimat, quo caſu ſc. opus eſt obiectione & allegatione, qua motus iudex abſoluat reum conuentum. Vbi autem tota obligatio perempta & reus ipſo iure liberatus eſt, iam ſublata actione, nec exceptione opus eſt: Sed ſimplici allegatione, quam Doctor. appellant exceptionem intentionis, aut facti; veluti ſi reus ſe ſoluiſſe, aut debitum accepto ſibi latum dicat: Nam & hæc cum prætor, diuinare, aut iudex non poſſit, alleganda ſunt: ſed prætor tum non dabit actionem, verum ipſe de veritate huius rei cognoſcet, de quo & quid interſit, an reus ipſo iure, an per exceptionem liberetur, dixi ad *Treutl. de modis* quib. tollitur obligatio.

Si metu coactus, &c.] Hæc faciunt, vt initio deficiat vinculum æquitatis. Equidem qui metu adactus aliquid promittit, conſentit, dum eligit minus malum, quod hactenus habet rationem boni, & fit obiectum voluntatis. Sed non poteſt tamen reuera obligatus dici naturaliter, cum non fuerit conſenſus & voluntas libera, & extra vim & verbi cauſa mortis intentationem, nemo hoc vellet.

Stipulanti Titio promiſiſti.] Hoc exemplo vtitur, vt tanto minus poſſit dubitari, quin ipſo iure reus obligatus ſit, quippe ex ſolenni formula verborum. Et quod ad metum attinet, alibi probauimus, conuentiones metu initas ipſo iure eſſe validas. Circa dolum cauſam qui dat contractibus, communiter eſt recepta diſtinctio, inter eas conuentiones, quæ ſunt ſunt ſtricti iuris, & quæ bonæ fidei; quas ipſo iure nullas eſſe vulgo creditur, de qua prolixe egi *diſp. 6. de action.* De errore dubium facere poſſit, quod non vno loco dicitur, nihil magis eſſe contrarium conſenſui quam errorem, negato autem conſenſu, obligationẽ penitus negare eſt neceſſum eſt. Sed nimirum non omnis error eiuſdem & vnius generis; neque omnis ipſam eſſentiam obligationis concernit; quo caſu obligatio & contractus nullus eſt: Ceteroquin ipſo iure ſubſiſtens obligatio per exceptionem eliditur.

Iure ciuili obligatum te eſſe.] Subtilitate iuris, ait ICtus, in *l. ſi quis* 36. *de V. O.* & non obſtante dolo & metu ex ſtipulatione naſci actionem reſcriptum eſt, in *l. pen. C de inut. ſtip.* quia ſi verba conſideramus, in quibus eſt eſſentia ſtipulationis, vtiq; verum eſt alterum ſtipulatum eſſe, alterum promiſiſſe; & quidem naſci actionem efficacem ait hic Iuſtinianus, vel qua in abſtracto quaſi conſideratur, quo ſenſu in *pr. t. t.* ait, iuſtam eſſe actionem, vel quatenus prætor ex huiuſmodi ſtipulatione formulam dat & iudicem: ſed quæ inſpecto fine & exitu oppoſita exceptione fit inefficax, dum propter hanc reus abſoluitur *h. text. & d. l. pen. C. de inutil. ſtip.*

Digitized by Google

Aut in factum.] Exceptio hæc in factum, opponitur hic exceptioni doli, ſcilicet ſpeciali: Ceteroquin generalis exceptio doli ſicut cũ aliis exceptionibus, ita quoque cum hac exceptione concurrit, quia dolo facit, vtique qui ex huiuſmodi ſtipulatione per errorem facta aliquid petit *l. 2. §. & generaliter 5. iunct. l. Iulianus 7. de doli mali except.* Quoniam autem variis modis interuenit error, hinc factum eſt, vt quæ ex hac cauſa competit exceptio, generali nomine exceptio in factũ diceretur; quomodo & actiones quæ certo nomine carent, ſolent dici in factum; veluti quæ dantur ex contractibus innominatis; itemque actiones vtiles, & magis etiam ſubſidiariæ; vt explicatum ad §. *vlt. ſup. ad L. Aquil.* Et rurſus ſicut ob qualitatem perſonæ quæ conuenitur, datur actio in factum, quæ contra alios eſſet de dolo *l. non debet 11. §. 1. de dolo*, ita ex hac cauſa agentibus illis perſonis, non de dolo, ſed in factum exceptio accommodatur *l. 4. §. aduerſus 16. de doli mali except.*

Credendi cauſa ſtipulatus] Solebat enim mutuo ſubiici ſtipulatio de reddenda pecunia *l. ſi ita 6. §. 1. cum l. ſeq. de nouationibus.* Itaque, qui ita promiſit, dum ſperat ſe accepturum pecuniam, ſi eam non acceperit, conuentus defenditur exceptione non numeratæ pecuniæ *h. textu*, cum qua & ipſa concurrit exceptio doli *l. 2. §. circa 3. de doli except.* Ceterum de hac exceptione non numeratæ pecuniæ, ſatis diximus *ſupr. lib. 3. de literar. obligat.*

TEXTVS.

2. Præterea debitor, ſi pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet: quia pacto conuento obligationes nõ omnino diſſoluuntur: qua de cauſa efficax eſt aduerſus eum actio, qua actor intendit, *ſi apparet eum dare oportere.* Sed quia iniquum eſt, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conuenti. Æque ſi debitor creditore deferente iurauerit, nil ſe dare oportere; adhuc obligatus permanet. Sed quia iniquũ eſt, de periurio quæri, defenditur per exceptionem iuriſiurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque neceſſariæ ſunt exceptiones, veluti ſi petitore deferente poſſeſſor iurauerit eam rem ſuam eſſe, & petitor nihilominus eandem rem vindicet: licet enim verum ſit quod intendit, id eſt, rem eius eſſe, iniquum tamen eſt, condemnari poſſeſſorem.

COMMENTARIVS.

1 *An vera ſit & propria exceptio iuriſiurandi.*

DVæ hoc textu proponuntur exceptiones, pacti & iuriſiurandi. Quod ad pactum attinet, diximus ſupra ad §. *vlt. quib. mod. obl. toll.* vbi eſſentia obligationis conſiſtit nudo conſenſu, & adhuc res integra, & v. c. nec pretium ſolutum, nec res tradita eſt, pacto nudo obligationem totam ipſo iure diſſolui. Vbi vero, vel re, vel verbis eſt obligatio contracta, fieri non poteſt, vt obligatio, cum in his terminis res integra eſſe non poſſit; ipſo iure per pactum nudum tollatur; ſiquidem ſaltem prætorio iure pacta ſunt confirmata ad producendam exceptionem: nam nec vbi de obligando agitur vllam ciuilem, ſed tantum naturalem obligationem producunt. Et hoc eſt, nimirum, quod hic ait Iuſtinianus, ſi debitor pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia peteretur, eum nihilominus obligatum manere: quoniam pacto conuento obligationes non omnino diſſoluuntur; Non omnino, ait, quoniam licet actio nihilominus in debitorem

Digitized by Google

detur, tamen oppoſita exceptione abſoluitur; & vulgo traditur, nihil intereſſe effectu, an quis exceptione an ipſo iure ſit liberatus. Itaque ſicut alias, ita & hic prætor dat actionem, verum cum exceptione, de cuius virib. probatione & veritate ex ratione iuris veteris Romani apud iudicem pedaneum diſceptabatur.

Si apparet eum dare oportere.] Formula erat actionis perſonalis, quæ dabatur à prætore ex cauſa obligationum, quæ erant de dando, de quo *ſup. tit. 6. de actionib.*

Si debitor iurauerit.] Recte hæc exceptio,
1 cum exceptione † pacti iungitur; nam & iuramenti delatio & ſuſceptio, quandam conuentionis ſpeciem habent *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolutionib.* Et ait Iuſtinianus & hic quoque, eum qui iurauit, manere obligatum. Sed negat Hottom. ſe iſtud concoquere poſſe, ob textum in *L ait 7. de iureiur.* vbi prætor negat ſe daturum actionem in eum qui iurauit; & igitur non poterit habere locum efficax actio, vt Iuſtin. in §. §. *praced.* circa exceptiones alias dixit, nec poteſt locum habere exceptio, vbi negatur actio. Addit Hottomannus, quod vbi iuratum eſt, amplius non quæratur, an debeatur, vel debitum fuerit, ſed tantum an iuratum ſit. Ex quo ipſe quidem infert, actionem & obligationem priſtinam omnino interiiſſe & concidiſſe. Sed enim cum ipſe ad §. *praced.* notet, vbi ipſo iure ſublata eſt actio, non dici obſtare exceptionem. Vtique paſſim ſub *tit. de iureiur.* tractatur de exceptione iuriſiurandi, & ſupereſſe igitur oportet actionem, quæ repellatur & elidatur per exceptionem. Quod autem obligatio & actio vetus ſuperſit, etiam poſt iuramentum, probatur optime per *l. eum qui 30. in pr. de iureiur.* & confirmaui *diſput. 8. de action.* Neque adeo quidquam ad rem facit, quod alibi dicitur, nihil quæri, niſi an iuratum ſit; hoc enim procedit, vbi creditor iurauit, & actione in factum ex iuramento experitur; & ſatis arguit *d. l. Stichum 95. §. 4. de ſolut.* quod per iuramentum tantum naturalis obligatio tollitur. Et quod eſt in *l. 9. in pr. de iureiur.* denegari actionem, ipſum hoc ſatis arguit, ipſo iure ſupereſſe obligationem & actionem. Et quod adfertur ex *d. l. 7. de iureiur.* prętorem non daturum actionem, pertinet ad effectum rei. Tum etiam hic obſeruandum eſt, quod exceptio iuramenti ſit priuilegiata, & litis finitæ, quæ à iudicij limine remouet actorem, & ad quam probandam, niſi res ſit difficilioris & altioris indaginis, ante litem conteſtatam reus admittitur. Cum enim finiendarum litium gratia ſit introductum iuramentum *l. 1. eo. tit.* non facile danda eſt in debitorem actio, qui ſe iuraſſe contendit; niſi vbi res dubia eſt & obſcura *d. l. 9. in pr. de iureiur.* Et etiam vbi iudicatum eſt, nihil aliud quæritur; nec tamen ob id negatur exceptio iudicati. Et recte itaque ſe habet, quod *hoc §.* tradit Iuſtin. & in pr. de perſonali actione, & *ſub fin.* de reali, quod licet poſſeſſor iurauerit rem ſuam eſſe, tamen ipſo iure adhuc in eum competat actio, quidquid videatur Hottomanno. Nec enim iuramentum modus eſt adquirendi dominij. Et tamen quamuis reuera dominus non fiat, tamen nihilominus ei amiſſa poſſeſſione in petitorem cōtra quem iurauit, propter autoritatem iuramenti in factum actio datur; ſi modo, vt hoc §. proponitur, iurauerit rem ſuam eſſe. Ceteroquin ſi tantum iurauerit, rem non eſſe petitoris, amiſſa poſſeſſione actionem non habet *l. ſed ſi 11. in pr. & §. 1. de iureiur.* Ratio huius exceptionis videtur eſſe à ſpecie ea conuentionis, de qua paulo ante diximus. Et tamen Iuſtinianus, aliam hic innuit, quod iniquum ſit de periurio quæri. Quod tamē paulo inſubtilius dictum videri poſſit; ſiquidem alia eſt quæſtio de exceptione iuriſiurandi: alia an contra exceptionem iuriſiurandi ſit admittenda replicatio de periurio, quam conſtat iure noſtro non admitti regulariter, de quo actum eſt ad §. *Item ſi quis 11. ſupr. de actionib.* An vero alias ſit quæ periurij pœna, alibi tractatur.

TEX-

Digitized by Google

TEXTVS.

3. Item ſi in iudicio tecum actum fuerit, ſiue in rem, ſiue in perſonam, nihilominus obligatio durat, & ideo ipſo iure de eadem re poſtea aduerſus te poteſt agi. Sed debes per exceptionem rei iudicatæ adiuuari. Hæc exempli cauſa retuliſſe ſufficiat; alioqui quam ex multis variiſque cauſis neceſſariæ exceptiones ſint; ex latioribus Digeſtorum, ſeu Pandectarum libris intelligi poteſt.

COMMENTARIVS.

1 *An & quæ obligatio per ſententiam tollatur.*
2 *In quo fundetur exceptio iudicati.*

DEnique hic proponit exceptionem iudicati. Et ait licet iudicatum ſit, manere, & durare nihilominus obligationem; quod ad actionem in perſonam referendum, aut verbum obligationis laxius accipiendum eſt: nam actio in rem ex obligatione non deſcendit. Rectius ſane dixiſſet, actionem durare, quomodo & Theophil. αἱ μὲν ἀγωγαὶ μένουσι. Tractant autem hic & alibi Interpp. an &
1 quæ † obligatio per ſententiam abſolutoriam tollatur. Naturalem non tolli, expreſſum eſt in *l. iulianus* 60. *in princ. de condict. indeb.* Sed nec tolli ciuilem probatur ex *h.* §. quo dicitur adhuc agi poſſe; nec enim ex naturali ſola vnquam actio dari poteſt. Refertur quidem ab Angelo & Porcio ad *tit. ſup. de obligation.* reſponſio Bartol. vel quod propter reliquias ciuilis obligationis adhuc duret actio; vel quod ex naturali ſola poſſit dari actio, ſi ea aliquando coniuncta fuerit cum ciuili, & ſublata etiam cauſa manere effectum, probant exemplo liberorum, qui ſuperſtites manent, etiam ſublatis parentibus. Et quod ciuilis obligatio tollatur, inde confirmant, quod ſententia, quaſi vim Legis habeat, & habeatur pro veritate; ſed enim 2. reſponſio facilis eſt. quod iudex non hoc agat, vt obligationem aliquam tollat, ſed vt quid in veritate ſibi videatur; pronuntiet; itaque reum abſoluit, non vt illum liberet obligatione, ſed quia illum non putat eſſe obligatum; ideoque obligationem, quæ vere ſubeſt non perimit; in quam ſententiam faciunt, quæ latiſſime diſputauimus ad 4. *part. chiliados Fabrilis de errorib. pragmat. decad.* 98. *cap.* 7. *& ſeqq.* Quæ autem aſſeruntur de reliquiis ciuilis obligationis, & de actione competente ex ſola naturali obligatione, manifeſto inepta ſunt. Nam 1. ratio modo allata facit, vt tota ſit integra obligatio 2. reliquiæ non poſſunt ſatis eſſe efficaces ad actionem producendam 3. pugnantia ſunt, tolli obligationem, & tamen eius manere reliquias 4. Inepta comparatio eſt, de liberis poſt parentes mortuos ſuperſtitibus; quoniam illi ſeorſim ſubſtantiam & exiſtentiam habent, & parentes tantum operantur & ſunt cauſæ efficientes in generatione, qua abſoluta, nec amplius cauſæ efficientis locum habent; ſicut nec architectus poſtquam domum fabricauit. Et vero cum Doct. vulgo obligationem ciuilem, patri, naturalem matri conferant, fiet hinc vt ſublata vtraque obligatione poſſit competere actio, quod eſt abſurdiſſimum. Tum porro alia ſubſtantiarum, alia accidentium ratio eſt, quæ ſublata cauſſa ſubſiſtere non poſſunt.

Itaque nec fieri poteſt, vt extincta ciuili obligatione actioni ſit locus; & omnino id toti iuris noſtri rationi repugnat. Hinc apparet quam ſit inepta ſententia, quam multis rationibus defenſari poſſe ait Porcius *d. loco.* quod per ſententiam vtraque obligatio & ciuilis & naturalis tollatur. Et ſunt ea argumenta penitus inepta. Primum eſt quod in iudicio quaſi contrahatur *leg.* 3. §. *idem ſcribit.* 11. *de peculio,* 2. quod iure gentium teneamur obedire ſententijs magiſtratus; atquin ex iure gentium æſtimatur naturalis obligatio 3. quod, qui non appellat videatur conſentire, & per conſenſum tollitur naturalis obligatio 4.

Digitized by Google

quod iuramentum & ſententia à pari procedant, per illud autem tollitur naturalis obligatio.

Reſpondeo ad 1. quod nec verus ſit omnino contractus, cum in inuitum dicetur iudicium; & quod contractus iſte tendat ad obligandum, vt hinc reus condemnatus teneatur noua actione iudicati. In 2. & 3. eſt plane nulla ratio cõnexi. In 4. eſt fallacia à dicto ſecũdum quid &c. & hactenus differt, quod ipſe creditor defert iuramentum, & ita conſentit, vt liberetur debitor, ſi iurauerit, ſe non debere *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolut.*

Fundamentum porro exceptionis iudicati eſt, † quod de eadem re bis iudicium agi-
2 tari non debeat: Ceteroquin numquam finis eſſet litium. Hinc ille apud Terentium Phormio,

At tu qui ſapiens es, magiſtratus adi,
Iudicium de eadem cauſa iterum vt reddant tibi.
Quandoquidem ſolus regnas, & ſoli licet
Hic de eadem cauſa bis iudicium adipiſcier.

De quo & diximus ſup. ad *princ. tit. de vſucap. & praeſcr.* Itaq; oportet vt omnia ſint eadem, eadem res, eadem cauſa, eadem conditio perſonarum: Ceteroquin exceptio non obſtat, vt docet *l. cum quaeritur, cum ll. ſeqq. de except. rei iud.* Itemque oportet, vt res vere ſit in iudicium deducta. Itaque ſi falſus procurator egerit, licet reo abſoluto, domino agente non obſtat hæc exceptio *l. 1. Cod. quibus res iud. non nocet.*

TEXTVS.

4. Quarum quædam ex legibus, vel ex iis, quæ Legis vicem obtinent, vel ex ipſius prætoris iuriſdictione capiunt ſubſtantiam. Appellantur autem aliæ perpetuæ & peremptoriæ: aliæ temporales & dilatoriæ. Perpetuæ & peremptoriæ ſunt, quæ agentibus ſemper obſtant, & rem de qua agitur, ſemper perimunt; qualis eſt exceptio doli mali, & quod metus cauſa factum eſt, & pacti conuenti, cum ita conuenit, ne omnino pecunia peteretur.

COMMENTARIVS.

PRoponuntur hic demum duæ exceptionum diuiſiones: Prior eſt à cauſa efficiente. Hottomannus id quod LL. dicitur, obſcurum eſſe ait, quod Lex, aut valere omnino, aut pro nihilo eſſe iubeat. Mihi nulla hic videtur eſſe conſequentia, & valet omnino, quod etiam exceptione defenditur. Et lex ita vnumquodque inducit, aut confirmat, prout rei natura patitur; quomodo ſententia non eſt habilis, vt perimat obligationem; nec dubitarim, exceptionem rei iudicatæ, eſſe à L. 12. tabb. quam Decemuiri à Græcis acceperint.

Ineptius eſt, quod obiicit, exceptiones omnes pendere à beneficio prætoris. Non enim ita pendent, tamquam ab autore, ſed tamquam ab adminiſtratore iuſtitiæ, qui exceptiones quocunque iure introductas, cauſa cognita, aut dabat addebatque formulæ, aut denegabat. Leges autem rurſus ita hic accipiuntur, vt in *princip. tit. praeced. & alibi paſſim,* ſcilicet pro ſanctionibus ſub libera Republica à populo latis; per ea quæ obtinere legem vicem dicuntur, intelligit Senatuſconſulta & principum conſtitutiones; quæ tamen ſub monarchia omnino reuera Leges erant.

Altera diuiſio eſt ab effectu ſumpta; quod aliæ perimunt rem, & obiectæ faciunt vt amplius agi cum effectu non poſſit; aliæ non perimunt, ſed differunt tantum actionem *l. 3. D. h. tit.*

Videtur autem hic Iuſtinianus, pro iiſdem habere, peremptoriam & perpetuam, dilatoriam & temporalem, ſicut & ICtus in *d. l. 3. de exception.* Et fere plerumque ita ſe habet, ſed non ſemper id ita obtinere, verum quandam temporalem peremptoriam eſſe oſtendemus in §. *ſeq.* Solent autem præter ſingulariter

[ſimili]ter exceptas, fere omnes exceptiones eſſe perpetuæ, licet actio ſit temporalis; quoniam quando quis agere velit, in cuiuſuis arbitrio eſt, ſed non an velit quis excipere; ex quo ſpecialis etiam exceptio doli eſt perpetua, licet actio ſit temporalis; quæ tamen admonitio non magni momenti eſt, ſi actionem tempore ipſo iure finiri putamus; quo caſu fruſtra quæritur de exceptione. Sed accidit nonnunquam, vt vbi eidem & actio & exceptio datur hęc ſit perpetua, licet illa ſit temporalis; vel vti filio exhæredato datur querela intra quinquennium; qui tamen ſi poſſideat contra petentem hæreditatem exceptione; perpetua inofficioſi defendetur *arg. l. 8. §. ſi filius de inoff. teſt.*

TEXTVS.

5. Temporales atq; dilatoriæ ſunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt; qualis eſt pacti conuenti, cum ita conuenerit, ne intra certum tempus ageretur: veluti intra quinquennium. nam finito eo tempore non impeditur actor rem exſequi. Ergo ij quibus intra certum tempus volentibus agere obiicitur exceptio, aut conuenti pacti, aut alia ſimilis differre actionem debet, & poſt tempus agere: ideo enim & exceptiones iſtæ dilatorię appellantur. Alioquin ſi egerint intra tempus, obiectaque ſit exceptio: neq; eo iudicio quidquā conſequebantur, propter exceptionem, neq; poſt tempus olim agere poterāt, cum temere rem in iudicium deducebant, & conſumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem nō ita ſtricte hoc procedere volumus. Sed eum qui ante tempus pactionis, vel obligationis, litem inferre ſit auſus, Zenonianæ conſtitutioni ſubiacere cenſemus, quam ſacratiſſimus Legiſlator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipſe actor ſponte indulſerit, vel quas natura actionis continet, ſi contempſerit, in duplum habeant ij, qui talem iniuriam paſſi ſunt, & poſt finitas eas non aliter litem ſuſcipiant, niſi omnes expenſas litis antea acceperint: vt actores tali pœna perterriti, tempora litium doceantur obſeruare.

COMMENTARIVS.

INprimis de temporalibus exceptionibus obſeruandum eſt, quod dicuntur differre actionem *l. 2. in fin. D. h. t.* & rurſus dicuntur euitari poſſe *l. 3. eod.* quorum prædicatorum minime eadem eſt ſententia, vt apparet exemplo exceptionis ex pacto de non petendo intra certum tempus. Differre dicuntur actionem, dum actioni opponuntur, quomodo obtinet in exceptionibus verbi cauſa procuratoriis; euitari dicuntur exceptiones dum interim non agitur. Exceptiones verbi cauſa procuratoriæ recte & dicuntur euitari, dum non agitur per perſonam inidoneam: &, ſi agatur, differunt tantum actionem, nec faciunt, quominus iterum agi poſſit: adeo hic idem eſt, exceptionem eſſe temporalem, & eſſe dilatoriam.

Sed in exceptione pacti temporalis non eodem modo ſe res habet, iuxta rationem iuris veteris, ſed ea, licet eſſet dilatoria, alio tamen ſenſu peremptoria erat. Et nimirum euitari poterat, dum actor poſt elapſum tempus adiectum moueat actionem, atque ita faciebat pactum, vt interim differretur actio. Quod ſi vero actor intra tempus inſtituiſſet actionem, & reus apud iudicem pedaneum obiecilſet, ſe necdum debere ſoluere, perimebatur actio: quoniam iudex, qui acceperat formulam puram, neceſſario reum abſoluere tenebatur; adeo actor iterum, de re eadem agens, exceptione iudicati repelle-

toribus propter infamiam vel dantis,
vel ipſius procuratoris, opponeban-
tur, cum in iudiciis nullo modo fre-
quentari perſpeximus, conquieſcere
ſancimus, ne dum de his altercatur,
ipſius negotii diſceptatio protelletur.

Commentarivs.

1 *Diſtinctio except. dilatoriarum.*
2 *Miles cur lite conteſtata, vt procurator admitta-tur.*
3 *Quo tempore exceptiones ſint opponendæ.*
4 *Exceptiones priuilegiata & litis finitæ.*
5 *An exceptiones obiici poſſint poſt ſententiam.*

AGamus paulo plenius, & accuratius di-
1 ſtinguamus exceptiones † dilatorias.
Sunt hæ duplices, & ſcilicet concernunt vel
ipſam cauſam principalē, veluti exceptio pa-
cti temporalis, de qua ante actum: vel proceſ-
ſum ſiue conſtitutionem iudicii. Et hæ rur-
ſum reſpiciunt vel perſonam iudicis vel li-
tigantium. Illa in genere poteſt dici, inhabi-
litatis: & rurſus eſt duplex: vel quod quis
non poſſit eſſe iudex ſimpliciter, veluti pu-
pillus, ſeruus &c. quæ eſt abſoluta inhabili-
tas: vel quod in hac cauſa aut in hanc perſo-
nam non poſſit eſſe iudex: & hoc iterum.
Vel quod per ſe non habeat iuriſdictionem
in cauſa vel in perſonam: quæ eſt exceptio,
in ſpecie, incompetentiæ vel ex accidenti,
quod iuriſdictionem quam habet, ex ali-
qua ratione exercere non poteſt: & ea fere
duplici 1. ſuſpicio, verbi cauſa, ſi ipſum ſi-
mul contingat cauſa, vel parti aduerſæ ſit
coniunctus: quæ dicitur exceptio ſuſpecti iu-
dicis. 2. Præuentio: quando ex duobus con-
currentibus iudicibus, alter reum prius in
ius vocauit *l. 7. de iudiciis.* Hæc de exceptio-
nibus, quæ obiiciuntur iudici. Qui in iudi-
cio litigant, ſunt vel ipſi principales, vel pro
iis interuenientes. Illis obſtat exceptio, ver-
bi cauſa, quod idoneam non habeant per-
ſonam ſtandi in iudicio, iuxta *tot. tit. Cod. d. his
qui perſ. legit. &c.* His quæ obiiciuntur exce-
ptiones, fere ſunt & dicuntur procuratoriæ
h. text. & l. 3. D. eod. in fin. Et hæc quoque
duplicis generis faciunt Dd. cum obiicitur
alicui, non eſſe eum procuratorem, qui vi-
delicet nullum mandatum, aut reuocatum
habet, & dicitur procurator falſus, cum quo
agitatum iudicium penitus nullum eſt *l. li-
cet 24. C. de procurat.* 2. Cum obiicitur alicui,
eum, vt maxime mandatum habeat, non poſ-
ſe eſſe procuratorem, cuiuſmodi perſonæ
ſunt, 1. mulier, 2. miles, niſi hic ſit procura-
tor † in rem ſuam *h. textu*, itemque niſi o- 2
miſſa exceptione aduerſarius litem cum mi-
lite procuratore conſtituto, conteſtatus fue-
rit. *l. ita 13. C. de procurat.* quod mirum fortaſ-
ſe alicui videatur, poſſe fieri per diſſimula-
tionem aut ignorantiam partis aduerſæ,
quod nec ſacro reſcripto fieri poſſe hoc textu
affirmatur. Arbitror rationem pendere à
ſubtilitate ciuilis iuris: & quod quis litis do-
minus effici dicitur per litis conteſtationem:
vt iam non amplius alienum, ſed magis pro-
prium negotium tractare & perſequi videa-
tur. 3. huc refertur infamis *d. §. vlt.* vbi ta-
men Iuſtin. hanc exceptionem magis impro-
bare videtur: quem ego ita tamen acceperim,
vt intelligat caſum quo de infamia non li-
quet, ſed ea requirit operoſam probationem:
arg. eius quod rationem hanc reddit, ne ne-
gotium protelletur: adeo ſi notoria ſit infa-
mia, aut quæ incontinenti probari poſſit, ni-
hil mutatum crediderim.

Colophonis loco ad hunc tit. addemus ali-
quid de tempore † quo exceptiones ſunt op- 3
ponendæ. Et quod attinet dilatorias, eas in
principio litis opponendas eſſe dicitur *in l.
vlt. C. de except.* quod licet non vno modo ex-
plicetur, communius tamen receptum eſt
fore, vt principium litis, ſit intelligendum de
litis conteſtatione: quod & hic probat Faber,
& lite olim conteſtata ibant partes ad iudi-
cem: atque ita quoque *l. pen. C. eod. titulo*, quæ
exordii litis meminit, accipienda eſt. Et ratio

 non

non eſt obſcurum, cur iſtæ exceptiones non admittantur, poſt litis conteſtationem, quod ad conſtitutionem iudicii pertineant: adeoque hoc ſemel per litis conteſtationem conſtituto, amplius nequeunt admitti: & litem conteſtando reus his exceptionibus videtur renuntiaſſe: quod & notat *Cuiacius* 18. *obſ.* 34. Ex quo receptum eſt, vt ſi reus competere has exceptiones ſibi probabiliter ignorauit, aut ſi eæ demum poſt litem conteſtatam emerſerunt de nouo, tunc poſt litem quoque conteſtatam, allegari poſſint *VVeſemb. in paratit. hic num.* 10. De exceptionibus peremptoriis olim ita ius erat, vt in bonæ fidei iudiciis, quibus dicebantur ineſſe exceptiones, etiamſi apud prætorem omiſſæ, nec formulæ inſertæ fuiſſent, tamen nihilominus ad ſententiam vſque apud iudicem pedaneum obiici poſſent, vt explicatum eſt ſupra *ad §. actionum Inſtit. de actionib.* In ſtricti autem iuris iudiciis, quibus exceptiones non inerant, & in quibus præciſe iudex erat adſtrictus formulæ, nec extra eam quidquam poterat, neceſſario formulæ exceptionis inſerendæ & addendæ erant: Cæteroquin earum iudex rationem habere non poterat, vtcunque reus poſtea ad earum probationem ſeſe obtuliſſet. Poſtea ſublato illo more iudices dandi, poſtquam ipſi magiſtratus cognoſcebant & iudicabant, quod factum creditur ſub Imp. Diocletiano & & Maximiniano argum. *l. 2. C. de pedan. iudic.* ita cepit obſeruari, vt exceptiones peremptoriæ, probatione earum poſt litem cont. reſeruata conteſtandæ apud magiſtratum initio eſſent, vt argumento ſunt conſtitutiones eorundem *Impp. in l. 2. Cod. ſentent. reſcind. non poſſ. l. 9. Cod. de præſcr. long. temp. l. 8. C. de except.*

Idque initio & tum fuit neceſſitatis, ſed poſtea ſenſim cepit eſſe voluntatis: & ita obſeruari, vt iſtæ exceptiones licet initio non conteſtatæ, vſque ad ſententiam poſſent à Reo proponi: quod & recte Accurſius notat & poſt eum *Dd. in dd. ll. & Zanger. tract. de except. part. 3. cap. 16. nu. 31. & ſeqq. Mynſing. 5. obſ. 89.* Atque ita hodie quoque praxis obſeruat, vt exceptiones hæ poſt litis cont. obiiciantur, aut initio propoſitæ, poſt eam probandæ reiiciantur, exceptis tamen quibuſdam † exceptionibus ſpecialibus, quas Dd. 4
priuilegiatas appellant: & quæ ante litem cont. hoc effectu obiiciuntur, vt non remittantur poſt litis conteſtationem, ſed, ſi modo non ſint nimium dubiæ & altioris aliquanto indaginis, ad probationem earum ſtatim admittatur reus, & ita hæ exceptiones obiectæ, litis impediant ingreſſum, vnde litis finitæ quoque appellantur. Earum plerique tres ſtatuunt, iuriſiurandi, rei iudicatæ & tranſactionis, quoniam hæc principaliter tendunt ad finiendas lites, & ea gratia ſpecialiter ſunt introducta & confirmata *l. 1. de re iud. l. 1. de iureiur. l. 10. C. de tranſact. facit l. poſt rem 56. de re iudic.* vt proinde iniquum ſit, eum qui aliqua harum exceptione munitus eſt, denuo cogi ſuſcipere iudicium: addunt aliqui quartam, præſcriptionis. *Sichard. in l. 19. C. de probationib.* & de hac re agunt etiam *Dd. in l. ait prætor. 7. & in l. 9. in pr. de iureiur. Zanger. de except. p. 3. cap. 17 in fin. & c. 18 n. 3.* Imo ſcribit *Caſtrenſ. in d. l. 7.* omnes exceptiones fieri tales, & ſtatim etiam ante litem cont. audiri reum ſi eas in continenti probare poſſit. Quid autem, an etiam poſt † ſententiam 5
locus eſt exceptionibus? Quod regulariter negandum eſt per *l. 2. C. ſent. reſcin. non poſſ.* & per rationem, quod ſententia imponit finem liti *l. 1. de re iudic.* nec poſt eam amplius diſputare licet, cum pro veritate habeatur, nec iam amplius quæratur, an verbi cauſa pecunia debeatur vel debita fuerit, ſed hoc tantum, an iudicatum ſit *d. l. poſt rem 56. de re iud.* Ex quo ipſo apparet procedere hoc ſi ſententia valida ſit. Et hinc duæ limitationes Dd firmantur 1. Quod poſt ſententiam admittatur exceptio nullitatis. 2. Exceptio reſtitutionis: quoniam illo caſu ſententia eſt nulla & perinde habetur ac ſi non eſſet iudicatum: adeo nec proprie loquendo iſta ſit

limi-

limitatio: hoc autem caſu ſententia valida non manet, ſed reſcinditur. Et huc faciunt *l. licet 24. Cod. de procurat. l. 4. §. condemnatum de reiudicata l. 33. eod.* Ex eodem fundamento, confirmatur limitatio Doctorum alia, quod audiantur poſt ſententiam exceptiones, quæ eam non impugnant, nec impediunt, quominus executioni mandari poſſit: cuiuſmodi eſt exceptio competentiæ, ne quis exigatur vltra quam facere poteſt *l. item 18. l. Neſennius 41. in fin. de reiudic.* Item exceptio cedendarum actionum *l. ſi fideiuſſ. 41. §. 1. de fideiuſſor.* Item exceptio non facti implementi, veluti non ſoluti pretii, de qua re *Salicetus & alii Dd. in l. 1. C. de iur. & fact. ign. Zang. de except. part. 3. cap. 26. n. 88. Gail. 2. obſ. 17.* Propria autem limitatio eſt in quibuſdam priuilegiatis exceptionibus, veluti Senatuſconſulti Macedoniani & Velleiani: quibus locus datur etiam poſt ſententiam *l. 11. ad Macedon.*

AD TITVLVM XIV.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE REPLICATIONIBUS.

TEXTVS.

Interdum euenit, vt quæ prima facie iuſta videtur exceptio, tamen inique noceat: quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adiuuandi actoris gratia: quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur, atque reſoluitur ius exceptionis: veluti cum pactus eſt aliquis cum debitore ſuo, ne ab eo pecuniam petat, deinde poſtea in contrarium pacti ſunt, id eſt, vt creditori petere liceat, ſi creditor agat, & excipiat debitor, vt ita demum condemnetur, ſi non conuenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: conuenit enim ita: namque nihilominus hoc verum manet, licet poſtea in contrarium pacti ſint: ſed quia iniquum eſt, creditorem excludi, dabitur ei replicatio ex poſteriori pacto conuento. Rurſus interdum euenit, vt replicatio, quæ prima facie iuſta eſt, inique noceat: quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adiuuandi rei gratia, quæ duplicatio vocatur. Et ſi rurſus ea prima facie iuſta videatur, ſed propter aliquam cauſſam actori inique noceat, rurſus alia allegatione opus eſt, qua adiuuetur actor, quæ dicitur Triplicatio. Quarum omnium exceptionem vſum interdum vlterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit: quas omnes apertius ex Digeſtorum latiore volumine facile eſt cognoſcere.

COMMENTARIVS.

1 *Replicationes quomodo conceptæ.*
2 *Ad* l. 27. §. 2. de pact. & l. 95. §. 4. de ſolution.
3 *Ad* l. 7. §. 1. de curat. fur. *quomodo reus vtatur triplicatione.*

EXceptio, actionis; replicatio, exceptionis eſt excluſio: *l. 2. §. 1. de except.* cuius conditionem & neceſſitatem, ſatis prolixe & perſpicue explicat Iuſtinianus: quod ſcil. per replicationes ſuccurratur actorib. vnde Impp. *in l. non 10. C. de except.* quod actores ſuam intentionem muniant replicationibus non exceptionibus: ſcilicet verbo hoc accepto in ſpecie: Cæteroquin appellatione generali exceptionum veniunt & replicationes, vt ſcribit

ſcribit *Vlp. in l. 2. §. 1. de except.* & hoc loco & *in fin. huius textus* Iuſtinianus docet, illis verbis, *quarum omnium exceptionem.* Porro quod attinet ad formam, ſicuti exceptiones negatiue, vt *tit. prae.* diximus, ita hæ replicatio-
1 nes † affirmatiue concipi ſolebant in formula, vt colligitur ex *l. conſilio 7. §. 1. de curat. furios. & l. itaque 48. de procurat.* Itaque in ſpecie propoſita *in pr. h. t.* vbi poſt pactum de non petendo, rurſus de petendo creditor pactus erat, ita formulam dabat prætor. *Si apparet Titium Meuio centum dare oportere, niſi pactus, aut ſi contra pactus eſt Meuius, iudex condemna:* nam non obſtante pacto contrario, exceptioni tamen locum fuiſſe, (quæ adeo per replicationem elidenda erat) perſpicue ait Iuſtin. dum ait, quantumuis pacti ſint in contrarium de petendo, tamen verum eſſe nihilominus, quod antea de non petendo fuerint pacti: idque
2 eſt quod tradit Iuriſconſ. *Paulus* † *in l. ſi vnus 27. §. pactus 2. de pact.* quod non vt tollitur ſtipulatio per ſtipulationem, quæ ſcilicet nouandi gratia interpoſita eſt, & nimirum tollitur ipſo iure; ita & pactum alio pacto tollatur ipſo iure: quod ſcil. pacta ſint facti: ideoque opus eſſe, vt obiecta exceptio pacti elidatur alterius pacti replicatione. Vbi tamen vulgo ſolet opponi, quod ſcriptum *eſt in l. Stichum 95. §. naturalis 4. de ſolut.* obligationem naturalem per pactum ipſo iure tolli. Et igitur 1. videtur poſterius pactum hoc operari, vt nulla primi amplius habeatur ratio, adeoque nec locus eſſe exceptioni.

Deinde ſi per iſtud pactum de non petendo, ipſo iure ſublata eſt obligatio naturalis, non videtur hæc per pactum ſecundum de petendo poſſe reſtitui. Quoniam paulo eſt alienius ab hac commentatione, de apicibus iuris diſſerere, breuiter ſolum dico: quod obligatio, quæ naſcitur ex obligatione iuris gentium, & quæ eadem iure ciuili approbata eſt, dicatur eſſe mixta, ſcilicet naturalis & ciuilis ſimul, docendi gratia, & reuera etiam talis eſt: ſed quod tamen propter vnionem illam reuera ſit tantum vnica obligatio: ita vt verbi cauſa, per pactum de non petendo, eiuſmodi obligatio non poſſit ſimpliciter dici non eſſe amplius naturalis: cum & ſimpliciter *in tit. prae.* dixerit Iuſtin. his & ſimilibus caſibus reum obligatum, & actionem efficacem manere: ſed quæ propter pactum elidatur. Tum etiam cum hoc facti ſit, aliquem pactum eſſe, non poteſt per contrarium pactum effici, quo minus initio aliter pactum ſit: & proinde in conſtituendo iudicio apud prætorem, hęc ſingula vti facta ſunt, formulæ ſunt inſerenda. Sed de his agitur alibi prolixius. Ita ſe res habet circa replicationem, quæ actori indulgetur: quæ porro ſi iniqua ſit, per duplicationem Rei, & hæc vlterius per triplicationem actoris eliditur, *vt in fin.* huius textus docet † Iuſtinianus: Vbi ſcru- 3
pulum mouet, quod cum triplicationem actori tribuat Iuſtinianus, tamen *in l. conſilio 7.* † *§. 1. de curat. fur.* reus & poſſeſſor dicitur vti triplicatione. Res non eſt explicatu difficilis. Nimirum aut ſumimus perſonas actoris & rei ſeparatim, aut coniunctim. Illo ſenſu loquitur hic Iuſtinianus. Nam prima eſt actio quam intendit & proponit actor, ſecunda eiuſdem allegatio contra exceptionem rei eſt replicatio, & hinc contra duplicationem rei, eiuſdem actoris tertia allegatio triplicatio vocatur. Coniunctim vero iſta accepit Iuriſconſultus *in d. l. 7. §. 1. de curat. fur.* Nam 1. obiectio inſtituta actione, eſt exceptio Rei: porro ſequitur replicatio actoris: & tertia allegatio Rei, quæ hoc ſenſu dicitur triplicatio, quæ eadem hoc reſpectu, ſi coniungatur actio, quod triplicatio poſſit & debeat appellari.

TEXTVS.

1. Exceptiones autem quibus debitor defenditur, plerumque etiam fideiiuſſoribus accommodari ſolent, & recte: quia quod ab iis petitur, ab ipſo debitore peti videtur: quia mandati iudicio

Digitized by Google

iudicio redditurus eſt eis, quod ii pro eo ſoluerint. Qua ratione etſi de non petenda pecunia pactus cum Reo quis fuerit, placuit perinde ſuccurrendum eſſe, per exceptionem pacti conuenti illis quoque, qui pro eo obligati ſunt, ac ſi etiam cum ipſis pactus eſſet, ne ab eis ea pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non ſolent his accommodari. Ecce enim debitor ſi bonis ſuis ceſſerit, & cum eo experiatur creditor, defenditur per exceptionem, ſi bonis ceſſerit. Sed hæc exceptio fideiuſſoribus non datur: ideo ſcilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime proſpicit, vt cum facultatibus lapſus fuerit debitor, poſſit ab iis qui pro eo obligati ſunt, ſuum conſequi.

Commentarivs.

1 *Exceptionum diuiſio, in rem & in perſonam.*
2 *Exceptio & pactum in perſonam an proſit fideiuſſori. & n. 6.*
3 *Ad* l. 22. de pactis.
4 *Exceptiones in perſonam.*
5 *Defenſor vtitur exceptionibus rei principalis.*
7 *Exceptiones mixtæ.*

DVas exceptionum diuiſiones *tit. præced.* propoſuit Iuſtin. alteram à cauſa efficiente, quod ſint vel ciuiles vel prætoriæ §. *quarum* 7. *eo tit.* alteram ab effectu, quod vel differant vel perimant actionem §. *appellantur* 8. *cum* §§. *ſeqq. ibid.* hic proponitur tertia di-
1 uiſio, quod aut ſint in rem † aut in perſonam *l. exceptiones* 7. §. 1. *h. t.* vt videatur hic tit. non ſeparandus, ſed cum *præced.* eſſe coniungendus: cæteroquin *tit. præced. hic* 8. potius fuiſſet collocandus: quod tamen hinc Acc. excuſat, quod etiam replicationes generali appellatione exceptionum contineantur, vt notauimus ad *text. præced.*

Eodem modo autem diſtinguuntur exceptiones in rem & in perſonam, ſicut pacta alia in rem, alia in perſonam perhibentur. Sunt enim in rem exceptiones, quæ perſonam debitoris egrediuntur, & competunt aliis perſonis etiam, veluti hæredibus, itemque fideiuſſoribus, (de his enim tantum quæri poteſt) nam ita quoque pacta in rem dicuntur, quæ etiam hæredibus non ſoli paciſcenti proſunt. *l. tale pactum* 40. *in princip. de pactis.* Et in dubio conſtat pacta in rem eſſe per *l. ſi pactum* 9. *de probat.* maxime vt hæredibus proſint *dict. leg.* 9. Cæteroquin ita paciſci quem poſſe, vt hæredibus inde exceptio non naſcatur, itidem conſtat. Proſunt porro hæ exceptiones etiam † fideiuſſoribus, 2
h. §. *& d. l.* 7. veluti doli, metus, rei iudicatæ, &c. idque exemplo pacti de non petendo hic illuſtrat Iuſtin. & *in pr.* §. oſtendit hoc receptum fauore ipſius debitoris: quoniam ſi non prodeſſent fideiuſſori hæ exceptiones, ſed ille poſſet condemnari, iis non obſtantibus, effectu nec ipſi reo prodeſſent: ſiquidem fideiuſſor exactus, quod ſoluit actione mandati repeteret à debitore *h.* §. *in princ.* & §. *ſi quid* 6. *ſup. de fideiuſſorib.* Sed quid ſi debitor, verbi cauſa in perſonam pactus ſit, vt ne à ſe tantum petatur, an tum exceptio fideiuſſori negabitur? Affirmatiuam partem tum confirmat ratio, quod non egrediuntur perſonam paciſcentium eiuſmodi pacta, & nec poſſunt: tum etiam textus expreſſus *in l. niſi* 22. *de pactis.* Sed contra dupliciter & non leuiter occurritur, tum ex veteri tum ex nouo iure. Et ex illo, quod competit conuento fideiuſſori exceptio actionum cedendarum, atquin qui de non petendo pactus eſt, actionem vtique quæ ſit efficax & vtilis cedere non poteſt. Et igitur nec poterit exigere fideiuſſorem, qui actionem cedere efficacem ei non poteſt. Sed magis occurritur ex iure nouo, quo conſtitutum eſt, vt ne fideiuſſor conueniri poſſit, niſi principali prius excuſſo. *auth. præſente Cod. de fideiuſſoribus.* idque

Digitized by Google

tentiam in puncto executionis recte obiici diximus *tit. praced.* & egimus de hac exceptione *ſub fin. tit. de action. ſupra*: Eſt de iſta perſonalitate textus *in l. etſi 24. cum l. ſeq. de re iudic.* Hoc tantum monendum, non dari hanc exceptionem fideiuſſori, ſi ipſe qua talis nomine proprio conueniatur: quod ſi rei conuen-
5 ti defenſionem ſuſceperit, ſane † hac exceptione vtitur *l. alia 14. in princ. ſolut. matr.* nec enim defenſor, qui Rei principalis vicem ſubit, in plus quam ipſe Reus tenetur. Igitur ſi reus fideiuſſoris conuenti ſuſceperit defenſionem, exceptionibus vtetur, quæ ſoli Reo competebant. Plus dicit hic *Iohan. Faber* quod reus ſuſcipiens defenſionem fideiuſſoris, vtatur exceptionibus, quæ ipſi Reo ſoli, non itidem competebant fideiuſſori: quod merito ait eſſe mirabile, vt reus principalis defendendo fideiuſſorem, poſſit vti ex perſona ſua exceptione, quæ non competit fideiuſſori, cuius tamen perſonam repræſentat: Id tamen verum eſſe probat *ex l. idemque 10. §. pen. Mandati.* Vbi dicitur, fideiuſſorem, ſi ſciens omiſit exceptionem, qua reus vti potuit, (ſcilicet ſolus, nam alias non eſſet ratio dubitandi) non habiturum actionem mandati, ſi modo habuerit facultatem conueniendi Rei (ſcilicet ei denuntiandi) & deſiderandi, vt ipſe potius ſuſciperet iudicium vel ſuo, vel procuratorio nomine: Ergo & hoc modo poterit exceptionem allegare reus. Sed obiicitur, quod ex perſona defenſoris non debet deterior fieri conditio actoris: tum etiam obſtat *l. venditor 49. in princip. de iudiciis & hic quoque locus.* An enim permittimus fideiuſſori conuento, vt denuntiet reo principali, & vt poſſit hic ſuſcipiendo iudicium, obiicere exceptionem ceſſionis bonorum? Id quidem directo impugnaret hunc textum, & ita eluderetur creditor, qui dum metuit ne debitor labatur bonis, accepit fideiuſſorem. Non ſufficit diſtinctio Fabri, inter exceptiones declinatorias fori & alias. Ego arbitror rectiſſime ita diſtingui, quod aut exceptionem perſonalem ſibi debitor ſoli quæſiuit ex conuentione & pacto inito cum creditore, & ita ex creditoris facto, aut citra factum creditoris ex iure ſpecialis aliqua exceptio competit debitori. Et circa hanc falſum eſſe omnino dico, quod reus ſuſcipere iudicium pro fideiuſſore, & ea exceptione vti poſſit: ſed in priori ſpecie exceptionis admitto: nec enim patitur iniuriam creditor, qui exceptione quæ ex facto ipſius prouenit, repellitur.

Et hinc non ineleganter puto extricari, quod ad *pr. huius textus* diſputaui, circa exceptionem †, ex pacto perſonali, *ne à ſolo Reo* 6
petatur. Dico enim in his terminis debere fideiuſſorem denuntiare Reo, vt pro ſe ſuſcipiat iudicium: atque ita poterit vti exceptione illa pacti debitor ipſe: quod tamen fateor non ſat commode dici, poſtquam ex N. 4. exceptio ordinis data eſt fideiuſſori: cuius vigore ſoluere aut ſuſcipere iudicium ante reum principalem non tenetur: ſed nimis forte de hac re multa.

Duæ hæ ſpecies exceptionum ſunt in duobus extremis. Aliæ ſoli plane Reo competunt, & nec hæredibus quidem. Aliæ præter hæredes etiam fideiuſſoribus competunt, fauore ipſius Rei, vt ante explicauimus: quo pertinet regula *l. & heredi 21. in fin. de pact.* exceptionem pacti prodeſſe omnibus, quibus vt proſit, intereſt paciſcentis. Videntur poſſe dari exceptiones mixtæ, † quæ hæredibus 7
proſunt, non fideiuſſoribus: cuiuſmodi eſt exceptio læſionis ex cauſa ætatis, quæ parit petitionem reſtitutionis: hæc enim datur hæredibus, non etiam fideiuſſoribus. *l. 6. de reſtit. in integr. l. 1. & 2. C. de fideiuſſ. min. l. exceptiones 7. in fin. de except.* Qua de re pluribus non eſt hic agendi locus.

AD TITVLVM XV.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE INTERDICTIS.

TEXTVS.

Sequitur vt diſpiciamus de Interdictis, ſeu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta, formulæ atque conceptiones verborum, quibus prætor aut iubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat: quod tum maxime fiebat, cum de poſſeſſione inter aliquos contendebatur.

COMMENTARIVS.

1 *Cur Interdicta fere tantum ſuper cauſa poſſeſſionis.*
2 *Modus procedendi & forma.*
3 *Interdicta an extraordinariæ actiones.*

IAm ſupra monuimus, rectius poſt *tit. de Actionibus,* hunc tit. fuiſſe ſubiectum: maxime poſtquam ſublato veteri Interdicendi more, recta actiones in factum proponuntur: ſed & olim frequenter ex cauſa Interdictorum actiones datas fuiſſe conſtat: & omnino imploratio quoque officii prætoris, actionis inſtar eſt *l. actionis 37. Obl. & Act.* vbi & interdictorum fit mentio, ſed rem ipſam videamus. Et inprimis quomodo olim quiſque ex Interdicto ius ſuum perſequebatur, aliqua explicandum eſt. Et ait Iuſtinianus interdicta fuiſſe formulas & conceptiones verborum, quibus prætor tum maxime vſus fuerit, quoties de poſſeſſione inter aliquos contendebatur. Ait, *maxime*, nam quædam interdicta ingreditur cauſa proprietatis *l. 2. §. quædam l. 1. §. vlt. de aq. quot. & æſt. l. 3. §. 12. & 13. de itin. actuque priu.* At cur de cauſa poſſeſſionis fere tantum † interdicta 1
propoſita à prætore fuerunt? ſane pleraque interdicta ſunt propoſita ſuper cauſis publicis, & eiuſmodi rebus quarum non proprietas ſed vſus & poſſeſſio quædam eſſe poteſt. Tum porro quædam ſunt facta iniuſta, vt poſſeſſionum inuaſiones, clandeſtinæ & violentæ extructiones, & quædam alia eius generis, quæ ſtatim reformari voluit prætor, non prolixe de iure vtriuſque litigantis diſputari. Itaque de huiuſmodi cauſis interdicta propoſuit prætor, quorum hæc † ratio & hic ordo & proceſſus erat, vt quis 2
protinus officium prætoris nobile imploraret, & ſecundum hoc prætor vocato altero interdiceret, & certa ſcilicet formula verborum aliquid iuberet vel fieri prohiberet: hoc enim ante omnia præcedere oportebat: Quod ſi iuſſus non pareret interdicto, tum duplex ratio porro erat, vt vel implorante rurſum altero, prætor pro imperio ſuo manu quoque miniſtrorum contra contumacem iuſſum ſuum exſequeretur: aut ciuilius ex cauſa interdicti actionem ordinariam daret. Huc refero quod eſt *in l. 1. §. 4. verſ. reſtituendæ* (ita enim rectius legitur) *vti poſſid.* reſtituendæ poſſeſſionis ordinem aut interdicto expediri aut per actionem, & apertius *in l. 1. §. 2. ſi mul. ventr. nom. & in l. 3. in pr. ne vis fiat ei &c.* Et huc reſpiciunt *Impp. in l. vlt. C. h. t.* dum mutato iure veteri diſponunt, vt ſi quis interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus inter ipſa cognitionum auſpicia, actionem exprimat: cum olim non protinus actio proponeretur aut peteretur, ſed primum interdictum flagitaretur: vt nimirum prætor ſolenniter certis quibuſdam verbis interdiceret: Et proprie ita dicebatur quis vti interdicto, & tum cum recta interdictum proſequens imperio prætoris in poſſeſſionem, verbi cauſa, reſtituiſſe poſtulabat. Sed cum frequenter

contra

Digitized by Google

contra non parentem actio daretur, ex qua niſi paruiſſet interdicto Reus, fere ad intereſſe condemnabatur, euenit, vt etiam, qui huiuſmodi actionem petiſſet, interdicto vti (quia ex cauſa interdicti actio dabatur) diceretur, vt apparet ex *d. l. 3. in princ. ne vis fiat, &c.* quin & per translationem, qui interdictum petebant & agebant, interdicere ipſi dicti fuerunt, vt in *leg. 6. ne quid in loco publ. l. 3. §. 5. vti poſſ. dict. leg. 1. §. 22. de aqua quot. l. 3. §. 4. quod vi aut clam.* vt interdicere iis locis nihil aliud ſit, quam interdicto certare & contendere.

Sublato igitur iam olim iure veteri & more priſco interdicendi, & recepto conſtitutoque, vt recta introducerentur actiones *dict. leg. vltim. Codic. h. t.* non immerito in Pand. ita rubricam concepit Tribonianus, *de Interdictis, ſiue extraordinariis actionibus, &c.* Atquin

3 † cur appellat extraordinarias, cum vtique actiones, quæ ex cauſa Interdictorum dabantur, ordinariæ eſſent, quia ad iudicem pedaneum cum formula ibatur; docetque id *dict. lex 1. §. 2. ſi mulier ventr. nom.* vbi ita dicitur remiſſio fieri ad ius ordinarium. An dicitur ordinarium, reſpectu proceſſus executiui, cum imperio ſuo manu miniſtrorum prætor exequebatur negotium; & fortaſſis fuit aliquid ſingulare & diuerſum ab aliis iudiciis, in actionibus, quas dabat prætor ex cauſſa interdicti. An appellationem communem tum temporis his actionibus tribuere voluit Tribonianus; ſiquidem ſublata veteri ratione dandorum iudicum, omnes actiones appellatæ ſunt extraordinariæ, poſtquam ipſi magiſtratus cognoſcere, & iudicare ceperunt & neceſſe habuerunt, quod cum olim facerent, extra ordinem cauſa tractari dicebatur; & quæ prætoriæ, eadem extraordinariæ cognitionis erant, *fac. t. t. de var. & extraord. cogn.* & iuxta hanc ſententiam *Tribonian. in §. vltim. h. t.* hodie omnia iudicia ſcribit eſſe extraordinaria; quamuis ambigue, & imo poſtquam ordinarium eſſe cepit, vt magiſtratus iudicarent cauſas ceſſante veteri ratione appellationis, non recte amplius iudicia, quæ magiſtratus ipſi exercent, extraordinaria vocari aut poſſunt, aut debent. Licet autem ex his, quæ paulo ante diximus intelligere, errare Theophilum, qui interdictum definit, quod ſit enuntiatum prætoris inter duos, non decidens cauſam, ſed iudicem, quo modo iudicandum ſit, informans. Plane enim falſum eſt, quod ſtatim iudicem dederit prætor, ſed vt recte hic Iuſtin. primũ citra vllum iudicem datum, decernebat & iubebat aliquid fieri; quod, aut exequebatur directo, aut poſt iudicem dabat, vbi qui interdictum impetrarat, de contumacia aduerſarij conqueſtus erat.

TEXTVS.

1. Summa autem diuiſio interdictorum hæc eſt: quod, aut prohibitoria ſunt, aut reſtitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria ſunt, quibus prætor vetat aliquid fieri: veluti vim, ſine vitio poſſidenti, vel mortuum inferenti, quo ei ius erat inferendi: vel in ſacro loco ædificari, vel in flumine publico ripaue eius aliquid fieri, quo peius nauigetur. Reſtitutoria ſunt, quibus iubet reſtitui aliquid: veluti bonorum poſſeſſori poſſeſſionem eorum, quæ quis pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſidet ex ea hæreditate: aut cum iubet, ei qui de poſſeſſione fundi vi deiectus ſit, reſtitui poſſeſſionem. Exhibitoria ſunt, per quæ iubet exhiberi: veluti eum cuius de libertate agitur: aut libertum, cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in poteſtate eius ſunt. Sunt tamen, qui putent, proprie interdicta ea vocari, quę prohibitoria ſunt: quia interdicere ſit denuntiare & prohibere, reſtitutoria autem & exhibitoria, proprie decreta vocari. Sed tamen

SSS 3 men

Digitized by Google

men obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

COMMENTARIVS.

1 *Interdictum vnde dictum.*

PRima hæc proponitur Interdictorum diuiſio: cui addendum eſt ex *l.1.§.1.h.t.* quod quædam ſint mixta, prohibitoria & exhibitoria ſimul. Parum autem refert, an diſtinctionem facias trimembrem, cum Iuſtiniano, vt res ſit apertior, an bimembrem; quod prætor interdictis, aut prohibeat aliquid fieri, aut iubeat fieri, ſub quod membrum, & reſtitutoria & exhibitoria referri poſſunt.

Vim ſine vitio poſſidenti.] Imo vero & qui vitioſe poſſidet, deiectus interdictum habet, vt docet *§.recuperandæ 6. inf.h.t.l.3.§. cum 9. de vi arm. l.2.vti poſſid.* Non male reſpondet Faber, ideo hoc dictum, quod ſine vitio poſſidens, indiſtincte habeat interdictum, ſed in eo qui vitioſe poſſedit, diſtinguatur, veluti an deiectus ſit ex interuallo an incontinenti *d.l.3. §. 6.* & in Interd. vti poſſidetis, an poſſideat ab aduerſario iniuſte an ab alio *§.retinendæ 4.verſ. nam vti inf h.t.* Sed & iure veteri intereſſe notant, an quis cum armis an ſine armis fuiſſet deiectus.

Veluti bonorum poſſeſſori.] Hoc Interdictum eſt itidem adipiſcendæ poſſeſſionis, de quo in §.3.

Aut cum iubet ei.] Hoc eſt recuperandæ, de quo in §.6.

Exhibitoria ſunt.] Differentia inter hæc interdicta, & actionem ad exhibendum principalis eſt; quod illa tãtum ad cauſam poſſeſſionis pertinent, ſed hæc iis fere datur, qui de ꝓprietate ſunt litigaturi *l.1.ad exhibend.* Quin interdicta exhibitoria aliquando dantur ad extorquendam tantum ab altero iniuſtam poſſeſſionem rerum, quarũ aut non vera, aut etiam nulla poſſeſſio eſt, veluti quæ pro liberis noſtris exhibendis, aut homine libero exhibendo competunt. Alia differentia quam addit Hottoman. quod actio ad exhib. detur ob priuatum intereſſe, quominus generalis ſit, facit Interdictum *de tabul. exhib.*

Proprie interdicta vocari.] Notiſſima eſt hæc ſignificatio verbi *Interdicere:* nec diſſimile vero eſt, id nomen initio de his † tantum Interdictis vſurpatum, quibus prætor aliquid fieri curabat; poſt autem ad cetera quoque productum; vt ipſe Iuſtinianus hic autor eſt. 1

Et vix placet coniectura Hottoman. quod particula INTER hic ſit adauctiua, & adeo Interdictum ſignificet prætoris decretũ imperioſum; quo ſenſu vix eſt, imo non eſt vt vſpiam hoc verbum vſurpatum reperiatur; Nec mouet quod in *l.1.vt in flum.publ.* legitur, *vt per lacum, &c. nauigare liceat, interdicam.* hoc enim ex illa, quam modo dixi, verbi productione & quaſi abuſione procedit. Illa autem alluſio eſt, quod interdicta appellata ſint, quaſi Interim dicta; quamuis naturæ rei non male conueniat; quoniam per interdicta tota controuerſia non deciditur; ſed tantum cauſſa poſſeſſionis, poſt quam ſupereſt expedienda quæſtio principalis de proprietate *leg. 2. in fin. Codic. vbi in rem actio l. ordinarij 13. Cod. de rei vindicatione l.3.C.h.t. iuncta leg. ſi qui de rei vindicatione.* Et hoc reſpectu *Iſid.lib. 5. cap. 25.* Interdictum definit, quod à iudice non in perpetuum, ſed pro reformando momento ad tempus interim dicitur, ſalua propoſitione actionis eius. Et hinc *tit. Cod. ſi de moment. poſſeſ.* Ineptior videtur eſſe notatio, quæ in fin. *h. text.* adfertur, quod interdicta ſint appellata, quia inter duos dicantur: neque enim illius *duos* vllum veſtigium in hoc verbo apparet; licet parum obſtet obiectio Hottomanni. Quod etiam plures quam duo poſſint litigare. Etenim non tam debent intelligi duo homines, quam duæ partes inter ſe aduerſæ, quæ in iudicio regulariter contendere ſolent. Et plures verbi cauſa actiones vnius vicem ſuſtinent. Ant. Contius alio iſtud refert, quod Interdictorum cauſa apud prætorem ſolũ expediatur, ſine iudice pedaneo. Sed ſane iudicium & controuerſia tantum inter litigantes tractatur, non cum iudice. Neque

que tamen Hottom. emendatio ferri poteſt, cum eandem & ſcilicet vulgatam lectionem Theophilus quoque, & omnia exemplaria conſtanter habeant.

TEXTVS.

2. Sequens Interdictorum diuiſio eſt hæc; quod quædam adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ. Adipiſcēdæ poſſeſſionis cauſa interdictum accommodatur bonorum poſſeſſori; quod appellatur *Quorum bonorum*, ciuſq; vis & poteſtas hæc eſt: vt quod ex iis bonis quiſque, quorum poſſeſſio data eſt alicui, pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſideat, id ei cui bonorum poſſeſſio data eſt, reſtituere debeat. Pro hærede autem videtur poſſidere, qui putat ſe eſſe hæredem. Pro poſſeſſore is poſſidet, qui nullo iure rem hæreditariam, vel etiā totam hæreditatem, ſciens ad ſe non pertinere, poſſidet. Ideo autem adipiſcendæ poſſeſſionis vocatur Interdictum, quia ei tantum vtile eſt, qui nūc primum conatur adipiſci poſſeſſionem. Itaque ſi quis adeptus poſſeſſionem amiſerit eam, hoc Interdictum ei inutile eſt. Interdictum quoque quod appellatur Saluianum adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparatum eſt, eoque vtitur dominus fundi, de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet.

COMMENTARIVS.

HÆc eſt altera Interdictorum diuiſio, ſed ſane longe anguſtior priori, & quæ minime exhaurit totum diuiſum, adeo vt ad ea tantum interdicta, quibus ea quæ ad patrimonium noſtrum pertinent, perſequimur pertinere videatur, & omnino ad rem familiarem, *l. 2. §. 3. h. t.* eoque non primam diuiſionem, ſed ſubdiuiſionem hanc eſſe recte Interpp. notant. Recta autem eſt membrorum collocatio h. §. prius enim eſt, vt aliquid adquiramus, tum vt adquiſitum defendamus, & amiſſum recuperare ſatagamus; quo etiam facit *l. vlt. d. LL.* Hoc textu proponuntur duæ ſpecies, aut exempla interdicti, adipiſcendæ. Alterum Quorum bonorum, alterum Saluianum. De illo tractatur, cui & contra quem detur.

Et datur ei, cui bonorum poſſeſſio à prætore data eſt, prout ſc. vſurpatur *t. t. de bon. p. ff.* quæ in iure conſiſtit non in facto, & per quā quis non conſequitur poſſeſſionem corporalem & actualem, (alias non opus eſſet interdicto) ſed conſequitur ius perſequendi ea quæ fuerunt defuncti *l. 3. de bon. poſſ.* vno verbo, cōpetit hæredi prætorio. Et nimirum directo: nam vtiliter hoc remedium adcommodari & iis, qui iure ciuili hæredes ſunt, communiter placuit, *arg. l. 1. C. quor. bon.* Datur contra eum, qui poſſidet pro hærede, vel pro poſſeſſore, quod quale ſit, & qui nam ita poſſidere dicantur, hoc ipſo loco explicatur & in *l. pro hærede 11. cum ll. ſeqq. de petit. hæred.* Idque ideo monetur, vt intelligamus contra eum, qui titulo ſingulari v. c. ex emto aut donato, rem accepit & poſſidet, hoc interdictum non dari; quoniam huius ius potentius eſt, quam vt ei res per eum, qui ſe hæredem dicit, & iure & ex perſona defuncti venit, poſſit auferri. Idque adeo ita obtinet, ſi titulus ille ſingularis ſit iuſtus & validus; nam contra eum, qui inualidum & iure nullum, titulum ſingularem habet, ſicut petitio hæreditatis, ita & hoc remedium datur, per *l. nec vllam 13. §. 1. & ſeqq. de petit. hær.* atque ita humaniter in odium huiuſmodi poſſeſſoris receptum fuit: Ceteroquin videbatur ſumma iuris ratio facere, vt verbi cauſa petitio hæreditatis, & alia huiuſmodi vniuerſalia remedia, tantū darentur contra eum, qui quoque titulum vniuerſalem, aut penitus nul-

nullum prætendebat. Verum, cum hæredi prætorio, competat bonorum poſſeſſoria hæreditatis petitio *t.t. de bonor. poſſeß. hæred. petit.* cui tandem bono neceſſarium eſt, hoc interdictum? Sed nimirum differentia eadem eſt, inter hæc duo remedia, quæ eſt inter remedia petitoria & poſſeſſoria. Interdictum iſtud eſt remedium poſſeſſoriũ, quod celerem habet expeditionem, & proceſſum expeditum, vt citra fruſtrationes aliquas & longiores moras litis, res reſtituantur *l. 1. C. quor. bon.* quod ſecus eſt in petitione hæreditatis. Et quidem videtur hoc interdictum tendere ad rerum corporalem & actualem reſtitutionem; vt argumento eſt *l. 2. C. quor. bon.* vbi dicitur hoc interdictum competere contra corporum poſſeſſorem; quod ipſum quoque in petitione hæreditatis ſecus eſt, quæ principaliter eo tendit, vt petitor declaretur hæres, eoque ſufficit, vt reus ſit quaſi rerum incorporalium poſſeſſor *l. 9. de petit. hæred.*. In eo autem vtrumque hoc remedium, Interdicti, & hæreditatis petitionis cõuenire videntur, quod vtrumque pariter eſt vniuerſale *l. 1. quor. bon.* Quod dupliciter verum eſt, 1. enim ſunt vniuerſalia & dicuntur, ratione intentionis actoris, qui ad ſe pertinere dicit vniuerſa bona, 2. ratione tituli in reo, qui ad ſe bona pertinere contendit. Iam enim diximus, quod ex mera ratione iuris, qui pro hærede poſſidet tantum his remediis conueniri queat. Nec quidquam obſtat, quod dicitur in *l. 9. & 10. de petition. hæred.* eam petitionem contra eum quoque dari, qui rem minimam tenet & poſſidet: quoniam etiam hic poteſt prætendere nihilominus titulum vniuerſalem, & dicere quod poſſideat pro hærede.

Hæc de prima ſpecie Interdicti adipiſcendæ poſſeſſionis. Alterum interdictum eſt, Saluianum. De hoc ait Iuſtinian. in *fin. huius text.* quod competat domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligauit. Et igitur primum pro domino fundi interdictum hoc prætor propoſuit; ſicut & Seruiana actio eidem initio ſolum propoſita fuit, §. *Item Seruiana 7. ſup. de action.* vbi hoc tractatur. Et adeo vt aliqua vtriuſque remedij ſit diuerſitas, videtur Seruiana quidem haud dubie contra quoſcunque poſſeſſores rerum obligatarum: Sed Saluianum Interdictum tantum contra ipſum colonum competijſſe; directo videlicet; idque eo argumento, quod in *l. 1. de interd. Salu.* cõtra tertium poſſeſſorem, ex æquitate; & ſc. deficientibus interdicti verbis, vtile interdictum porrigitur, & quidem in iiſdem terminis rerum à colono obligatarum, & vbi poſſeſſor cauſam & titulum ab ipſo colono habet. Quę autem alias inter alia Interdicta, (quæ ſunt remedia poſſeſſoria) & remedia petitoria eſt, eadem inter Saluianum Interdictum & Seruianam actionem fuiſſe videtur differentia; quod nimirum, ſufficeret in illo probari ſolum hoc quod res eſſet obligata, cum ipſe colonus, & qui cauſam ab eo habebat, poſſidentes, nihil haberent quod obiicerent, quo minus poſſeſſionem reſtituerent actori. Sed in hac præterea; vbi contra tertium poſſeſſorẽ mouebatur, neceſſe erat probare, quod res tempore obligationis fuiſſet in bonis debitoris. Et proinde longe vtilius erat experiri Interdicto, quam actione Seruiana; & ob id etiam Saluianum non dabatur niſi contra ipſum colonum, & qui cauſam ab eo habebat. Et forte ea mouit ratio prætorem, ob quam in primis & primo fundi dominis contra colonũ conſultum voluit; vel quod domini fundorum minus poſſent obſeruare, ne res obligatæ à colonis extra vrbem habitantibus in alios transferrentur; vel quod coloni eſt, vt plurimum pauperes & in re tenui eſſent; vt proinde hoc agere debuerit prætor, vt pro mercede dominis ſatisfieri ex rebus obligatis poſſet. Et igitur, vt diximus primum Interdictum hoc pro dominis fundorum contra colonos ipſos introductum, ſed poſt & ex eadẽ locationis fundorum cauſa, contra tertium poſſeſſorem, qui cauſam haberet à colono vtiliter productum fuit, *d. l. 1. de Interdict. Salu.* Sed poſtmodum ex eadem ratione receptum fuit, vt daretur vtile Interdictum ex

qua-

Digitized by Google

quacunque cauſa, ſed ſolummodo contra ipſum debitorem, quippe qui obiicere & ipſe nihil poſſit, quo minus ex propria conuentione obligatam rem creditori reſtituere teneatur: idque probat *l.1.C.de prec.& Salu.Interd.* vbi dicitur, hoc interdictum dari tantum contra conductorem debitoremue. Nec enim ferendi ſunt, qui particulã VE ibi detrahunt. Et vt diximus, eadem quæ in conductore, in alio quoq; debitore militat ratio: ſiquidẽ debitor qui ipſe rẽ obligauit, ſine turpitudinis & proprię fraudis confeſſione, non poteſt excipere, ꝙ res nõ fuerit ipſius: ſed iure hoc excipit poſſeſſor tertius, maxime qui cauſam ab ipſo debitore non habet: aut alias bona fide rem accepit & tenet, & cui iniqua inferretur conditio, ſi ſimpliciter probata pignoris obligatione rem reſtituere teneretur: ſiquidem pignus rei alienæ, in præiudicium quidem debitoris, ſed non in tertii præiudicium tenet, *arg. l. 1. de pignorib. & l. rem alienam 41. de pignor. act.* Cum autem initio introductum hoc eſſet Interdictum pro domino fundi pro rebus obligatis ex cauſa locationis, facilius admiſſum fuit, vt ex hac cauſa contra tertium poſſeſſorem porrigeretur. Ex quibus apparet, non leuiter errare Interpp. qui Interdictum hoc ex quacunque cauſa etiam contra tertios poſſeſſores concedunt. Ex qua opinione duo conſequuntur abſurda 1. quod plane tollitur actionis Seruianæ vtilitas & neceſſitas, quippe cum quiuis creditor Interdicto potius vſurus ſit, quo longe facilius obtinere poſſeſſionem poſſit *arg. l. 24. de rei vind.* 2. quod ita, vt diximus infertur iniqua conditio poſſeſſori, qui rem bona fide, præſertim ab alio quam à debitore accepit, & rem iuxta Interdicti naturam cogitur reſtituere, licet creditor non probauerit, rem obligatam fuiſſe tum temporis in debitoris bonis: & ita, quæ hac de re tam accurate ſcripta ſunt paſſim à ICtis *ſub titul. de pignor. & pign. act.* penitus eluduntur. Et tamen opinio iſta Interpp. communiter recepta eſt, & in foro obtinet, vt licet intelligere ex iis, quæ de hac re ſcribunt *Angelus & alii in d. §. Item Seruiana 7. ſup. de actionibus.*

In *verſ. ideo autem h. §.* reddit Iuſtinia. rationem, cur hæc Interdicta dicantur adipiſcendæ poſſeſſionis, quod ei tantum vtilia ſint, qui nunc primum conatur adipiſci poſſeſſionem. Licet enim hoc proponat de Interdicto quorum bonorum, tamen cum & alia ſint adipiſcendæ poſſeſſionis interdicta, niſi & his conueniat, ratio bona eſſe non poteſt. Et tamen videndum eſt, ne hoc falſum ſit in Interdicto Saluiano, quod ſecundo loco hic proponitur. Nam recuperandæ poſſeſſionis interdicta de quibus *h. t.* tantum iis competunt qui vi deiecti ſunt, & cur Interdictum quorum bon. non detur poſt apprehenſam ſemel poſſeſſionem, ſpecialis ratio eſt, quod tam heres prætorius alia & propria remedia habet. At ſane ſi creditor citra vim aliquo caſu poſſeſſionem amittat, non videtur ei aliud remedium ſupereſſe quam Interdictum Saluianum; nec videtur ratio ſolida dari poſſe, cur id ei non ſit concedendum. Et proinde fatendum erit, rationem Iuſtiniani tantum ad Interdictum *Quor. bon.* pertinere, & adeo rectam non eſſe.

TEXTVS.

3. Retinendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt Interdicta, Vti poſſidetis & vtrubi, cum ab vtraque parte de alicuius rei proprietate controuerſia ſit: & ante quæratur, vter poſſidere ex litigatoribus, & vter petere debeat. Namque niſi ante exploratum fuerit, vtrius eorum poſſeſſio ſit, non poteſt inſtitui petitoria actio: quia & ciuilis & naturalis ratio facit, vt alius poſſideat, & alius à poſſidente petat. Et quia commodius longe eſt, poſſidere potius quam petere, ideo plerumque fere ſemper, ingens de ipſa poſſeſſione exiſtit contentio. Commodum autem poſſidendi in eo eſt, quod etiam ſi res eius non ſit, qui poſſidet, ſi modo actor non potuerit

Digitized by Google

ſuam eſſe probare, remanet in ſuo loco poſſeſsio: propter quam cauſam, cum obſcura ſunt vtriuſque iura contra petitorem iudicari ſolet. Sed interdicto quidem vti poſſidetis, de fundi vel ædium poſſeſſione contenditur. Vtrubi vero interdicto de mobilium rerum poſſeſſione. Quorum vis & poteſtas plurimam differentiam inter ſe apud veteres habebat. Nam *vti poſſidetis* interdicto is vincebat, qui interdicti tempore poſſidebat, ſi modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab aduerſario poſſeſsionem: etiamſi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam poſſeſsionem, aut precario aliquem rogauerat, vt ſibi poſſidere liceret, vtrubi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni, nec vi nec precario nec clam ab aduerſario poſſidebat. Hodie tamen aliter obſeruatur. Nam vtriuſque interdicti poteſtas, quantum ad poſſeſſionem pertinet, exæquata eſt, vt ille vincat & in re ſoli & in re mobili, qui poſſeſſionem nec vi nec clam nec precario ab aduerſario litis conteſtatæ tempore detinet.

COMMENTARIVS.

1 *Quomodo duo poſſint ſibi adſerere poſſeſsionem.*
2 *Commodum poſſeſsionis.*
3 *Iudicium petitorium & poſſeſſorium an poſſint cumulari.*
4 *Qui poſſit agere Int. retinendæ, qui egit rei vindicatione ad l. 12. §. 1. d. adq. poſſ.*
5 *Mobilia vere poſſidentur.*

PRoponitur in pr. vtilitas huius Interdicti, & cuius gratia præcipue ſit introductum, nimirum ad conſtituendum & ordinandum iudicium petitorium ſuper proprietate: cuius conſtituendi ratio liquida eſt, vbi conſtat de poſſeſſione, & vnum ſolum certo poſſidere conſtat: ſed non æque, vbi ex duobus vterque ſe poſſeſſorem eſſe contendit. Antequam enim conſtet quis reuera poſſideat ſolus, & cuius potiora iura ſunt in iudicio poſſeſſorio, conſtitui iudicium petitorium ſuper proprietate non poteſt; quoniam, vt in §. *omnium ſup. de actio.* dictum eſt, in hoc iudicio ſunt duo extrema, dominium in agente, & poſſeſſio in conuento: qui autem poſſidet, is rei vindicatione non experitur. At quomodo accidit, vt duo de retinenda poſſeſſione diſputent, cum duo † in ſolidum poſſidere non poſſint? *l. 3. §. ex contrario de adq. poſſ.* Duplex hic affertur reſponſio. 1 1. quod imo ex Sabinianorũ opinione, duo, diuerſa ſpecie poſſeſſionis v. c. alius ciuiliter, alius naturaliter, eandẽ rem in ſolidũ poſſidere poſſint: cuius ſententiæ etiam multa in iure noſtro exſtant veſtigia, & eam veriorem eſſe alibi probauimus. 2. quod in ſpeciem duo videri poſſint poſſidere, vt tamen reuera vnus tantum poſſideat: cum enim varii ſint actus poſſeſſorii, & qui ad probandam poſſeſſionẽ, (& præcipue in fundi cõtrouerſæ poſſeſſionis terminis) articulari, (vt loquuntur) ſolent, ex vſurpatis aliquibus actibus plures ſibi poſſeſſionẽ poſſunt arrogare & vſurpare: vt proinde, de qualitate huiuſmodi actuum ſit cognoſcendum, & vtrius cauſa potior ſit, hoc interdicto certandum & expediendum: quo qui vincet, is commodo poſſeſſionis fruetur: quod in quo conſiſtat, *h.* §. explicat Iuſtinianus. Nimirum, quod poſſeſſor non cogitur † probare, ſed petitor, rem eſſe 5 ſuam: & quod hoc non probato, abſoluitur poſſeſſor, licet ipſe nihil probauerit: poteſt tamen citra præiudicium ſuum poſſeſſor ſuſcipere probandi onus, ita ſcil. vt nihilominus, licet ſuccũbat in probatione, res penes ipſum relinquatur, quamdiu actor rem ad ſeſe pertinere non oſtenderit: quo refero, quod ait Iuſt. cum obſcura ſunt vtriuſq; iura, ſolere contra petitorem iudicari: nam ex verbo *vtriuſq;* colli-

gitur

gitur, intelligi caſum, quo reus poſſeſſor aliquid probare voluerit: ceteroquin, vbi ſolo commodo poſſeſſionis nixus poſſeſſor, nihil præterea agit (quod facere poteſt) vtriuſq; iura obſcura eſſe parum ſubtiliter dicerentur. Et de hac re textus ſunt, in *l. qui accuſare Cod. de Edendo l. 2. C. de probationib. l. vlt. C. de rei vindic.* Et hoc nimirum generale eſt, vt reus initio probare nihil cogatur, antequam intentionem ſuam actor probauerit *d. l. qui accuſare & l. fruſtra 8. C. de probat. leg. negantes 9. C. de obl. & act. l. ſiquidem 9. C. de except.* Verum contra iſtud, quod ſupra diximus ex *h. §. verſ. namq; niſi.* non poſſe inſtitui iudiciũ petitoriũ, niſi antea in poſſeſſorio fuerit pronuntiatum, obiici ſolet, quod
3 nõ vno in loco probari videtur, iudiciũ † poſſeſſorium & petitorium ſimul inſtitui poſſe & cumulari: vt hoc accuratius & latius exequamur, non eſt huius inſtituti. Vt ſummatim dicam: Interpretes, qui iſtã cumulationẽ introduxerunt, ita vt ſimul & ſuper vtroq; inſtitueretur cognitio & ſententia ferretur, (quod & Ius Canon. ſecutum eſt in *ca. cum dilectus de cauſ. poſſ. & propr.*) decepti fuerunt textibus quibuſdam iuris, quos non recte intellexerunt: ſunt illi in *l. cum fundum 18. §. 1. de vi arm. l. naturaliter 12. §. 1. de adq. poſſ.* quibus probatur, quod pendente petitorio, & hoc iam inſtituto, nihilominus poſſit quis vti interdicto, & ita remedio poſſeſſorio. Hoc enim illi, ita vt dixi, acceperunt ſed enim ita res habet. Monet IC. in *l. is qui 24. de rei vindic.* vt qui rem petere vult, videat an aliquo Interdicto eius poſſeſſionem nanciſci poſſit, potius quam vt rei vindicationem inſtituat; ex eadem ratione quam *hoc §.* proponit Iuſtinianus deſumptam à commodo poſſeſſionis, quæ facit vt ſit immunis ab onere probandi, quod incumbit ei qui in rei vindicatione ſe dominum eſſe intendit: quam probationem eſſe difficilem paſſim Dd. tradunt. Secundum hoc quæritur, ſi quis non obſeruato conſilio Iuriſconſulti in *d. l. 24.* & omiſſo poſſeſſorio, rei vindicationem inſtituerit, an adhuc poſſit vti Interdicto. Quod negandum videbatur, quoniam contempſiſſe Iuriſconſulti conſilium, & renuntiaſſe remedio poſſeſſorio exiſtimari poteſt, *arg. d. l. 12. §. 1. de adquir. poſſeſſ.* ſed contraria ſententia placuit, quoniam tam facile non præſumitur renuntiatio: ſed potius ex ignorantia, vel errore tolerabili factum hoc eſſe creditur: *argum. d. l. 12. §. 1.* vbi Iuriſconſultus negat propterea videri poſſeſſioni renuntiatum, quod quis inſtituerit vindicationem. Et hoc eſt quod in *d. leg. 12. §. 1. & in d. leg. 18. §. 1. de vi arm.* dicitur, pendente petitorio poſſe interdicto agi non vt ſimul cumulentur, & ſimul ſuper vtroque cognoſcatur, & pronuntietur, ſed vt interim dum de poſſeſſione quæritur, petitorium iudicium ſuſpendatur & differatur: quæ veriſſima illorum locorum eſt ſententia; quam olim *Ioh. & Azon.* tradiderunt, à qua ceteri male receſſerunt: & communius enim obtinuit, ſimul vtrumque iudicium tractari & definiri poſſe: vt poſt *Accurſ. Bartol. alii in d. l. 12. §. 1. de adq. poſſeſſ. Salicetus & alii in l. 3. Cod. de interd.* tradiderunt. Ille ſcrupulus ſupereſt, quomodo, qui † cepit agere rei vindicatione 4
poſſit interdicto retinendæ poſſeſſionis vti, vt eſt in *d. l. 12. §. 1. de adq. poſſ.* Cum conſtet, poſſeſſorem non poſſe agere rei vindicatione, & hanc dari contra poſſeſſorem: vt aut nulliter intentatam actionem, ſi petitor adhuc poſſidet: aut ſi vtiliter intentata eſt, non poſſe agi interdicto retinendæ, omnino conſequi videatur. Reſpõdeo per retorſionẽ ſiue inuerſionẽ argumẽti: Quod interd. retinendę veluti, vti poſſideris, reddatur inter duos, & cum vterque ſe poſſidere contendit, vt in hoc §. ſequitur: Itaque ratione & reſpectu eo, quatenus alter ſe poſſidere contendit, & alterum poſſidere negat, poteſt contra eum fundari rei vindicatio: Et hinc porro ſequitur, quod eſt in *d. l. 12. §. 1.* quod non cenſeatur renuntiaſſe poſſeſſioni, qui inſtituit in rem actionem: quoniam vt dixi, ad eam fundandam ſatis eſt, quod alter ſe dicit poſſidere: vt adeo ad inducendum effectum, quod petitor poſſeſſioni renuntiauerit, inferri non poſſit.

Sed Interdicto quidem.] Retinendæ & defendendæ poſſeſſioni duplex Interdictum propoſuit prætor : pro rebus immobilibus, & mobilibus, vtrumque, vt & fere cetera, denominatur à primis verbis Edicti : Quod feciſſe videtur ob diuerſam harum rerum qualitatem : ſiquidem res mobiles facilius non tantum ab vno in alium transferri, ſed & eripi tenentibus poſſunt. Ex quo etiam ex parte differentia vtriuſque Edicti dependere videtur, quam hoc loco proponit Iuſtinianus, cum & longe magis interſit publice, defendi poſſeſſiones rerum immobilium, & relinqui tales, quales iam ſunt: & particulam Nvnc Interdicto *vti poßidetis* adiectam fuiſſe, notat *Cuiacius* 5. *obſ.* 22. Et differentiæ tamen illius quam hic tradit Iuſtin. tamquam adhuc durantis meminit *Paulus* 5. *ſentent.* 6. vt probabile ſit, quod Cuiacius cenſet in *Parat. C. vti poßid.* à Triboniano adſcriptum eſſe ad Vlpian. Pauli coætaneum in *l.* 1. §. 1. *vtrubi.* quod de ſublata iſta differentia *hoc* §. legitur, quod in vtroque vincat, qui tempore litis iuſte ſe poſſediſſe probauerit : Iuſte inquam, vt excludantur tres ſpecies iniuſtæ poſſeſſionis, clandeſtinæ, violentæ & precariæ : quæ hactenus dicitur iniuſta: ceteroquin reſpectiue, & quatenus initio habet voluntatem domini iuſta appellatur in *l. ſi ſeruus* 22. §. 1. *de noxal. action.* Atque qui vna harum ſpecierum poſſidet, ſuccumbit Interdicto : ſi videlicet ab ipſo aduerſario, cum quo ipſi res eſt, ita poſſideat : id eſt, ſi ipſe per vim abſtulerit poſſeſſionem, aut eum vi deiecerit: itemque ſi clam ipſo poſſeſſionem ingreſſus fuerit, aut ipſum poſſeſſionem rei precario rogauerit : ceteroquin, licet alterius reſpectu ita poſſideat, id ipſi non nocet. Ex iure Canonico, quod vſu magis obſeruatur, notant non ſufficere ad victoriam, ſi quis tantum tempore litis conteſtatæ poſſederit, ſed eſſe potiorem, qui poſſeſſionem iuſtiorem & antiquiorem probauerit, *per cap. licet de probat. VVeſemb. in para. vti poßid. n.* 5. *Menoch. rem.* 3. *retin. poſſ. n.* 714. *& ſeqq.* Illud notandum, quod in *pr. huius verſ.*
5 æqualiter & mobilium rerum & † immobilium rerum dicitur eſſe poſſeſſio : contra Accurſium & alios, qui res mobiles proprie poſſideri negant, cum imo contrarium potius ratio ſuadeat, cum res mobiles vel maxime & proprie tradantur : Et nec ratione nec textu nititur illa ſententia. Nam quod ex *l.* 1. *de adq. poſſ.* de poſitione pedum adfertur: ineptum eſt: tum quia ea potius alluſio eſt, quam vera notatio, tum quoniam ab argumento ab Etymologia, nihil ſolidi concludi poſſe conſtat.

TEXTVS.

4. Poſſidere autem videtur quiſque non ſolum ſi ipſe poſſideat, ſed & ſi eius nomine aliquis ſit in poſſeſſione, licet is eius iuri non ſit ſubiectus: qualis eſt colonus, & inquilinus, per eos quoque apud quos depoſuerit quis, aut quibus commodauerit, ipſe videtur poſſidere. Et hoc eſt quod dicitur retinere poſſeſſionem poſſe aliquem, per quemlibet, qui eius nomine ſit in poſſeſſione. Quin etiam ſolo quoque animo poſſeſſionem retineri placet: id eſt, vt quamuis neq; ipſe ſit in poſſeſſione, neque eius nomine alius, tamen ſi non relinquendæ poſſeſſionis animo, ſed poſtea reuerſurus inde diſceſſerit, retinere poſſeſſionem videatur. Adipiſci vero poſſeſſionem per quos aliquis poteſt, libro ſecundo expoſuimus. Nec vlla dubitatio eſt, quin animo ſolo adipiſci poſſeſsionem nemo poſſet.

COMMENTARIVS.

1 *Poſſeßio quomodo adquiratur.*
2 *Quomodo retineatur.*
3 *Modi poßidendi.*
4 *An [illegible] ilus poßideat adhuc ciuiliter.*
5 *An [illegible] no nomine recte dicatur poßidere.*

Q[illegible] interdictum hoc datur poſſi[illegible] & quomodo † adquiratur, & 1 quo-

quomodo retineatur poſſeſſio *h. §.* ſtrictim docet Iuſtinianus: ſiquidem, ſicut ei qui numquam poſſidere cepit, ita & ei qui poſſeſſionem ſemel adquiſitam amiſit, hoc Interdictum non datur. Ad prius pertinet quod Iuſt. in *f. huius* §. ait, non poſſe ſolo animo poſſeſſionem adquiri. Hoc enim facti eſt vel maxime, & conſiſtit in apprehenſione quadam rei, quam animus ſolus facere non poteſt, ſicut ex aduerſo, nec corpore ſolo adquiri poſſeſſio poteſt, veluti ſi dormienti quid in manus ponatur, aut furioſo tradatur *l.1.§.furioſus 3.de adq. poſſ.* quoniam nulla poſſeſſio eſt, ſine affectione quadam tenendi, *d.§.3.* quæ requirit animum. Et itaque poſſeſſio corpore & animo ſimul adquiritur. *l. quemadmodum* 8. *d.adq.poſſeſſ.* vt non tamen manuum aut pedum opera ad hoc ſit neceſſaria, ſed ſubtiliori etiam ratione, numquam tamen nudo animo, & citra vllum corporis actum adquiratur poſſeſſio, vt oſtendunt textus *in l.1.§. ſi iuſſerim 21. l. quod meo* 18.§.3 *l.quorundam* 51. *de adq. poſſeſſ.* Et falluntur Zaſius & alii in *l.3.in princ. eod.tit.* dum hos caſus regula exceptos, & hic etiam nudo animo adquiri poſſeſſionem putant. Et quod Iuriſconſultus in *d.l.51.* animo adquiri eo caſu poſſeſſionem dicit, non ſimpliciter excluditur opera corporis, ſed dicitur oppoſitiue ad apprehenſionem craſſiorem, quæ fit manuum opera aut pedum: & eſt a deo fallacia ambiguitatis, in phraſi, *animo adquiri poſſeſſionem:* quæ eadem deprehenditur in *d.l.1.§.21.* Deinde huc pertinet, quod remiſſiue in *fin.* §. docet Iuſtinianus per quos poſſeſſionem adquiramus, de quo actum eſt *ſup.lib.2 tit.per quas perſ.nob.adquir.* & quod nimirum per hos qui in poteſtate noſtra ſunt communi, ſed per procuratores ſpeciali iure poſſeſſionem adquiramus, ex rationibus, quas ibidem expoſuimus. Nihil autem huc pertinet, quod quis poſſeſſionem adquirit, ſi alter qui rem tenet & poſſidet, ipſius nomine ſe poſſidere conſtituat: neque enim ita procurator interuenit pro me, ſed ego ipſe poſſeſſionem ita mihi adquiro, per hunc modum fictæ traditionis, iure receptum & propoſitum in *d.l. quod meo* 18. *in pr. de adquir. poſſ.* de qua re & aliis modis traditionis fictæ, non eſt hic pluribus agendi locus, & nos ad *Tr. de adq. rer. dom. & adq. poſſ.* diximus. Atque hoc primum eſt cap. *h.§.* quomodo adquiratur poſſeſſio. Alterum eſt, quomodo adquiſita † retineatur. Eo per- 2
tinet 1. quod eſt *h.§. in verſ. Quin etiam*, quo oſtenditur differentia inter adquiſitionem & retentionem. Animo ſolo non adquirimus poſſeſſionem: ſed animo ſolo eam retinemus: quod & probatur *l.3.§. Nerua 13. de adq. poſſ.* & apertius *l.clam 6. §.1. eod.tit.* vbi dicitur, quod retineat poſſeſſionem, qui peregre & ad nundinas profectus eſt. Et nimis enim abſurdum foret, vt per ſolum egreſſum ex fundo aut ædibus, quis amittat poſſeſſionem. Et nimirum enim adquiſita ſemel rite poſſeſſione, ius quoddam naſcitur, ita vt non in nuda detentione aut incubatione poſſeſſio adquiſita conſiſtat, ſed in iure quodam: quo etiam præcipue pertinet, quod paſſim dicitur, quod poſſeſſio plurimum iuris habeat: & videlicet iam adquiſita: nam adprehenſio ipſa poſſeſſionis, pene tota facti eſt, in quibus terminis loquitur *l.1.§.furioſus 3. de adq. poſſ.* Quod autem dicitur, animo poſſeſſionem retineri, id non ſimpliciter accipiendum, ſed ita eſt limitandum & declarandum ſi ſuperſit facultas vbi velis, corpore rurſus ingrediendi & detinendi rem ſiue poſſeſſionem, vt eleganter docet *d.leg. 3.§.13.* vbi dicitur, retineri poſſeſſionem, vel rem hactenus poſſideri, quatenus ſi velimus, poſſeſſionem naturalem nanciſci poſſimus. Quæ tamen ſententia præbuit Doctoribus errandi non leuem occaſionem. Ita enim illi vulgo ſtatuunt, quod naturalis poſſeſſio in corpore, in animo autem ciuilis conſtituta ſit & conſiſtat poſſeſſio: Itaq; eum qui diſceſſit, ciuilem tãtum poſſeſſionem dicunt retinere & habere: ſecundum quod continuo, & ſubinde exiguis prope momentis eadem poſſeſſio iam ciuilis mox naturalis erit: quæ metamorphoſis poſſeſſionis rationi non conuenit: ſed omnino ita ſtatuendum eſt, quod illa ipſa poſſeſſio, qualis eſt ſemel adquiſita, etiam ab

3 abſente † retineatur, ſed ſub diuerſis poſſidendi modis: Alius eſt enim modus poſſidendi, quando ſimul corporaliter & naturaliter quaſi incumbo rei ipſi: alius, quando ab ipſa re diſceſſi, quam rurſus vbi volo, ingredi, & rurſus naturali modo tenere poſſum: quæ eſt ſententia Iuriſconſulti, in iam *d. l. 3. §. 13. de adq. poſſ.* vbi poſſeſſio pro modo poſſidendi vſurpatur. Hinc & ex *d. l. 1. §. 13.* conuincitur alius error Doctorum, qui, quod de poſſeſſione animo retinenda dicitur, nimis large accipiunt, ita vt etiamſi poſſeſſio ab alio occupata ſit, etiamſi mihi amplius rem apprehendendi facultas non ſit, tamen ciuilem poſſeſſionem durare, & eius beneficio etiam interdictum
4 hoc vti † poſſidetis competere defendant, vt videre licet ex his quæ *Iaſon Bart. & alii tractant in d. l. clam 6. §. 1. de adq. poſſeſſ. Menochium rem. 3. retin. poſſ. num. 37. & ſeq.* Quæ ſententia videtur falſa, per *d. l. 3. §. 13. & d. l. 6. §. 1.* vbi dicitur, eum qui cum rem abſentis occupaſſet, reuerſum non admiſit, vi poſſidere cenſeri: ex quo cōſequitur, quod ꝓ ſpoliatore habeatur, & alter pro deiecto, atquin deiectus non retinet poſſeſſionem: & enim vt iam diximus, poſtquam amplius facultatem rem vbi velimus, apprehēdēdi non habemus, poſſeſſio eſt amiſſa, nec iam amplius ſufficere animus ad eum retinendam poteſt. Quamuis tamen quod & deiecto competat hoc Interd. videatur probari ex *§. retinēda 4. h. t. verſ. quorum vi ſup. h. t.* vbi dicitur, eū vincere qui nec vi, nec clam &c. Quod ſi enim in hoc Interdicto attenditur, an quis vi poſſideat ab aduerſario, cum hoc Interd. inter eos detur qui ſe poſſeſſores aſſerunt, ſequitur etiam in terminis deiectionis huic Interd. locum eſſe poſſe. Idque admitti poteſt, ſi incontinenti deiectus, & qui adhuc videtur facultatem habere recuperandi rem, moueat Interdictum: aut qui ſe reuera deiectum eſſe neget, ſed adhuc poſſidere contendat: neque enim ſimpliciter quæuis deiectio, prorſus adimit poſſeſſionem. Atque hoc eſt primum, quod circa retinendam poſſeſſionem *h. §.* tractatur. Deinde ad hoc cap. pertinet, quod in *princip.* §. ait Iuſtinianus. Non tantum per ſe, ſed per alium quem poſſe poſſidere & ita porro retinere poſſeſſionem, veluti per inquilinum, colonum, depoſitarium, commodatarium: quibus addendus eſt caſus, quem paulo ante attigimus, cum quis noſtro nomine ſe conſtituit poſſidere. Et notandum eſt, quod eleganter ſubtiliter & vere hoc §. dicitur, eſſe illos, per quos † poſſidemus, *in poſſeſſione.* Et reuera enim ſubtiliter dicitur & pene contradictorie, quod quis alieno nomine poſſideat, quem conſtat non poſſidere. Recte autem dicitur eſſe in poſſeſſione: quomodo qui ex primo decreto miſſi ſunt, & non poſſident, in poſſeſſione eſſe dicuntur: Eodem adeo modo, qui hoc §. referuntur, in poſſeſſione tantum ſunt, nos autem poſſidemus. Et cum diſcedentes corpore nihilominus poſſideamus, & retineamus poſſeſſionem, etiam poſſidebimus, & tanto magis, ſi alius noſtro nomine corporaliter ſit in poſſeſſione. Et iſti ſunt adeo, quorum corpore dicimus nos poſſidere *l. peregre 44. §. vltim. de adq. poſſ.* Ex quo etiam fit vt cum rem deſerunt, nocere nobis & vt ignorantes quoque amittamus poſſeſſionem, facere poſſint *d. l. 44. §. vltim.* de qua re & quatenus & quomodo hic nobis *v. c.* coloni aut inquilini obeſſe poſſint, tam ex iure veteri, quam nouo, tractauimus ad *Treutl. de adq. poſſ. th. vltim.* Et excederemus nimis terminos inſtituti noſtri, ſi omnia hic perſequeremur. 5

TEXTVS.

5. Recuperandæ poſſeſſionis cauſa ſolet interdici, ſi quis ex poſſeſſione fundi vel ædium vi deiectus fuerit. Nam ei proponitur Interdictum, *vnde vi.* per quod is qui deiecit, ei cogitur reſtituere poſſeſſionem, licet is ab eo qui vi deiecit, vel clam, vel precario poſſideat. Sed ex conſtitutionibus ſacris, vt ſupra diximus, ſi quis rem per vim occupauerit, ſiquidem in bo-

in bonis eius eſt, eius dominio priuatur: ſin aliena, poſt eius reſtitutionem, etiam rei æſtimationem dare vim paſſo compellitur. Qui autem aliquem de poſſeſſione per vim deiecerit, tenetur etiam Lege Iulia de vi priuata, aut de vi publica. Sed de vi priuata, ſi ſine armis vim fecerit: ſin autem armis cum de poſſeſsione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione, non ſolum ſcuta & gladios & galeas, ſed etiam fuſtes & lapides ſignificari intelligimus.

COMMENTARIVS.

1 *Violentiæ ſpecies.*
2 *Remedia varia contra vim.*
3 *Differentia huius Interdicti, & vti poſſidetis.*

PRoponitur hic tertia ſpecies, & ſcilicet interdictum recuperandæ poſſeſſionis, contra eum qui de poſſeſſione aliquem vi deiecit: ſed adduntur quædam alia, propter quæ Interpretes docendi cauſa, vim diſtinguere ſolent, quod alia ſit, compulſiua, quæ vindicatur, Edicto prætoris, *quod metus cauſa*: alia expulſiua, quæ vindicatur hoc Interdicto: alia ablatiua, cuius obiectum ſunt res mobiles, contra quarum raptorem datur in ſpecie actio vi bonorum raptorum, alia denique turbatiua contra quam comparatum eſt interdictum *vti poſſidetis.* Etenim ea quam *Iaſon in leg. ſi quando 9. poſt princip. Cod. vnde vi.* quintam ſpeciem facit, & appellat inquietatiuam, reuera non differt à turbatiua: quiſquis enim aliquem inquietat, ideo animo facere intelligitur, vt ex ea turbatione ius aliquid ſibi, aut poſſeſſionem vtique adſerat.

Sunt autem remedia contra vim parata, ſpecialia † quædam, ſed alia communia: Et 2 quædam ſimpliciter talia, quæ aut contra vnam tantum, aut contra omnes ſpecies comparata ſunt: alia reſpectiue talia. Et ſimpliciter commune remedium ex Lege Iulia de vi, qua quæcunque tandem vis & ſingulæ eius ſpecies coercentur: Vtcunque in §. 1. *verſ. qui autem.* id tantum proponatur de vi expulſiua, & nimirum exempli gratia: neque enim dubitari poteſt, quin qui vi adhibita aliquem rem ſuam tradere coegerit, aut rem mobilem eripuerit, incidat in Legem Iuliam de vi: & probatur ex *leg. 3. §. 2. de vi publ. leg. 1. §. 1. de vi priuata.* Medii generis remedium eſt contra vim ablatiuam & expulſiuam, ex conſtitutionibus, in §. 1. *Inſtit. vi bonor. raptor. leg. Inuaſor. 5. & leg. ſi quis 7. Cod. vnde vi.* quod attingitur *h. §. verſ. ſed ex conſtitutionibus.*

Interdictum autem quod hic proponitur, tantum pertinet ad vim expulſiuam, ſi quis de poſſeſſione fundi, aut ædium deiectus fuerit: pro rebus enim mobilibus non competit, niſi per conſequentiam, quatenus cum quis deiiceretur de fundo aut ædibus, amiſſæ fuerunt *l. 1. §. 3. & 6. l. penult. de vi & vi arm.*

Et hoc docet *Iuſtinianus quoque in princip. h. §.* ibi, *fundi vel ædium,* vbi mox quæ ſubiicit, inſignem differentiã oſtendunt inter hoc interdictum, & Interd. vti poſſidetis. In † hoc enim 3 ſuccumbit, qui ab illo ipſo cum quo litigat vitioſam habet poſſeſſionem, id eſt, ſi ei vim intulerit, clam aut precario ab ipſo poſſeſſionem habuerit §. *retinendæ verſ. nam vti ſup. h. titul.* At in illo & nimirum Interdicto *vnde vi,* vincit ſpoliatus & deiectus, eique reſtituenda eſt poſſeſſio, licet ab eo ipſo contra quem agit, precario aut clam poſſideat, aut illum vi deiecerit: Quoniam videlicet, exceptiones nullæ in hoc Interdicto audiuntur, ſed ſpoliatus ante omnia eſt reſtituendus: & daretur occaſio tumultibus, ſi quiuis deiectus, rurſus alterum vi deiicere & ſpoliare poſſet. Quod ita accipiendum eſt,

ſi ex

ſi ex interuallo alter rurſus deiectus ſit: ceteroquin incontinenti qui deiectus eſt, rurſus deiicere poteſt, quin ita non tam deiicere, quam poſſeſſionem ſuam conſeruare, & in priſtinam cauſam reuerti dicitur *l. qui poſſeſſ. 17. de vi arm.* Itaque in his terminis primo ſpoliatori, & incontinenti rurſus ſpoliato Interdictum iſtud erit inutile. Et hic tamen ſcrupulum mouet, quod Paulus ſcribit *5. ſent. tit. 6.* quod qui à me clam precario vel vi poſſidet, eum impune deiicere poſſim. Qua de cauſa *Cuiacius ibid. Duar. 1. diſput. ann. 20. & Hottom. hic.* diſtinguunt inter Interdictum *vnde vi*, & id duplex fuiſſe ex Cicerone & aliis locis confirmant: alterum de vi quotidiana, alterum de vi armata, quod & rubrica *Digeſt. lib. 43.* confirmat, De vi (ſcilicet quotidiana) & vi armata, quæ ſcilicet fiat collectis hominibus & haud dubie cum armis, & eſt eadem vis publica: quam diſtinctionem in vim priuatam & publicam in *f.* §. proponit Iuſtin. Et proinde iam citati autores, Pauli locum explicant de vi quotidiana: & porro ſi id ita eſt, quod Iuſtinianus hic ſcribit, ad vim armatam erit reſtringendum. Quod ſane parum conuenit menti Iuſtiniani hoc loco: & à quo ideo hanc diſtinctionem, aut non intellectam, aut neglectam ait *Cuiac. ad Paulum d. lib. 5. ſent.* prorſus ita hodie obtinet per *hunc* §. vt indiſtincte vincat hoc Interdicto, qui per quamcunque vim & à quocunque deiectus eſt, vt atteſtatur *Menoch. remed. 1 recup. poſſ. n. 7.*

TEXTVS.

6. Tertia diuiſio Interdictorum eſt: quod aut ſimplicia ſunt, aut duplicia, ſimplicia ſunt, veluti, in quibus alter actor, alter Reus eſt, qualia ſunt omnia reſtitutoria, aut exhibitoria, nam is eſt actor, qui deſiderat aut exhiberi aut reſtitui: reus autem is eſt, à quo deſideratur, vt reſtituat aut exhibeat. Prohibitoriorum autē Interdictorum alia ſimplicia ſunt, alia duplicia. Simplicia ſunt, veluti cum prætor prohibet in loco ſacro vel flumine publico, ripaue eius aliquid fieri: nam actor eſt, qui deſiderat, ne quid fiat: reus eſt, qui aliquid facere conatur. Duplicia ſunt, veluti, vti poſſidetis Interdictum, & vtrubi. Ideo autem duplicia vocantur: quia par vtriuſque litigatoris in hoc conditio eſt, nec quiſquam reus præcipue vel actor intelligitur, ſed vtriuſq; tam rei, quam actoris partes ſuſtinet.

COMMENTARIVS.

1 *Quo ſenſu interdicta dicantur duplicia ad* l. 2. §. vlt. h. t.

NOn vno modo actiones aut duplices dicuntur aut mixtæ, vt explicauimus ad §. *quadam ſup. de action.* Et vnus modus eſt, qui hic proponitur, quod vterque litigantium fungitur partibus actoris & Rei. Quod accidit in Interdictis, quibus ad vtrumque verba diriget prætor velut in Interdicto retinendæ, *vti poſſidetis, ita poſſideatis*, cui ſimile & adfine eſt Interdictum de ſuperficiebus, quo ita interdicitur, *vti alter ab altero fruimini &c. l. 1. in pr. de ſuperfic.* quod ipſum ideo duplex quoque eſt *d. l. 1. §. proponitur 2. de ſuperficieb.* Duo autem circa hoc quæruntur 1. an hoc ſolo ſenſu, quod ſcilicet vterque actor ſit & reus, an & alio Interdicta poſſint dici duplicia 2. an præter Interdicta prohibitoria & quæ ſunt retinendæ poſſeſſionis, alia quoque Interdicta ita duplicia eſſe poſſint, vt in iis vterque & actoris & Rei partes ſuſtineat. Quod ad prius attinet, † in *l. 2. §. vlt. h. t.* hæc verba habentur, *ſunt quædam interdicta duplicia tam recuperandæ, quam adipiſcendæ poſſeſſionis.* Qui ſane eſt alius modus duplicitatis. Et videtur enim hoc velle Iuriſconſultus, quod vnum idemque interdictum & pro adipiſcēda & recuperanda poſſeſſione 1

competere

Digitized by Google

competere poſſit. Verum id fieri poſſe negat *Cuiac. 4. obſ.* 11. vbi propterea iam relata verba ex *l.2.§.vlt.*in *l.ſeq.*transferenda aut prorſus expungenda cenſet. Et ſane vt ſimul & ſemel quis pro adipiſcenda de nouo & recuperanda poſſeſſione agat, fieri non poteſt: ſed hoc tamen poteſt, vt idem Interdictum ſit adcommodatum,pro adipiſcenda poſſeſſione,&pro amiſſa recuperanda, quale ſane videtur eſſe Interdictum *Ne vis fiat ei &c.* quo quis & adipiſcitur poſſeſſionem *l.1. & 3.in pr. Ne vis fiat*,& depulſus quoque eam recuperat *l.1.§.3.d.t.*

Quod ad alterum attinet, exiſtimat Ant. Faber 2. *coniect.*18. licet interdicta adipiſcendæ & recuperandæ poſſeſſionis ſua natura & regulariter ſint ſimplicia, ita vt diſtinctæ ſint actoris & Rei partes; tamen aliquando in his quoque contingere, vt vterque litigantium partes ſuſtineat actoris & Rei. Atque ita ille ICti verba accipit in *l.3.§.eum igitur 9.de vi arm.* ſi quis deiectus de poſſeſſione incontinenti alterum ruſus deiecerit. Itemque ex *l.1.§.1.de Salu.interd.*vbi dicitur,quod inter ipſos dominos interdictum reddatur. Verum 1. vtcunq; hoc ita dici poſſit,ad iſtum tamen ſenſum verba ICti in *d. §. vltim.* detorqueri nimis duriter mihi videntur. Et ſunt enim illa verba relatiua, ſunt ait ICtus, interdicta, vt diximus, duplicia. Dixerat autem ille, poſſeſſionis retinendæ Interdicta eſſe duplicia: quod ipſum obſtat,ne prior explicatio deInterdicto, *Ne vis fiat,* &c. huc applicari poſſit: vt ego profecto non videam, quo verba illa, *tam adipiſcendæ quam recuperandæ poſſeſſionis.* referri poſſint.Præterea nec verum videtur, quod duobus illis citatis modo textibus, vterque ſuſtineat partes actoris & Rei. Siquidem in *d. l.1.§.1.de Salu. Interd.* poſſidentis conditio melior eſt, neque duo eandem rem in ſolidum poſſidere dici poſſunt: & in ſpecie *l.3.§.9. de vi arm.* vtique hic partes actoris ſolus ſuſtinebit, qui poſterior eſt deiectus: aut ad Interdictum retinendæ illi erit recurrendum, ſi ſe poſſidere contendat.

***

TEXTVS.

7. De ordine & veteri exitu interdictorum, ſuperuacuum eſt hodie dicere, nam quoties extra ordinem ius dicitur,(qualia ſunt hodie omnia iudicia) non eſt neceſſe reddi interdictum, ſed perinde iudicatur, ſine interdictis,ac ſi vtilis actio ex cauſa interdicti reddita fuiſſet.

Hunc locum explicauimus ad *princ.h.t.* hoc tantum addimus, ex cauſa Interdicti olim actionem redditam fuiſſe, cum prætor vbi non paruerat alter interdicto, actionem in factum dabat, & ita ad ius ordinarium partes remittebat: vt ad *d.pr.* explicatum eſt.

AD TITVLVM XVI.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE POENA TEMERE LItigantium.

TEXTVS.

Nunc admonendi ſumus, magnam curam egiſſe eos, qui iura ſuſtinebant, ne facile homines ad litigãdum procederent, quod & nobis ſtudio eſt. Idque eo maxime fieri poteſt, quod temeritas tam agentium, quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo iuris iurandi religione, modo infamiæ metu coerceatur.

COMMENTARIVS.

NOn ſatis reſpondet titulus his, quæ ſub eo continentur, & latius patet nigrum,

quam rubrū. Et omnino enim duæ ſunt iſtius tit. partes. Altera proponit remedia, qua homines à temere litigando, qua incipiendo qua continuando, ne id faciant, abſterreantur. Altera de remediis & modis, quib. quos temere aut incepiſſe, aut perſeueraſſe apparet, coerceantur & puniantur. Sunt & porro remedia communia, quæ & abſterrendis hominibus, & vbi peccauerunt, coercēdis, apta nata ſunt. Et religio iuriſiurandi quæ in *fin. pr.* proponitur, pertinet ad abſterrendos homines, & ad incutiendum metum, ne temere lit gent, aut vt à temere cœpta lite deſiſtant, de quo mox in § 1. Actio calumniæ, propoſita *d.* §. 1. ſimul abſterrebat, & coercebat eos qui calumniati eſſent, quod & de metu infamiæ recte dicitur. Et ſpectāt omnia illa & ſingula, partim Reum, partim actorem, partim vtrumque.

Magnam curam egiſſe.] Nihil magis turbat concordiam ciuium, quam multitudo & frequētia litium. Itaq; cum (autore Platone) hoc maxime agere oporteat legislatorem, vt ciuitatem, quantum fieri poteſt, reducat quaſi ad vnitatem, id eſt, vt ciues quam maxime inter ſe ſint concordes, iſtud conſequenter ad curam legislatoris & magiſtratus, qui eſt miniſter legis, pertinere debet, vt amputet lites, & cauſas earum obſtruat, quanto magis curandum eſt, vt ne temere litigent homines, id eſt, vt quis per calumniam inſtituat actionē: tum ne pertinaciter conuentus reus contradicat, ſed potius cedat, & vltro ſatisfaciat. Et huic fini inſtituerunt veteres Romani ſponſiones, vt litigatores ſe mutuo prouocarent, & pecuniā deponerent, quam victor recuperabat, victus amittebat, vt refert *Varro lib. 4. de Ling. Lat. in fin. & Feſtus* (ſed loco mutilo) *in verbo ſacramentum.*

Qui iuxta ſuſtinebant.] Variæ ſunt ſignificationes verbi, *ſuſtinere.* Et vſurpatur etiam pro *defendere & tueri. Cicer 4. Academ.* Philo dum noua quædam commouet, quod ea ſuſtinere vix poterat. Item pro *fulcire* Artus infirmos baculo ſuſtinere Ouid. 6. metam. *Cicero pro domo* ceruicibus ſuſtinere Rempubl. & vtroque modo hic explicari poteſt verbum iſtud Hetro. mo... ICtos: ſed quid ni & magiſtratus.

TEXTVS.

1. Ecce enim iuſiurandum omnibus, qui conueniuntur, ex conſtitutione noſtra defertur. Nam reus non aliter ſuis allegationibus vtitur, niſi prius iurauerit, quod putans ſe bona inſtantia vti ad contradicendum peruenit. At aduerſus inficiantes ex quibuſdam cauſis dupli actio conſtituitur, veluti ſi damni iniuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quam ſimpli nomine, eſt actio, veluti furti manifeſti, quadrupli: nec manifeſti, dupli. Nam ex his & aliis cauſis quibuſdam, ſiue quis neget, ſiue fateatur, pluris quam ſimpli eſt actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia ex noſtra conſtitutione iurare cogitur, quod non animo calumniandi litem mouiſſet, ſed exiſtimando ſe bonam cauſam habere: Vtriuſque etiam partes aduocati, iuſiurādum ſoluunt, quod alia noſtra conſtitutione comprehenſum eſt. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta ſunt, quæ in deſuetudinem abijt, quia in partem decimam litis actores multabat, quod numquam factum eſſe inuenimus: Sed pro his introductum eſt & præfatum iuſiurandum, & vt improbus litigator, & damnum & impenſas litis inferre aduerſario ſuo cogatur.

COMMENTARIVS.

1 *Iuramentum calumniæ an olim habuerit locum & n. 4.*
2 *De veteri calumniæ actione.*
3 *Sponſiones veteres.*

Ecce enim iuſiurandum.] Huius religione abſterrentur homines à temere litigãdo, & intelligit enim iuramentum calumniæ, quod non reus tantum, ſed &, vt mox in *verſ. nam etiam actor.* ſubiicitur, actor & vtriuſque partis aduocati præſtare coguntur: de quo late in conſtitutione Iuſtiniani in *l. 2. C. de iur. propt. cal.* Et eam materiam Speculator Titulo proprio, & alii prolixe ſunt ad *d. l. 2.* exſecuti.

At aduerſus inficiantes.] De iſtis actionum generibus tractatur in *§. vt autem 19. & §. ſed furti. 26. ſup. de actionib. & in §. vlt. ſup. de obligat. quæ ex contr.* vbi rationem iſtius rei reddere conati ſumus. Et pendet iſtud totum à diſpoſitione iuris ciuilis quod in his ſpeciatim caſibus, voluit homines abſterrere à mendacio, & intentata dupli pœna adigere vt faterentur. Et eſt adeo hæc particularis prorſus pœna, quæ vix in vno aut altero caſu habet locum: neq; enim illud generaliter in omnibus actionibus, & quæ ex conuentione etiam deſcendunt, ſancire viſum fuit.

Statim autem ab initio.] Nihil iſtud quidem ad hanc materiam pertinet. Sed voluit Iuſtin. oſtendere, non in quibuſuis actionibus, quod iam diximus, habere locum, vt demum contra inficiantem ſit actio dupli. Et ſunt quędam ita comparatæ, vt durius ſit, ſi ex ea cauſa protinus aduerſus inficiantem eſſet actio in duplum, veluti ſi ex contractu aut etiam quaſi ex maleficio agatur, quædam contra ita, vt nimis humanum ſit, ſi demum inficiator teneatur in duplum: quales ſunt actiones, quibus vera maleficia vindicantur: Damnum autem dare licet inter vera maleficia referatur, eius generis tamen eſt, vt in eo non ſolum dolus, ſed & culpa vindicetur, vt ob hoc mitius cum Reo fuerit agendum. Ex cauſa legatorum, olim per damnationem, poſtea locis ſacris relictorum, ſpeciali ratione placuit ita coerceri improbã inficiationem. Et certa horum ſingulorum ratio dari non poteſt. Nam cum vim inferre, & cogere aliquem vt rem tradat, vel maxime verum maleficium ſit, attamen nõ protinus qui inficiatur, ſed qui demum contumaciter arbitrio non paret, in quadruplum condemnatur: niſi id ideo cõſtitutũ eſt, quonia actio ea in rē eſt reſcripta, & cõtra tertiũ ẽ: poſſeſſ. datur.

Hæc autē omnia.] Ait hæc omnia introducta eſſe pro veteri calumniæ actione &c. Quę vero omnia? Dixit de pœna inficiationis, ad quã hoc referri non poteſt, cum ea etiamnum duret, & olim quoq; ſemper in vſu fuerit. Iuramentum autem calumniæ non pœnam irrogat, ſed iniecta religione à calumniando abſterret. Itaq; maxime dicitur hoc intuitu eiꝰ ꝙ ſequatur, quod improbus litigator damnũ & impēſas litis inferre aduerſario cogatur: vbi verbum damni (ſub quo alias & impenſę litis cõtinentur) in ſpecie ſumitur, & ſignificat, ſi quid præterea ex lite improbe ſibi mota quis dãni ſenſerit: cuius rei exemplum ſumi etiam poteſt ex *§. tripli 14. & §. ſed hæc quidem 35. ſup. de actionib.* Et obſeruandum, † quod etiã iure veteri hoc genus iuramenti calumniæ nõ omnino fuerit incognitum, quippe in cauſa noui operis nuntiationis, & damni infecti pręſtandum *l. de pupillo 5. §. qui opus 14. de nou. oper. nun. l. qui bona 13. §. Qui damni 3. & §. ſi alieno 13. de damn. inf.* Quod Iuſt. generaliter obtinere voluit *l. 2. C. de iureiur. propt. cal.* qui etiã de victo in expenſas condemnando diſpoſuit in *genere in l. properandum 12. §. ſiue autem 6. C. de iudic.* vbi latiſſime Dd. & inprimis Iaſon. *Itemq; Angel. VVeſemb. & alii hic.* Quęnã illa fuerit vetus calumniæ actio, cuius hic mentio, numquam ſe legiſſe fatetur Hotto. hic. Fuiſſe ex LL. XII. tabb. & à Græcis acceptã probabile † faciunt, quæ ſcripſimus ad *§. tripli vero ſup. de act. ſub fin* Illud conſtat, non intelligi actionē de calumniatoribus in quadruplũ, de qua proprius eſt *tit. in Dig.* Notauit ad hunc *§. Pacius*, quod hoc iuramentũ apud Romanos olim actor & Reus iurauerint, & prouocat ad *orat. Cicer. pro Sext. Roſcio.* ſed imponit Lectori: & de iſto iuriſiurandi genere in iſta oratione eſt verbũ nullum. Sed ſane quid ſimile † iſti rei fuit, in ſponſionibus mutuis, quarum meminimus ad *pr. h. t.* & earum non infrequens mentio apud Cicer. velut in orat. *pro Cecinna* in medio: ſponſionem facere ni aduerſus Edictum prætoris vis facta eſſet: *& pro Quintio, non longe ante fin.* Sponſio facta eſt:

Margin notes (right): 1 (beside "Et obſeruandum, †"), 2 (beside "acceptã probabile †"), 3 (beside "ſimile † iſti rei").

Ni ex Edicto prætoris bona Quintii poſſeſſa non ſint. *Aſconius in 3. Verrinam.* Poſſeſſor, inquit, ſatisdat &c. Rurſus ſponſione ipſe prouocatur ab aduerſario, certæ pecuniæ aut æſtimationis, quam amittat ni ſua ſit hereditas, de qua contendit. Quæ prouocatio & ipſa videtur accepta à Græcis, apud quos in vſu προκλήσεις, quarum in *orat. 3. contr. Aphobum & in orat. 2. in Steph. in f. & alibi Demoſth.* meminit.

4 An autem iuramentum † acceſſerit, in his ſponſionibus, an ſeparata quædam ratio iurandi fuerit, non temere adfirmauerim. Notum eſt, vulgatum illud, quinquagenario ſacramento contendere: quo pertinet citatus ex Varrone locus *lib. 4. de Ling. Lat. ſub fin.* Qui, inquit, aliquid petebat, & qui inficiabatur, quinquagenos æris (ita enim rectius pro *quingentos* legitur) deponebant: qui iudicio vicerat, ſuum ſacramentũ ab ſacro auferebat &c. Inde enim quod mutuo iuramentum intercedebat, videtur factum, vt ipſa pecunia depoſita ſacramentum diceretur. Hinc eſt illud *Cicer. 7. Epiſt. fam. penult. ad Volumn.* ſacramento contendas, mea non eſſe. Et 1. *de orat.* quibus cum tibi iuſto ſacramento contendere non liceret. Idem *pro Cecinn.* cum Aretinæ mulieris libertatem defenderem, & Cotta Decemuiris religionem inieciſſet, non poſſe ſacramentum noſtrum iuſtum iudicari, &c. Et videntur vtrimq; litigatores iuraſſe, ſe iuſtã cauſam habere. Nã & ita apud Græcos, & nimirũ Athenienſes, à quib. hoc acceptum videtur, Vlp. in *orat. Demoſth. de falſa legatione* (pag. mihi 100.) διωμοσία, inquit, ἡ γινομένη ἐν τοῖς δικαστηρίοις ὅταν ὀμνύει καὶ ὁ κατήγορος καὶ ὁ φεύγων, αὕτη δὲ καὶ ἀντωμοσία λέγεται. Id explicat Heſychius ἀντωμοσία, inquit, ἑκατέρου μέρους, (vtriuſque partis) ὅρκος, τοῦ μὲν φεύγοντος, ὅτι οὐκ ἠδίκησεν, τοῦ δὲ ἐγκαλοῦντος, ὅτι ἠδίκηται. Rei, quod non fecerit iniũſte: accuſantis, quod iniuſte factum ſit. Suidas ὁ τοῦ κατηγορουμένου ὅρκος ἐπὶ τῷ τ' ἀληθῆ ἀπολογήσασθαι: ὥσπερ τοῦ κατηγοροῦντος, ἐπὶ τῷ τ' ἀληθῆ κατηγορήσειν. Accuſati iuramentum, quod vera ſit dicturus pro defenſione: ſicut accuſantis, quod vera ſit dicturus in accuſationem. Quod pene [illegible] iuramento calumniç. Pollux lib. 8. [illegible] ὀμνύουσι: διωμοσία μὲν ὅρκος ὃν ὁ κατήγορος ὀμνύει ἦ μὴν ἀληθῆ κατηγορήσειν: ἀντωμοσία δὲ ὅρκος ὃν ὁ κατηγορούμενος ἀντωμνύει, ἦ μὴν μὴ ἀδικεῖν. Iuramentum, quod primo præſtat accuſator, ſe vera deferre: Et iuramentum, quod contra præſtat Reus, ſe non iniuſte feciſſe. Quæ ad hunc locum adnotare viſum fuit.

TEXTVS.

2. Ex quibuſdam iudiciis damnati, ignominioſi fiunt: veluti, furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo: item tutelæ, mandati, depoſiti, directis, non contrariis actionibus: item pro ſocio, quæ ab vtraque parte directa eſt, & ob id quilibet ex ſociis, eo iudicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bon. raptorum, aut iniuriarum, aut de dolo, ignominia notantur, non ſolum damnati, ſed & pacti: & recte: plurimum enim intereſt, vtrum aliquis ex delicto, an ex contractu debitor ſit.

COMMENTARIVS.

1 *Cur tantum ex cauſa quatuor contractuum notentur damnati.*
2 *Ad* l. 6. §. 2. de his qui not. infam.
3 *An euitetur infamia ſi quis iudicio conſtituto pecuniam obtulerit.*

SPeciale eſt, quod hic proponitur, quibuſdam actionibus, & non tam temeritati litigantis, quam potius dolo his caſibus admiſſo pœna infamiæ irrogatur. Pleriſque criminalibus iudiciis damnato irrogatur infamia: ſed de iſtis non tractat Iuſtinia. ſed de iudiciis ciuilibus: & his tum ex delicto, tum ex contractu. Delicta quatuor enumerat ex quibus vnum quaſi generale eſt, quod vindicatur propria & ſubſidiaria actione doli, de qua ſub *tit. de dolo malo.* & eſt ea actio concepta in perſonam cuius directo dolum arguit. Facile aũt apparet ratio, cur damnatus ex L. Aquil. non fiat

fiat infamis, & propterea iſta actio hic omiſſa ſit: quoniam hac L. tenetur, qui dolum etiam nullum admiſit, & ſimpliciter ad reſarciẽdum damnum agitur. Cum autem quædã infamia irrogetur ipſo iure vt apparet ex *l. 1. de his qui not. inf.* ex cauſis *h.* §. enumeratis, ſententia demum infamat, & vt ait Iuſtinianus DAMNATI fiunt ignominioſi. Et praxis tamen hodie obſeruat, vt in ſententia ſuper iniuriis, damnato fama reſeruetur, quod fortaſſis rationi iuris non ſatis conuenit arg. *l. non poterit 63. de furtis.*

1 *Item tutela.*] Illud quæri poſſit, cur † non idem ſit in emto, locato, cõmodato &c. Tractant eam *Donell.* 18. *comm.* 8. *Alciat.* 2. *parerg.* 36. Et quod venditionem & locationem, cum ibi quiſq; ſuum lucrum quærat, non fuit ſatis cauſæ, qui non ſeruaret fidem, protinus fieret infamis. Differentiã inter depoſitum & commodatum hanc d. loco reddit Alciatus, quod deponens fidem elegerit depoſitarii, cui totum permiſerit, at non ita commodans, qui forte amico poſcenti non auſus fuerit negare. At contra videatur tanto magis odio dignus, qui cum beneficium accepiſſet & gratuitum vſum, fidem rumpit. Sed plane cum vix ob dolum depoſitarius conueniri poſſit, niſi dum negat depoſitum, turpiſſimum eſt inficiari depoſitũ, quod amici fidei & pene conſcientiæ fuit permiſſum & quod nullo colore, cum nudam cuſtodiam habeat, negare quis poſſit. Et faciunt huc bonæ rationes, quibus *Ariſtot. problem. ſect.* 29. *q.* 2. oſtendit, iniquius & turpius eſſe negare depoſitum quam mutuum. Porro qui defraudat pupillos ſuæ fidei commiſſos, nota iſta dignus eſt. Et iam olim iudicium tutelæ fuiſſe famoſum, apparet ex *Cicer.* 1. *de orat.* vbi (agens de imperitis aduocatis) turpe iudicium tutelæ, hoc ſenſu appellat. Et de actione mandati, Idem *Cicero pro Sext. Roſcio.* ſi qui rem mandatam non modo malitioſius, ſed etiam negligentius geſſiſſet, eum maiores ſummum dedecus admiſiſſe exiſtimabant. Itaque mandati conſtitutum eſt iudicium, non minus turpe quam furti. Hactenus Cicero. Ex quo loco illud ſumme notandum, ſimpliciter iſtam actionem fuiſſe famoſam, licet non dolus expreſſe argueretur, contra quam in *l. 1. de his qui not. infa.* ſcribit Accurſius (quem & *Donell.* 18. *comm.* 8. ſequitur) vbi ait, quod tum demum damnatus fiat infamis, ſi ex his cauſis damnetur nomine doli, ſecus ſi ob culpam, licet latam. Et ſane durum ſit, quem ob negligentiam fieri infamem: & an forte Cicero ſibi aliquid oratorio more indulſit. De actione pro ſocio idem *Cicero de orat.* pro *Sexto Roſcio.* In rebus minoribus ſocium fallere, turpiſſimum eſt, & æque turpe atque illud de quo iam diximus (nimirum de mãdato.) Et mox: maiores, eum qui ſocium fefelliſſet in virorum bonorũ numero, non putarunt haberi oportere. Intelligenda autem omnia ſunt de his, qui ſunt damnati ſuo nomine, qnod & nominatim adiectum eſt in *l. 1. verſ. qui pro ſocio l. 4. §. vlt. de his qui not. inf.* quod explicatur in *l. 6. §. 2. eod. tit.* 1. vt ſi quis † procuratorio nomine interueniens 2
ſuſceperit iudicium & damnatus ſit, (& ſententia enim fertur [illegible] in procuratorem) infamis non fiat, quia [illegible] non peccauit. 2. vt nec ipſe principalis, [illegible] & per aliam litigauit, fiat infamis: [illegible] fuit. Idẽ eſt ſi tutorio & per [illegible] proximus pubertate dolum committere [illegible] delinquere) aut curatorio nomine lis fuerit agitata *d. l. 6. §. 2.* vbi idem dicitur de herede, in quem ſcilic. lis cum defuncto conteſtata, continuata fuit (ceteroquin enim in heredes actiones pœnales de quibus ibi agitur non dantur) quod bonus ille Ant. Faber non intellexit, qui imprudenter & imperite, *dec. 8. de err. pragm. cap. 2.* vult expungi verba *vel heres.* Ex contractibus autem etiam propter dolum à defuncto commiſſum, ipſa actione contractus, heredes in ſolidum tenentur, & quidem ita, vt actio in eos detur, quæ contra defunctum mota non fuit, (quod inter omnes conſtat) ſed non ita, vt notentur infamia, cum non ſuo nomine nec ob proprium dolum conueniantur.

Directis.] Ratio cur in contrariis actionibus aliud obtineat, eſt in *l. 6. §. vlt. de his qui not. infa.* Et qui rem depoſitam ſibi reſtitui vult, & ſaltem impenſas v. c. quas alter ſe feciſſe prætendit,

tendit, reſtituere recuſat, cum præſertim ea præſtatio poſtea ſuperuenerit, nec de impenſis quidquam cõuenerit, non poteſt dici rumpere fidem, nec tale quidquam committere, propter quod infamia ſit notandus.

Sed & pacti.] Qui ſcilicet pretio dato pacti ſunt: ſi gratis remiſſa ſit actio, non notantur infamia *l. 6. §. pactus 3. de his qui not. infam. l. non damnatos 18. C. eod.* Ratio huius rei eſt in *l. 5. d. t.* quod intelligatur confiteri crimen, qui ita pactus eſt. Confeſſus autem perinde eſt, ac ſi damnatus eſſet, quoniam confeſſus pro iudicato habetur, *l. 1. de confeſſis.* vtrumque ſcilicet per fictionem quandam iuris: ceteroquin ſi ea veritas eſſet, etiam pactus ex ceteris cauſis, mandati, depoſiti &c. fieret infamis: quod contra eſt *h. text. & l. 7. de his qui not. infam.* Et eſt præterea hæc diuerſitatis ratio, quod qui paciſcitur ſuper crimine, non niſi crimen confiteri præſumi poteſt, poſtquam hinc præſumptio confeſſionis inducitur: at qui paciſcitur ſuper contractu, præſumitur humanius, pactus eſſe ſuper eo quod intereſt alterius, vt nihil neceſſum ſit præſumi: quod faſſus ſit do-
3 lum. Porro cum pactus † de crimine pretio aliquo dato fiat infamis, iudicium hinc licet facere de opinione Dd. qui putant euitari infamiam, ſi reus ſuſcepto mox iudicio, quin ſecundum quoſdam ſi etiam poſt litem conteſtatam vſq; ad ſententiam ſoluerit pecuniam, vt videre eſt ex *Bartolo in l. actus 22. de his qui not. infam. Coſtalto in l. 6. eod. tit. in fin. Socin. reg. 179. fall. 2. VVeſemb. in parat. eod. tit. n. 9. Gail. 2. obſ. 203.* Et illi generaliter loquuntur de cauſis ciuilibus, etiam ex delicto, ita ſi vt ſi quis offerat & ſoluat pœnam dupli vel quadrupli, cum conuentus eſſet actione furti, non fiat infamis. Quæ ſententia mihi omnino falſa videtur: Et miror rationem qua Bartolus mouetur: quod qui ſoluit, ante vtique non ſit damnatus, nec damnetur. Etenim non damnatus ſolum vere, ſit infamis, ſed & qui pro damnato habetur, veluti confeſſus, aut ſaltem pretio dato pactus, quæ depictio inducit præſumptionem confeſſionis commiſſi criminis. Atqui fortior præſumptio oritur, ſi quis v. c. furti conuentus ipſam pœnam dupli aut quadrupli exſoluat; quam ſi exiguo forte pretio dato impetret, vt actio remittatur. Et rurſus miror iudicium Interpretum, qui vt ita ſtatuant, mouentur vnico textu in *l. ſi reus 73. de procurat.* nec animaduertunt, quod ibi de famoſa actione dicitur, tantum exempli cauſa proponi, & ob id ſecundum rationem iuris rectiſſime de actionibus contractuum accipi, de quibus paulo ante egimus, & ex quarum cauſa pactus non ſit infamis.

TEXTVS.

3. Omnium autem actionum inſtituendarum principium, ab ea parte Edicti proficiſcitur, qua prætor edicit de in ius vocando: vtique enim inprimis aduerſarius in ius vocandus eſt, id eſt, vocandus ad eum, qui ius dicturus ſit. Qua parte prætor parentibus & patronis, item parentibus liberiſque patronorum & patronarum hunc præſtat honorem, vt non aliter liceat liberis libertiſque eos in ius vocare, quam ſi ab ipſo prætore poſtulauerint, & impetrauerint: & ſi quis aliter vocauerit, in eum pœnam ſolidorum quinquaginta conſtituit.

COMMENTARIVS.

POſſit hoc quoque ad pœnas particulares temere litigantium referri: ſi nimirum patrẽ, aut patronũ liberi libertiue ſine venia in ius vocauerint. Actione. n. coercentur pœnali *h. t. in fi. l. pen. & vlt. de in ius voc.* Pertinet hoc alias ad materiam *§. pœnales 12. ſup. de action.* vbi & huius actionis pœnalis ſit mentio, & ibid de ea tractant Interpretes. Et apparet, Iuſtin. id hoc loco, non tamquam exemplum aut ſpeciem temere litigantium pœnæ, propoſuiſſe, ſed ea magis occaſione, quod dixerat, actionum principium eſſe à vocatione in ius: quod ille

ille tamquam pro colophone tractationis de actionibus, ad quam omnia hactenus dicta pertinent, & quæ hic finitur, ſubiecille videtur: vt intelligeremus, actionem omnem eorum magiſtratu & iudice legitime inſtituendam eſſe; & cum nemo inauditus damnari poſſit, reum in ius & (vt hoc ipſo loco explicatur) ad eum qui ius dicturus eſt, ſuper controuerſa quæſtione, prius vocandum eſſe. Et olim cum omnes actiones à prætore petendæ eſſent, & prætor niſi audita vtraque parte, formulam & iudicem dare non poſſet, oportebat vtique prius reum in ius vocatum eſſe. Et vt maxime, quod quidam obiiciunt, concedamus, editionem priorem eſſe (& in Cod. præcedit *tit. de edendo*) nihil tamen contra hunc textum admittimus; quoniam editio actionis poteſt conſiderari hactenus vt prior, quatenus & extraiudicialiter edi actio poteſt: ceteroquin poterat olim Reus ſimpliciter in ius vocari, & tum in iure, vbi erat album, dicere quam actionem petiturus à prætore eſſet, qua de cauſa in Dig. præcedit *titul. De in ius vocando.*

AD TITVLVM XVII.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE OFFICIO IVDICIS.

TEXTVS.

Supereſt, vt de officio iudicis diſpiciamus. Et quidem inprimis illud obſeruare debet iudex ne aliter iudicet, quam Legibus aut conſtitutionibus aut moribus proditum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *Diſtinctio officii iudicis.*

2 *Sententia an & quatenus contra ius lata, ſit nulla.*

SVpereſt.] Quare ait *supereſſe*? puto, quoniam iſtud quoq; pertinet ad *Tractat. de actionibus & iudiciis.* Eſt enim nihil aliud iudicium, quam apud iudicem rei controuerſæ inter actorem & reum legitima diſceptatio. Et cum igitur de actionibus exceptionibusque & ita de actore & Reo tractauerit hactenus, merito & de iudice eiusq; officio aliquid fuit ſubiiciendum: quam rationem & Accurſ. adfert. Vt de officio iudicis aliquid in genere dicamus, id vulgo Dd. diſtinguunt in nobile & mercenarium. Rideo illos, qui in hanc diſtinctionem tantum non debacchantur: quaſi vero intelligant Interpp. quod iudex pecunia & mercede officium ſuum vendere debeat: ſed verbo non omnino commodo intelligunt officium, (ſicut & deſcribunt) quod ſubſeruit actioni, & cui inſtituta actione & iudicio conſtituto locus eſt: ſicut per Nobile intelligunt officium iudicis, quod vt ita loquar, non eſt miniſtrans, & quod ſtat per ſe. Huius autem rurſus docendi cauſa plures ſpecies conſtitui poſſunt. Aliquando enim magiſtratus ex officio quid facit, etiam non imploratus, velut cum pupillis tutores conſtituit, aut contra reos vel diffamatos per inquiſitionem procedit *l. 1. de iuriſdict. l. congruit 13. de offic. præſ.* ſæpius id facit imploratus, & vel ad ſimplicem petitionem, veluti cum petente matre aut liberis, dat tutores pupillis, vel ad talem petitionem quæ eſt inſtar actionis, veluti cum damni infecti cautio poſtulatur *l. Actionis 37. de Obl. & Act.* ſed & olim huc pertinebat petitio interdicti, quæ hodie per modum actionis introducitur, *§. vlt. ſup. de interd.* Quin & amplius ex ratione iuris quodámodo huc referri poſſint ea, quæ dicebantur prætoriæ cognitionis, ſed quæ cenſentur hodie iure actionum ordinariarum, & tales omnino ſunt, ſed

& huc

aut dedat ſeruum, aut pecuniam ſoluat. Ego tamen fere putarim id præciſe non eſſe neceſſarium, nec ſententiam fore nullam, ſi ita concepta non fuerit; Sed crediderim ſententiam valituram, licet Reus tantum condemnatus fuerit in pecuniam; quoniam facultatem noxæ dedendi Reus non habet ex ſententia: Sed ex Lege, vt docet *l.6. §.1. de re iudic.* ex qua & tale ducitur argumentum.

Quod non venit in actionem iudicati, illud non neceſſe eſt, vt ſit in ſententia: atquin noxæ dare, non venit in actionem iudicati: *dict. leg. 6.* §.1. Ergo, &c. Et adeo miror iudicium Hottomanni, qui ex *dict. leg. 6.* §.1. vult probari, facultatem dedendi noxæ, nominatim in ſententia reo permittendam eſſe. Et inepta nec concludens eſt ratio, qua mouetur ex *dict. leg. 6.* §.1. quod nullum ſit iudicium noxæ deditionis; cuius aſſertionis hæc ſententia eſt, ſi ſcientia, aut iuſſus domini in delicto ſerui interuenerit, poteſt agi directo ad æſtimationem, nulla facta mentione noxæ deditionis. At, licet ignorante domino ſeruus peccauerit, tamen pro ſola noxæ deditione agi non poteſt, quoniam ita fieret, vt dominus noxæ ſeruum cogeretur dare, nec poſſet ſoluere æſtimationem damni dati; quod ratio iuris haud patitur, quippe quo hoc an ſeruum noxæ dare velit necne, libero arbitrio domini eſt permiſſum.

TEXTVS.

2. Et, ſi in rem actum ſit coram iudice: ſiue contra petitorem iudicauerit, debet abſoluere poſſeſſorem: ſiue contra poſſeſſorem, iubere ei debet, vt rem ipſam reſtituat cum fructibus. Sed, ſi neget poſſeſſor, in præſenti ſe reſtituere poſſe, & tempus ſine fruſtratione videbitur reſtituendi cauſa petere, indulgendum eſt ei, vt tamen de æſtimatione litis caueat cum fideiuſſore, ſi intra tempus, quod ei datum eſt, non reſtituerit. Et, ſi petita ſit hæreditas, eadem circa fructus interueniunt quæ diximus interuenire de ſingularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa ſua non perceperit poſſeſſor, ſiue illorum, quos perceperit, in vtraque actione eadem pene ratio habetur, ſi prædo fuerit. Si vero bonæ fidei poſſeſſor fuerit, non habetur ratio, neque conſumptorum, neque non perceptorum. Poſt inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa poſſeſſoris percepti non ſunt, vel percepti conſumpti ſunt.

COMMENTARIVS.

HIC de actione in rem, tum ſingulari tum vniuerſali, quæ eſt petitio hereditatis. In vtraque vt §. *hic* docet, officium iudicis tum circa res petitas tum, circa fructus verſatur. Nos verba textus explicabimus.

Siue contra petitorem.] Si contra petitorem iudicatum ſit, abſoluere debet poſſeſſorem. Ita Iuſtinian. At enim ita iudicatur & hoc ipſo contra petitorem, dum abſoluitur poſſeſſor. Aut an præterea ſpeciali clauſula opus eſt? Ita vt & contra actorem iudicetur, & poſſeſſor abſoluatur? quod ſane arguit hic locus; niſi ſubinepte locutum dicamus Tribonianum. Obſeruauit hoc Weſembecius, qui, *iudicauerit* explicat, ac ſi dixiſſet, *apud ſe vindicandum eſſe putauerit*.

Quod eo minus probo, quia hæc non tam ſcripſiſſe Tribonianum, quam ex veteribus Iuriſconſultis deſcripſiſſe exiſtimo. Fortaſſis an, cum actor intenderet, ſe eſſe dominum, ſicut vbi probauerat dominium, iudex pronuntiabat *Titium actorem videri do-*

XXX *minum*

eius quod poſt acceptum ad exhibendum iudicium interceſſerit ante rẽ iudicatam, rationem habere debet iudex. Quod ſi reus neget, cum quo actum eſt ad exhibendum, in præſenti ſe exhibere poſſe, & tempus exhibendi cauſa petat, idque ſine fruſtratione poſtulare videatur, dari ei debet, vt tamen caueat, ſe reſtituturum. Quod ſi neque ſtatim iuſſu iudicis rem exhibeat, neq; ſe poſtea exhibiturum caueat, condemnandus ſit in id, quod actoris intererat, ſi ab initio res exhibita eſſet.

COMMENTARIVS.

ACtio hæc hactenus ſimilis eſt actioni de qua in §. *præced.* quod ſicut illic reſtituere & ſi ſtatim non poſſet, data dilatione, deſuper cauere reus tenetur, ita hic reus exhibere, & ſi ſtatim non poſſit cauere debet ſe exhibiturum, *l. de eo 12. §. ſi iuſta 5 ad exhib. h. §. verſ. quod ſi neget.* vbi ex d. § 5 pro, *reſtituturum* rectius legeretur, *exhibiturum.* Eſt autem hæc actio principaliter, præparatoria rei vindicationis, *arg. l. ad rem 56. de procurat.* ex ratione quæ ſumitur ex *l. 6. de rei vindic.* Sed tamen latius patet, & ex alijs quoque cauſis & etiam non domino, & cuius intereſt rem exhiberi competit *l. 3. §. 1. & §. ſciendum 6. & d. l. 2. §. 2. ad exhibend.* Tenetur Reus vt rem exhibeat, & quidem cum ſua cauſa, id eſt cum partu, fructibus, & quacunque vtilitate, quam actor habere potuiſſet; ſi tempore litis conteſtatę exhibita res fuiſſet *h. §. in pr. & verſ. præterea l. Iulianus 9. §. 3. & §. quantum 5. cum ſeqq. d. t.* Itaq; condemnatur, ſi vel non in eadem cauſa exhibeat, vel non omnino exhibeat. Illius exemplum refertur ex *d. l. 9. §. proinde 6. ad exhib. in §. verſ. ideoque,* ſi rem inter moras iudicij vſucaptam exhibeat reus, ſiue à tertio ſiue etiam à ſeipſo, nam ex ratione iuris veteris etiam poſt litem cœptam & conteſtatam impletur vſucapio, *l. 18. & 20. de rei vind* quod hodie ſecus eſt, *l pen. & vlt. C. de annali &c* & diximus *ſupr. de vſuc.* Hoc caſu itidem vt priori ad omne intereſſe condemnatur *h. §. in fi.* & (quod ſupplendum eſt) aliquando quanti actor in litem iurauerit *l 5. in pr. de in lit. iur. l. 3. §. 2. ad exhibend.* quod probabiliter tum admiſſum fuit, vbi quis iure dominij rem petiit exhiberi.

TEXTVS.

4. Si familiæ erciſcundæ iudicio actum ſit, ſingulas res ſingulis hæredibus adiudicare debet: Et, ſi in alterius perſona prægrauare videtur adiudicatio hunc debet inuicem cohæredi certa pecunia, (ſicut iam dictum eſt) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi ſuo quiſque condemnatus eſt, quod ſolus fructus hæreditarij fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, vel conſumpſerit. Quæ quidem ſimiliter inter plures quoque quam duos cohæredes ſubſequuntur. Eadem interueniunt &, ſi communi diuidundo de pluribus rebus actum ſit. Quod ſi de vna re, veluti de fundo, ſi quidem iſte fundus commode diuiſionem regionibus recipiat, partes eius adiudicare ſingulis debet, & ſi vnius pars prægrauare videbitur, is inuicem certa pecunia alteri condemnandus eſt. Quod ſi commode diuidi non poſſit, veluti ſi forte homo, aut mulus erit, de quo actum ſit, tunc totus vni adiudicandus eſt, & is inuicem alteri certa pecunia condemnandus eſt.

COMMENTARIVS.

DIximus ad §. *quædam ſup. de action.* iſtas actiones mixtas eſſe in rem & in perſo-

nam. In rem quatenus quiſque iure dominij vindicat partem ſuam quam in re communi habet, in perſonam, quatenus alter alteri obligetur ex quaſi contractu, ob perceptos fructus, aut expenſas factas, aut damnum in re communi datum, iuxta §. *Item 3. cum §. ſeq. de oblig. quaſi ex contr.* Ab his pendet explicatio *huius text.* Et ad præſtationes perſonales, quatenus actio eſt in perſonam, pertinet *verſ. eo quoque.* Cetera omnia ad naturam actionis in rem, vt nimirum res inter ſingulos diuidantur, & iam ſinguli ſeorſim habeant, aut res integras, aut partes, pro diuiſo, quas ante pro indiuiſo habebant. Et nimirum agitur, aut de pluribus rebus diuidendis, vt inter plures hæredes, iudicio familiæ erciſcundæ, vel etiã inter ſocios ex conuentione iudicio comm. diuidundo, aut hoc eodem iudicio de rebus ſingulis diuidendis. Priori caſu, ſingulas res integras ſingulis adiudicat arbiter, & ſi vna res pretioſior ſit, eum cui hæc res adiudicata eſt, tantam pecuniam alteri dare iubet *h. text. in prin.* ſicut iam dictum eſt, vt ait Iuſtin. nimirum ſupra in §. *quædam in fin. de action.* Quod nõ ita accipiendum eſt, quaſi neceſſario res integrę ſingulis hic adiudicandæ ſint, ſed ideo loquitur ita Iuſtin. quoniam vbi res plures diuidendæ ſunt, iſta ratio diuidẽdi commoda eſt; Ceteroquin ſi in hæreditate ſint fundi, qui commode per regiones diuiſionem recipiãt, nihil impedit quominus ita illę diuidantur. Poſteriori caſu, aut res recipit partes pro diuiſo, & ſingulæ ſingulis adſignantur: *h. textu verſ. quod ſi de vna.* ſin minus, velut ſi agatur de ſeruo aut equo, qui communes fuerunt; & quoniam hæc non recipiunt partes pro diuiſo, quæ neceſſario faciendæ ſunt, vbi hic agitur, vt abeatur à communione, neceſſitas eo rem deducit, vt res æſtimetur; & vni res integra, alteri æſtimatio dimidiæ partis aſſignetur, quam præſtet, qui rem integram conſequitur, iuxta *h. text. verſ. quod ſi commodi.*

TEXTVS.

5. Si finium regundorum actum fuerit; diſpicere debet iudex an ſit neceſſaria adiudicatio: quæ ſane vno caſu neceſſaria eſt, ſi euidentioribus finibus diſtingui agros ſit commodius; quam olim diſtincti fuiſſent; nam tunc neceſſe eſt, ex alterius agro partem aliquam, alterius agri domino adiudicari, quo caſu conueniens eſt, vt is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine quiſque condemnandus eſt hoc iudicio: quod forte circa fines malitioſe aliquid commiſit: verbi gratia, quia lapides finales furatus eſt, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine, quiſque eo iudicio condemnatur, veluti ſi quis iudice iubente metiri agros paſſus non fuerit.

COMMENTARIVS.

IN iudiciis duobus familiæ erciſcundæ & communi diuidundo facilius ſint adiudicationes, id eſt facilius vni res tota, aut aliquid vltra partem, quæ ad eum pertinet, à iudice addicitur (quin, vt mox dicemus in §. *ſequenti* etiam vbi æqualiter res diuiditur, fit adiudicatio) Rarius in iudicio fin. regund. id admittitur 1. quia agitur tantum de agris & fundis, qui facile recipiunt diuiſionem.

Deinde & magis, quia non aditur hic iudex tamquam ſuper re communi vt eam diuidat, ſed vt cuique quod quiſque ſuum eſſe contendit, adſignet, & ad eum pertinere pronuntiat; quo intuitu hæc actio inſtar habet rei vindicationis, vt apparet, vel ex eo quod de fructibus traditur in *l. 4. § 2 fi. regund.*

Idque

Idque eſt, quod in *pr. h. text.* docet Iuſtin. vbi refert caſum, quo neceſſaria eſt adiudicatio, ex *l. 2. & 3. §. 1. eod.* Quo autem intuitu hæc quoque actio dicatur perſonalis *in l. 1. fin. regund.* diximus remiſſiue ad *§. quad.am 20. ſup. de actionib.*

Eo quoque nomine.] Traditur hic 1. eum quoque hoc iudicio coerceri, qui malitioſe verſatus eſt. 2. contumaciam quoque puniri. Videntur iſta excedere poteſtatem iudicis huic iudicio addicti: nam inprimis conſtat iudicem pedaneum multam irrogare non poſſe, quæ ſolet eſſe pœna contumaciæ, tum vero delictum, commiſſum in excidendis & furandis lapidibus & arboribus finalibus, grauiorem pœnam meretur, & extra ordinem ſolet & debet coerceri arg. *l. 1. & t. tit. de term. moto.* Crediderit quis Iuſtinianum ad mores ſeculi ſui, quibus iudicabant ipſi magiſtratus, ita fuiſſe locutum de hac actione. Sed idem fere eſt de contumacia *in l. 4. §. 3. finium reg.* vbi dicitur condemnandus, qui iudici non paret. Et vero poteſt ita accipi condemnatio, vt non multam, ſed intereſſe aduerſarii ſignificet: quod iam in medio relinquo.

TEXTVS.

5. Quod autem iſtis iudiciis alicui adiudicatum fuerit, id ſtatim eius fit, cui adiudicatum eſt.

COMMENTARIVS.

1 *An ſententia ſit titulus vel cauſa adquirendi.*

HInc colligere ſolent Interpp. quod ſententia transferat dominium. Et *gloſſ. in l. 5. de iuſt. & iure*, ſententiam inter modos adquirendi dominii, ex iure ciuili, refert. Alii magis putant ſententiam tantum tribuere titulum, vt videre eſt ex his quæ *late diſputat Iaſon in d. l. ex hoc iure 5. de iuſt. & iur. col. 6. & ſeqq.* Anton. Faber. *de errorib. pragm. decad. 98. c. 7. & ſeqq.* ſpeciale eſſe ait in tribus his iudiciis, vt per adiudicationem dominium adquiratur. Omnes fortaſſis errant. Sententia nec dominium tribuit, nec titulus eſt: nec quidem in iſtis iudiciis licet hic facilius quis falli poſſit. Sed enim qui & hic litigant, dominium & titulum iam ante habent, & iudex per ſententiam & adiudicatione ſua facit, vt res quæ ante communis pro indiuiſo erat, iam pro partibus diuiſis cuiuſque propria eſſe incipiat: & cum antea poſſeſſio penes litigantes fuerit, nec alia traditio alia neceſſaria ſit, conſequitur, vt præexiſtente titulo & dominio, quiſque partis ſibi adſignatæ ſit dominus.

At enim dixerit quis, ita obtinere, vbi æquales partes in re, ſingulis adiudicantur: ſæpe autem accidere, quod & paulo ante diximus, vt vbi res aut plane non, aut non commode diuidi poteſt, alteri tota, aut plus quam in ea habet, pro re alia, vel pro pecunia adiudicetur.

Reſpondebo, quod nec hic neceſſum ſit, vt vicem tituli ſententia fungatur, ſi quidem tum vel permutatio, vbi rem pro re ſinguli capiunt, vel vbi pecunia internenit, intelligatur contrahi empto *arg. l. 1. C. comm. vtr. iud.* Sed etiam circa priorem caſum, quo res æqualiter diuiduntur, ſubtilius obiici poſſit: quod cum partes pro indiuiſo, quas ſocii in fundo vel alia re habent, ſint ita ſparſæ per totam rem, vt neuter ſe huius vel illius partis dominum dicere poſſit, etiam hic videatur eſſe à poteſtate adiudicationis, quod diuiſione facta partes pro diuiſo ſeorſim ſinguli tenere & dominium ſibi aſſerere poſſunt. Ex quo eſt, vt ſi ſocius adhuc, partem fundi pro indiuiſo pignori obligauerit, diuiſione poſtea facta, non debitoris ſolius pars, ſed ſingulorum partes pignori ſint obligatæ, vt eſt *in l. 3. §. 1. qui potior. in pign.* Sed enim, ſi, vbi res quæ communis erat, vni in ſolidum adiudicatur, titulum permutationis admittimus, etiam & multo magis in iſto caſu locum habere poterit. Et deciſionis *in dict. leg. 3 §. 1.* nulla alia ratio eſt, quam quod obligationis ſemel in parte pro indiuiſo conſtitutæ conditio, per diuiſionem poſt ſecutam, mutari non poteſt. Et tamen

quoniam nec permutatio vera nec emptio hic contrahitur, videtur quid ſingulare hic ſententiæ iudicis tributum fuiſſe: & ob hanc quoque rationem *Vlp. tit.* 19. (alias 20.) *de dominiis &c.* adiudicationem in his iudiciis retuliſſe inter modos adquirendi dominii videtur. Denique & hoc notandum, verbum *adiudicationis* vſurpari aliquando de eo tantum caſu, quo ſocio res aliqua integra, aut vltra partem quam in ea habet, adſignatur, vt videtur accipi *in §. pen. in pr. h. t.* Veruntamen ex ratione quam dixi *ex l. 3. §. 1. qui pot. in pign.* efficitur, quod recte etiam dicatur adiudicari partes æquales pro diuiſo: quomodo & vſurpatur id verbum ſimpliciter ab Vlpiano, & à Iuſtiniano *in §. eadem verſ. quod ſi de vna h. t.*

AD TITVLVM VLT.

LIBRI QVARTI INſtitutionum,

DE PVBLICIS IVDICIIS.

TEXTVS.

Publica iudicia neque per actiones ordinantur, neq; omnino quidquam habent ſimile cum cæteris iudiciis, de quibus locuti ſumus: magnaque diuerſitas eſt eorum, & in inſtituendo, & in exercendo. Publica autem dicta ſunt, quod cuiuis ex populo executio eorum plerumque datur.

COMMENTARIVS.

1 *Publica vnde dicta.*

Rationem inſtituendorum, ſiue conſtituendorum & exercendorum publicorum iudiciorum proprio tractatu perſecutus eſt Sigonius, & tradidit *Briſſon. 2. ſelect. antiq. c. 1.* ex quo id deſcripſit *Gothof. ad l. ordo 8. de publ. iud.* vbi ipſe Iuriſconſ. durante tamen pœna Legum eum ordinem ſublatum eſſe dicit.

Publica dicta ſunt.] Ieiuna videtur † ſubtilitas Hottomanni & aliorum, qui negant ideo publica dicta hæc iudicia, quod cuiuis è populo eorum executio datur, ſed quia publica facta ſint, ideo cuiuis eorum executionem cenſent dari. Ecquid enim aliud hic ſignificare poteſt publicum, quam quod hic proponitur? & an non publica facta eſſe hæc iudicia, hoc ipſum ſignificat, quod quiuis ex populo reos eiuſmodi deferre & accuſare poſſit? Et illa ſaltem inueſtiganda eſt ratio, cur hæc iudicia & delicta tantum publica facta, & eorum perſecutio & executio permiſſa fuerit cuiuis ex populo. Nec videtur alia, quam quod per iſta delicta ipſa Reſpub. lædi videtur: & vt tradunt *Duar. 1. diſput. 37. Charond. 3. veriſim. vlt.* hæc iudicia pro conſeruanda Reip. tranquillitate conſtituta ſunt: adeo etiam omnibus & ſingulis Reip. membris perſecutio hæc fuit concedenda. Non negarim ad hanc appellationem contuliſſe aliquid, & ſingularem procedendi modum, tum etiã, quod ipſe olim populus vel quos populus cõſtituerat, ſuper iſtis criminibus cognoſcebant. Ex quo populares actiones ab iſtis iudiciis ſeparari poſſunt.

Plerumque.] Hottom. putat non male dictum pro *fere*, & limitationis gratia, quoniam multi ſunt ex populo & ciuibus quibus ius accuſandi negatur, de quibus *in l. qui accuſare 8. cum ll. ſeqq. de accuſat.*

TEXTVS.

1. Publicorum iudiciorum quædam capitalia ſunt, quædam non capitalia. Capitalia dicuntur, quæ vltimo ſupplicio adficiunt homines, vel etiam aquę & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera ſi quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem ſunt, non tamen capitalia. Publica autem iudicia

iudicia hæc ſunt: Lex Iulia maieſtatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendit: cuius pœna animæ amiſſionem ſuſtinet, & etiam poſt mortem damnatur memoria Rei.

COMMENTARIVS.

1 *Capitalis cauſa quæ.*
2 *Deportatio an omnino ſubrogata in locum interdictionis aquæ & ignis.*
3 *Perduellionis crimen.*

DIuiſio iudiciorum publicorum à qualitate pœnæ, in capitalia & non capitalia, *ex l.2.de publ.iudic.* Capitalis cauſa in genere etiam cauſam famæ comprehendit *l. dicit* 103. *de V. S.* quo ſenſu intelligendus eſt Cicero pro Quintio, cauſam eam (quod identidem facit) appellare capitis cauſam. Sed in vſu iuris no-
1 ſtri cauſa capitis dicitur,† in qua agitur de vita hominis eaque vel naturali vel ciuili: Et proinde capitalis pœna eſt, per quam irrogatur mors, & hæc rurſus, vel naturalis, vel ciuilis: quod accidit, cum quis fit ſeruus pœnæ, veluti cum damnatur in metallum: vel cum ſolam ciuitatem ſalua libertate amittit: quod rurſus, iuxta *hunc* §. aquæ & ignis interdictione, aut deportatione. Vbi illud ſcrupulum
2 habet, quod vtriuſque iſtius † pœnæ meminit Iuſtinianus, cum tamen poſterioribus temporibus interdictio aquæ & ignis deſiiſſe, & in eius locum omnino deportatio videatur ſucceſſiſſe, vt probant textus *in l.* 2. §.1. *de pœn.l.*3. *ad L. Iul.peculat.* Sed ſane & ICti non in vno loco vtramque pœnam coniungunt, velut *in l. Imp.* 18. *de ſtat. hom. l.*5. *in princ. de cap.min. l. cũ quis* 38. *in pr. de ſolutionib. l.* 8. §.1. *&* 2. *de teſtamentis.* Vt fatendum ſit, vt maxime deportatio frequentior fuerit, tamen non omnino prorſus deſiiſſe veterem illam pœnam interdictionis: vix enim dicere liceat, ICtos intuitu veteris Reip. & moris, ſaltem & quaſi obiter pœnæ iſtius adhuc feciſſe mentionem.

Cætera publica quidem ſunt.] Sunt enim quædam publica iudicia, ex quibus mitior pœna & ſaltem damnum pecuniarium, cum infamia (& hæc enim ex omnibus delictis publicis damnatum conſequitur *l. infamem* 7. *de publ. iud.*) irrogatur, h. §. qui ſupplendus eſt *ex l.*2. *in fin. d. t.* quod aliquando etiam pœna eſt coercitio in corpus: cuius ſpecies latiori ſignificatione etiam recte conſtituitur relegatio.

Lex Iulia Maieſtatis.] Improprie loquitur: neque enim Lex Iulia maieſtatis eſt iudicium publicum, ſed per eam (quæ eſt ſententia Iuſtiniani) conſtitutum hoc eſt, vt iſtud crimen eſſet publicum. Nec tamen exiſtimandum eſt, ante hanc Legem Iuliam iſtud aut nullum crimen aut non publicum fuiſſe: conſtat enim in omni Repub. etiam populari hoc crimen committi: ſed & conſtat, quod apud Romanos, ſub ſtatu Democratico aut Ariſtocratio fuerit publice hoc crimen vindicatum. Sed Legi Iuliæ hoc tribuitur, vel quia à Iulio Cæſare mutato priori ſtatu, & conuerſo in Monarchicum, qui ſtatus porro perdurauit, lata fuit: vel quia plenius & accuratius ea Lege, iſta res ſancita fuit. Duo autem genera iſtius criminis conſtituit † Iuriſconſultus *in l. vlt. ad L. Iul. maieſt.* 3
alterum quod vocatur nomine ſpeciali perduellionis crimen, ſi quis hoſtili animo ſit affectus & quid machinetur erga principem aut rempubl. alterum, quod retineat generale nomen criminis maieſtatis, ſi quis ex alia cauſa in Legem committat: Et procul dubio enim plura capita expreſſit Lex, & plures caſus, quibus in crimen maieſtatis quis incideret, & apparet *ex toto tit. Ad L. Iul. maieſt.* & inprimis *ex l.* 4. 5. 6. *cod.* Obiiciunt quidam contra definitionem criminis perduellionis, quæ eſt *in d. l. vlt.* quod imo ille dictus fuerit reus huius criminis, qui ciuem Romanum contra ius libertatis & contra Leges Porcias & Sempronias, vt peregrinum tractaſſet: quoniam hæc ſolus populus Rom. ſibi reſeruauerat: velut id docent *Onufrius li.* 2. *de ciuit. Rom pag. mihi* 168. *Nic. l. Gruchius lib.* 1. *de comitiis cap.* 2. *ſub fin.* Sed ſane ſub

Monar-

Monarchico ſtatu iſtud procul dubio in deſuetudinem iuit. Deinde vt maxime demus, quod iſti volunt, at ſi putant hoc ſolum fuiſſe perduellonis crimen, haud dubie errant: nam & perduellionis rei fuerunt ſub ſtatu populari, qui contra eum ſtatum conſilia de regno iniuiſſent. Liuius de *Caßio. lib.* 2. ei à quæſtoribus, ex hac cauſa diem dictam perduellionis: & de Manlio Capitolino regnum affectante *lib. VI.* Duumuiros, qui de perduellione anquirerent, creatos fuiſſe, refert.

Memoria rei damnatur.] Id eſt, etiam mortuo reo cognitio abſoluitur, & contra mortuum reum ſententia fertur, quod in aliis criminibus regulariter ſecus eſſe, notauimus *ad* §. 1. *ſup. de perp. & tempor. act.*

TEXTVS.

2. Item Lex Iulia de adulteriis coercendis, quæ non ſolum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, ſed & eos, qui cum maſculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem Lege Iulia etiam ſtupri flagitium punitur, cum quis ſine vi vel virginem, vel viduam honeſte viuentem ſtuprauerit. Pœnam autem ſtupratoribus eadem Lex irrogat, ſi honeſti ſunt, publicationem partis bonorum: ſi humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

COMMENTARIVS.

1 *Stuprum: quando & quomodo committatur, & ad* l. 34. de adult. & ad l. 101. de V.S.

PRobarunt iam pridem doctiſſimi ICti, & alii eruditiſſimi viri, & inter hos *Lipſius in Comment. ad Tacitum, lib.* 4. pœnam adulterii ex Lege Iulia non fuiſſe capitalem, ſed ex ſanctionibus poſteriorum Impp. talem factam fuiſſe. Itaque parum caute pœnam gladii Legi Iuliæ adſcribit hoc loco Iuſtinianus: & ſolet ita excuſari, quod cum Lex Iulia pleniſſime de crimine adulterii & eius pœna diſpoſuerit, etiam quæ poſtea ſuper adulterio ſancita fuerunt, ei Legi fuerint adtributa. Porro ſtuprum in genere ſumptum, adulterium quoque continet, & promiſcue in Lege Iulia vſurpatum fuiſſe verbum ſtupri & adulterii teſtantur textus *in l. inter* 101. *de V.S. l.* 6. §. 1. *D. ad L. Iul. de adult.* Sed ſtuprum quod committitur in nuptam accepit ſpeciale nomen adulterii. Cæteri congreſſus illiciti proprium ſibi retinuerunt nomen ſtupri. Ait Modeſtinus *in d. l.* 101. *de V.S.* Adulterium in viduam committi, quod exempli cauſa dictum eſt: nam & congreſſus cum virgine & puero ſtuprum eſt. Et virginis mentio eſt *in d. l.* 6. §. 1. *de adul.* pueri, ſimul *h.* §. & idem Modeſtinus *in l. ſtuprum* 34. *de adulter. meminit.* Ait hoc loco Iuſtin. ſtuprum committi in viduam vel virginem honeſte viuentem, id eſt, 1 Quæ non vulgat corpus, nam ſi vidua vulget ſe palam & quaſi corpore quæſtum faciat, non committitur cum ea ſtuprum, ſed eſt ſimplex fornicatio, quæ apud Romanos Ethnicos immunis erat à pœna. Quæ cauſſa eſt cur Apoſtoli *Actorum* 15. non interdicunt conuerſis ad fidem, adulterium, quod Legibus publicis puniebatur, ſed ſcortationem, quæ apud Gentiles licita erat. 2. Quæ non eſt concubina, cum hac enim non committitur ſtuprum, quia concubinatus iure Romano, & adhuc Iuſtinianeo eſt licitus. Itaque eſt quod *in d. l.* 34. *de adulter.* ait Modeſtinus, ſtuprum committere, qui liberam mulierem ſecum habet, nec vt vxorem nec vt concubinam: (meretricem enim nemo proprie loquendo ſecum habere dicitur, cum ea omnibus ſe proſtituat.) Idque eſt quod dicitur *in l.* 3. *in pr. de concub.* ſi quis fœminam ſecum habeat, quæ in concubinatu eſſe non poſſit, ſi eam pro vxore habere nolit, ſtuprum committere. Quæ omnia cum optime cohęreant, apparet, quã ineptus ſit Grammaticus ille Valla, dum 6. *elegan.* 45. Modeſtinum *in d. l.* 34. *de adulter. & in d. l.* 101. *de V.S.* ſecum ipſo pugnantem facit.

TEX-

TEXTVS.

3\. Item Lex Cornelia de Sicariis, quæ homicidas vltore ferro perſequitur, vel eos, qui hominis occidendi cauſa ambulant cum telo. Telum autem (vt Caius noſter ex interpretatione Legum duodecim tabularum ſcriptum reliquit) vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, ſed & nunc omne ſignificat, quod manu cuiuſq; iacitur, ſequitur ergo, vt lignũ & lapis & ferrum hoc nomine contineantur: dictum ab eo, quod mittitur in longinquum, à Græca voce τηλε figuratum. Et ſic hanc ſignificationem poſſum inuenire & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus illi βέλος appellant, ἀπὸ τοῦ βάλλειν. Admonet nos quod Xenophon ſcripſit: καὶ τὰ βέλη ἐμῶς ἐφέρετο, λογχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à Sica, quod ſignificat ferreum cultrum. Eadem Lege & venefici capite damnantur, qui artibus odioſis tam venenis, quam ſuſurris magicis, occiderint homines, vel mala medicamenta publice vendiderint.

COMMENTARIVS.

1 *Teli ſignificatio.*
2 *An ſuſurris magicis poſſint homines occidi.*

HIc agitur de variis homicidarum generibus, quin & his, qui hominẽ ſaltem occidere voluerunt. Et ita enim *in pr. huius* §. ait textus, teneri Lege Cornelia etiam qui hominis occidendi cauſa cum telo ambulauerit. Occurrendum enim fuit grauitate pœnæ, conatui ipſi, qui propinquus eſſet, ne in actum deduceretur. Veroſimile eſt, Cornelium Sullam, poſt ſæuiſſimam proſcriptionem, cum paſſim ciues impunę trucidarentur, tandem vt cędibus finis imponeretur, vt iſtam Legem ferret, quaſi adactum fuiſſe, cuius pœna refertur *in l. 3. §. pen. ad L. Corn. de Sicar.* ſecundũ quam quod de vltore ferro dicitur *h. §.* limitandum, aut, quod *ad §. præc.* diximus huc quoque repetendum, & nimirum pœnam capitalẽ, quæ indiſtincte poſtea homicidis irrogata fuit, Legi Corneliæ adſcriptam fuiſſe: Conſuetudine tamen generali derogatum eſt iuri iſti, quo conatus ordinaria pœna Legis Corneliæ punitur, quemadmodum atteſtatur Clarus, *lib. 5. §. vlt. quæſt. 92.*

Telum autem.] Totum hoc deſcriptum eſt *ex l. ſi caluitur 233. §. 2. de verb. ſign.* nimirũ de TELI appellatione & notatione, & eſt perſpicuum ſatis. Sed hoc non ſatis mihi videtur recte habere, quod cum Iuſtinianus latius producere velit *teli* appellationem, tamen reſtringit ad id, quod manu & in longinquum mittitur: quod & locus ex Xenophonte citatus, confirmat. Ego vero non dubito, quin Lex Cornelia, vt refertur *in l. 1. in pr. Ad L. Corn. de Sicar.* latius eo verbo ſit vſa, dum ei pœnam comminatur, qui hominis occidendi cauſa ambulauerit cum telo. Quis enim dubitet eum quoque vel maxime contineri, qui hominis occidendi cauſa ambulauerit cum gladio? cui tamen ea ſignificatio *Teli* non conuenit. Et ſit ſane ea quæ hic proponitur, propria teli ſignificatio, at certe Lex Cornelia latius eo verbo vſa, aut ſi mauis, abuſa eſt. Quod & obſeruare licet in verbo *Sicarii*, quod à Sica dictum *ſub fin. §.* ait Iuſtinianus, quod ſane verbum *Sica* ſpeciale eſt. Sed vt ait *Fabius 10. Inſtit. cap. 1.* Sicarios per abuſionem omnes vocamus, qui cædem telo quocunque commiſerint. Et ita ſane hoc verbo vtimur, cum Legem Corneliam de ſicariis, dicimus.

Eadem Lege & venefici. Venefici ambigue dicuntur, tum qui veneno graſſantur, qui vtique ſunt homicidæ, tum qui magicis artibus idem præſtare dicuntur: Et quidem vt hic ſcribit Iuſtinianus, ſuſurris magicis. Videtur ille hic ſecure ſecutus opinionem rudis vetuſtatis, quæ apparet ex LL. XII. Tabb. & de qua Ræuard. *lib. ſing. ad eas LL. c. 23.* & paſſim ex poetis.

Horat. Epod. 5.

Quæ ſidera excantata voce Theſſala
Lunamque cœlo deripit.

Hac enim re inprimis infamis Theſſalia, vt conſtare poteſt ex *Apuleij lib. 1. metamorph.* Et eius generis multa Medeæ tribuit *Ouidius 7. metam.* & plura congerit loca *Delrio lib. 2. quæſt. ſeu diſquiſ. magic. quæſt. 9. & adde Plin. lib. 28. cap. 2.* Verum verbis & ſuſurris hunc effectum tribuere, ineptum ſane videatur: & veriſſime *Seneca 4. nat. quæſt. 7.* Rudis, inquit, antiquitas, credebat & attrahi imbres carminib. & cantibus, & repelli: quorum nihil poſſe fieri tam palam eſt, vt huius rei cauſa nullius Philoſophi ſchola ſit intrãda. Ope ſane ſpirituum improborum, homines improbos talia patrare poſſe, vix quiſquam negare auſit: & fieri ab hodiernis ſagis quædam non negauerim. Sed multa nimis temere credi, multa illis vane affingi, multa falſa per tormenta illis exprimi, nec paucas per iniuriam ignibus tradi, mihi ſane perſuaſum eſt, qua de re pluribus agere non eſt huius loci: & latiſſime Delrio d. loco, Bodinus, VVierus, Binsfeldius, Remigius, Gœdelman. alij, ſcripſerunt.

Mala medicamenta vendiderunt.] Medicamentum vulgo in bonam partem accipitur: hic medium & anceps verbum eſt, ſicut Græcorum φάρμακον. Et notus eſt verſiculus

Φάρμακα πολλὰ μὲν ἐσθλὰ μεμιγμένα, πολλὰ δὲ λυγρά.

Quin & venenum pro medio verbo vſurpari teſtatur *ICtus in l. 3. §. 2. ad L. Corn. de Sicar.* Et vt qui mala medicamenta huiuſmodi & venena hominis necandi cauſa facit vel vendit, teneatur hac Lege, rationis eſt, ad exemplum eius qui hominis necandi cauſa cum telo ambulat. Et tamen cum hæc ad perniciem hominum comparata ſint, placuit & eum teneri qui ea publice vendiderit *h. §. & l. 3. §. 1. eod. tit.* & intelliguntur enim hominis necandi cauſa venundari. Et cum tamen in medicina veneni vſus eſſe poſſit, Pharmacopolæ, qui ea vendunt medicis, vtique excuſati erunt.

TEXTVS.

4. Alia deinde Lex aſperrimum crimen noua pœna perſequitur, quæ Pompeia de parricidiis vocatur: qua cauetur, vt ſi quis parentis, aut filii, aut omnino affectionis eius, quæ parricidii nuncupatione continetur, fata præparauerit, ſiue clam, ſiue palam id auſus fuerit: nec non is, cuius dolo malo id factum eſt, vel conſcius criminis exſiſtit, licet extraneus ſit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque vlli alii ſolenni pœnæ ſubiiciatur, ſed inſutus culeo, cum gallo gallinaceo, cane, vipera & ſimia, & inter eas ferales comprehenſus anguſtias (ſecundũ quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem proiiciatur, vt omnium elementorum vſu viuus carere incipiat, & ei cœlum ſuperſtiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias, cognatione vel adfinitate perſonas coniunctas necauerit, Legis Corneliæ pœnam de ſicariis ſuſtinebit.

COMMENTARIVS.

1 *Parricidium quid & vnde.*
2 *Pœna parricidii.*

PRima hic quæſtio eſt de nomine parricidii. Vulgo à cæde patris dictum creditur. Sed contradicit Feſtus, † qui parricidam dictum ait, qui quemcunque hominem occidiſſet: vbi & adducit Legem Numæ, iuxta quam parricida ſit, qui liberum hominem dolo malo occiderit. Sunt qui in Feſto non parricidium, ſed PARIcidium legi velint, quaſi ſignificet, qui occiderit parem: alii parricidium generalius nomen eſſe dicunt, quaſi 1

patri-

patricidum, non à cæde patris, ſed à patranda cæde deductum: & prius illud Hottom. hic probat. Sed contradicit Plutarchus, qui in Romulo πᾶσαν ἀδελφοκτονίαν, πατροκτονίαν à Romulo appellatam fuiſſe ſcribit. Aut an dicimus, Plutarchum vim Latini verbi non intellexiſſe? Quod ego haud temere dixerim. Quid quod extat apud *Ciceronem de Legib. 2.* Qui ſacrum ſacroue commendatum clepſerit rapſeritue, parricida eſto, cuius tamen rei & nominis iſtius appellationiſque rationem ego me non intelligere ingenue fateor: neque enim ita explicari poſſit Cicero, quod iſte, ſaltem quo ad pœnam parricidæ inſtar habeatur: id enim falſum videtur, quamuis faciat aliquid quod eſt de Tarquinio apud *Valer. Max. 1. cap. 1. num. 13.* eum qui vulgarat arcana religionis eius iuſſu culeo inſutum in mare abiectum fuiſſe: & id genus ſupplicii poſtea parricidis LL. 9. C. irrogatum: vt pari vindicta Deorum & parentum violatio exponeretur. Ex quo ſimul apparet, vnde hæc pœna parricidarum: quam ſingulari ſapientiæ Romanorum oratorie magis quam vere tribuere videtur *Cicero orat. pro Roſcio Ame-*
2 *rino.* Hinc altera † quæſtio eſt de ipſa pœna & vnde ea ſit. Iuſtinianus eam tribuit Legi Pompeiæ: Id quidẽ ſi proprie loquamur, perſpicue falſum eſt. More enim maiorum ita puniri ſolitos parricidas, (& adeo diu ante Legem Pompeiam) teſtatur *ICtus in l. pœna 9. D. ad L. Pomp. de parricid.* Cui conſentit Cicero, qui pro Roſcio Amerino identidem, à maioribus eam pœnam ſtatutam eſſe refert: & forte argum. eius quod iam ex *Valer. Max.* retulimus, lata ea fuit à Decemuiris, nec inepte nihilominus moribus tribuitur *in d. l. 9.* cum illo tempore iam Leges XII. Tabularum in deſuetudinem abiiſſent, ex quibus quod ſupererat, moribus acceptum referebatur, Romulum plane nullam pœnam in eos qui patrem occidiſſent conſtituiſſe, teſtis eſt Plutarchus d. loco, quia id pro impoſſibili habuiſſet, vt quis occideret patrem: qua in re idem ipſi iudicium fuit quod Soloni, qui teſte *Cicer. in d. oratione* interrogatus cur nullum ſupplicium in eum conſtituiſſet, qui patrem necaſſet, reſpondit, ſe id neminem facturum putaſſe: quæ etiam Perſarum ſententia fuit, qui referente *Herodoto lib. 1.* non putarunt eum verum filium eſſe, ſed ſpurium & ſuppoſititium, ſi qui patrem occidiſſe diceretur. Genus pœnæ hic deſcribitur *ex l. vn. C. de his qui par. occid. & l. vn. C. Theod. eod. lib. 9. tit. 15.* Cicero quidem tantum culei meminit, *in d. orat. pro Roſcio,* nullius autem beſtiæ, quæ cum damnato fuerit incluſa. Et an Ciceronis æuo id ita frequentatum, ego nihil tamen affirmauerim, ſed vtique hunc morem antiquiorem fuiſſe Conſtantino, cuius eſt *d. l. vn.* apparet ex Iuuenali, qui Satyra 8. ver. 214. de Nerone παρενθετικῶς

Cuius ſupplicio non debuit vna parari
Simia, nec ſerpens vnus, nec culleus vnus.

Et Seneca 1. *de clem. c. 15.* vbi de Auguſto, ſedente in conſilio & cognoſcente, ſuper crimine filii, qui patris vitæ inſidias ſtruxerat. Non culeum, inquit, non ſerpentes decreuit. Et, ſi ita Auguſti æuo obſeruatum, quid ni & Ciceronis ætate, cum vterque eodem tempore vixerit, ſed Cicero circa 40 annis maior. Sed cur addita hæc animalia? Simia dicitur ſuffocare prolem ſuam (ſed nihil hoc ad parricidium) vipera dicitur naſcendo occidere matrem. Sed quid gallus & canis? an quia matrem & prolem inceſtant? Sed nec aliæ beſtiæ ab hac culpa immunes: & nec hinc ſolida ratio deduci poteſt. Immanitatem huius ſceleris grauiter exaggerat *Cicero pro Sexto Roſcio.*

Aut omnino affectionis.] Vulgo legitur *adfinitatis:* ſed illud ſane rectius eſt, & habetur dd. textibus *Cod. Iuſtinian. & Theodoſ.* & probant Ruſſardus & Hottomannus. Intelligit autem cæteros in gradu adſcendenti & deſcendenti, *t. 9. ad L. Pompeiam de parricid.* Et illud de liberis poſtea haud dubie adiectum fuit: ſiquidem ex Lege Romuli & ſeqq. quoque temporibus patribus in liberos ius vitæ & necis fuit. Et *in d. t. 9.* tantum fit mentio patris & aui: non filii aut nepotis.

Fata præparauerit.] *In l. vn. C.* eſt *properauerit*, quod magis probo. Facit illud Horatii in reſponſo Canidiæ.

Si tardiora facta te votis manent.

Cuius dolo malo factum.] Siue opem tulerit ſiue ſaltem mandauerit, quia mandator ſceleris eadem pœna tenetur, vt diximus ad §. *illud ſup. Mandati.* Illud ſingulare, quod etiam conſcii ordinaria hac pœna adficiuntur *h. §. & l. 6. ad L. Pomp. de parricid.* propter atrocitatẽ: quod & in crimine maieſtatis obſeruatur, de qua re & qualis ſcientia requiratur, *v. Bart. Bald. Salic. & cæteros in l. 5. §. pen. C. ad L. Iul. Maieſt. Alber. Gentil. diſp. 3. & 4. de crim. læſæ maieſt.*

TEXTVS.

5. Item Lex Cornelia de falſis, quæ etiam teſtamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui teſtamentum vel aliud inſtrumentum falſum ſcripſerit, ſignauerit, recitauerit, ſubiecerit, vel ſignum adulterinum fecerit, ſculpſerit, expreſſerit ſciens dolo malo. Eiuſque legis pœna in ſeruos vltimũ ſupplicium eſt, quod etiam in lege de ſicariis & veneficis ſeruatur: in liberos vero deportatio.

COMMENTARIVS.

1 *Vis priuata & publica.*
2 *Furtum grauius in re fidei alicuius commiſſa.*

APparet iſtam Legem teſtamentariam dictam fuiſſe à principaliori: cæteroquin alias quoque ſpecies falſi coercuit hæc Lex, vt hic ipſe §. docet, in quo tamen exempla tantum quædam referuntur. Et ſunt etiã ſpecies plures: neque vllum crimen eſt magis vagum, & quod latius pateat, quam falſi crimen. Piget cæteros textus ſubſcribere, qui prolixiores ſint futuri quam commentarii. Et *in §. ſeq.* qui agit de crimine violentiæ, diſtinctio vis priuatæ & publicæ fuerit obſeruanda, quæ tamen in quo conſiſtat, nõ ſatis liquidum eſt. Apparet plane non vnam eſſe ſpeciem vis publicæ. Et tenetur enim de hac vi, qui per vim aliquam perſonam ſtuprauerit *l. 29. §. vlt. de adulter l. 3. §. 4. de vi publ.* quamuis forte quis dixerit, non tam vere hanc vim eſſe publicam, quam in odium violenti ſtupratoris Legis Iuliæ de vi publica pœnam huc productã fuiſſe. Alia ſpecies eſt quæ cõmittitur contra Leges publicas à perſona publica, & ſcil. magiſtratu iuxta *l. 7. de vi publ.* Et ex conuerſo perhibeatur fortaſſis recte vis publica, quæ commiſſa eſt in perſonam publicam & magiſtratum, idque argum. *d. l. 7. in fin.* vbi videtur Lege Iulia de vi publ. teneri, qui legatos comitesq; eorum iniuria affecerit. Iuſtinianus diſtinctionem proponit à modo, an vis fuerit illata armis an ſine armis, & horum enim vſus publicus eſt. Equidem ſi quis collectis hominibus aliquem de fundo per vim expulerit, licet tela nulla & arma habuerit, videatur pro vi publica iſtud habendum, ne fraus committatur in Legem. Et tamen contrarium, nec eſſe hanc vim publicam, probat textus *in l. ſi quis 5. de vi priuat.* niſi quis ex verbo *poſſit* inferat, cum Lege Iulia de vi quoque publicas poſſe poſtulari, ſed vt nihilominus iudicio mitiori poſſit conueniri. De crimine raptus quod *in fin. §.* ſubiicitur, ſatis prolixa extat ſanctio *in l. vn. C. de raptu.* Sequitur de crimine peculatus; quod eſt genus furti, ab obiecto diſtinctum, cum quis publicam, ſacram aut religioſam rem furatur. Illud procul dubio eſt ex noua conſtitutione *l. vn. C. de crim. pecul.* quod magiſtratus ipſi ſi pecunias publicas ſubripiant, capite puniuntur: Quo enim maior hic eſt graſſandi facultas, eo grauius ſancienda fides fuit: & præbet hoc argum. illorum ſententiæ, qui grauius furtum eſſe ſtatuunt, ſi quis rem fidei ſuæ commiſſam interuertat. Cætera publica iudicia tantum per indicem ſubiicit Iuſtinianus, & nos ad libros Pandectarum remittit: & aut tacendum, aut plenius iſta fuerint exſequenda. Et nos igitur hic quoque ſubſiſtimus.

Finis Commentariorum in Librum IV. & vltimum Inſtitutionum.

INDEX

INDEX
IN COMMENTARIA
SVPER
INSTITVTIONES.

PRIOR NVMERVS LIBRVM, SEcundus titulum, tertius paragraphum deſignat.

A.

ACCEPTILATIO *quomodo dicatur iuris gentium 3.30.1. Eius diſtinctio in ſimplicem & Aquilianam, confutata. Ibid. & cur per eam non poſſint tolli obligationes conſenſu conſtantes ibid.*
Acceptilatio partis 3.30.1.
Acceſſorium quandoque manet, ſublato principali, 3.21.4.
Actiones ex iure gentium, 1.2.3. & 4.6.3.
Actio an detur vltra quadruplum 4.6.3.
Actiones ex delictis, quæ non dantur hæredibus 4.12.1.
cur iſtæ actiones non dentur contra hæredes 4.1.16. & 4.3.3.
Actiones ex contractu dantur in hæredes in ſolidum etiam ob dolum defuncti, ibid. & 4.12.1.
Actiones quomodo obiectum iuris 4.6. in pr.
Actionum diuiſio in rem & in perſonam 4 4.6.1.
& huius cauſæ ibid.
Actione in rem mota, quid iuris ſi poſt litem conteſt. petitori ſuperueniat dominium 4.6.1.
& quid ſi reus ante vel poſt litem conteſtatam dolo poſſidere deſierit, ibid.
& an tum ſententia poſſit executioni mandari contra tertium poſſeſſorem, 4 6.1.
Actionum humanarum, quæ non iure fiunt diſtinctio, 4.4. princ.
Actor adiunctus tutori, 1.23.4.
Adcreſcendi ius, 2.27.7.
& an poſſit prohiberi à teſtatore, 2.14.5.
Adiectus ſolutionis gratia, 3.20.1.
Adoptionis modus, 1.11.2.
Adoptio fœminæ 1.11.10.
& in locum nepotis vbi non eſt filius 1.11.6.
Adoptionis linea 1.10.2.
Adoptatus ex tribus maribus 3.1.14.
Adoptati filij extranei ius in ſucceſſione, 3.1.14.
Adquirere ex re alicuius, 2.9.5.
Adrogatio vnde dicta, 1.11.2.
eius modus Ibid.
Adrogatio impuberis, 1.11.3.
& ei quæ quarta debeatur, 1.11.4.
Adrogator an teneatur ex anteg eſto, 3.11.2.
& an vtilibus actionibus ex contractu arrogati, Ibid.
Ædituus, 1.13.2.
Adſcriptitij, qui 1.3.1.

Ætas virilis togæ 1.6.5.
Affines qui 1.10.9.*&* 10.
earum ſpecies genera & gradus.Ibid.
Affinitas imperfecta.Ibid.
Affinitas an naſcatur ex coitu illicito.Ibid.
Album corrumpentis pœna, & cui ea applicetur 4.6.2.
Alueus deſtitutus cuius ſit 2.1.19.
Alumnus quis 1.6.3.
Annui ſtipulatio, an ſit pura & vna 3.16.3.
Appellari an poſſit à decreto quo quis tutor datur 1.25.8.
Aquiliæ Legis actio cur non detur in hæredes 4.3.3.
& an ſit pœnalis 4.6.17.
& an ex iſta cauſa & lege poſſit agi criminaliter, 4.3.5.
Aquiliæ actio vtilis 4.3.19.
Aquæ hauſtus 2.3.2.
Arbitri qui ſint 4.6.1.
Arbitrariarum actionum duæ ſpecies 4.6.17.
an faciant tertiam ſpeciem præter ſtricti iuris & bonæ fidei actiones.Ibid.
& quomodo differant à bonæ fidei iudiciis. Ibid.
Argumentum à contractibus ad vltimas voluntates, 1.7.
Arris datis, an poſſit vnus inuito altero à perfecto contractu reſilire 3.24.*pr.*
Autoritas quid 2.6.2.
Autoritatis tutoris interpoſitio 1.21.3.

B.

Beneficium an poſſit dari inuito 3.30.*in pr.*
In bonis eſſe quid ſit 4.2.2.
Bonæ fidei actiones quæ & cur ſint 4.6.24.
& earum differentiæ.Ibid.
an inter eas ſit petitio hæreditatis.Ibid.
an actio de peculio & alia, quæ ſaltem habent nouas qualitates. Ib.
Bonorum poſſeſſio ex Legibus 3.10.5.
Bonorum poſſeſſionis contra tabb. quæ parentibus & patronis datur, differentia 3.8.3.
Bonorum poſſeſſio quid ſit 3.10.1.
an qui eam agnouit ſit etiam ſuus hæres iure ciuili. Ibid.
Bonorum poſſeſſio pro decem perſonis 3.10.2.
& tamquam ex familia.Ibid.& 3.10.4.
Bonorum poſſeſſor non eſt hæres 3.10.1.
Bonorum vetus venditio 3.1.3.

C.

Calumniæ iuramentum an olim præſtitum 4.16.1
Calumniæ vetus actio.Ibid.
Capitalis cauſa quæ 4.18.1.
Capitis diminutione minima quæ pereant 3.11.*in pr.*
& an obligatio operarum.Ibid.
Catholiciani 4.6.21.
Certa debet eſſe ſententia 4.6.28.
non tamen neceſſe eſt, vt ſemper certum petatur. Ibid.
Cenotaphium 2.1.6.
Cenſus apud Romanos 3.8.3.
Coalitio terræ 2.1.16.
Committi ſtipulationem, quid ſit 3.16.4.
Cognatio ſpiritualis 1.10.2.
Commixtio confuſio 2.1.20.
Communia quæ 2.1.2.
Condictionis ſignificatio 3.15.*pr.*
Conceptus poſt mortem non ſuccedit 3.1.8.
Concurſus actionum 4.91.
Commodata res cuius ſit periculo 3.15.2.
Condictio certi an duplex 3.15.*pr.*
Condicere, condictio 4.6.15.
Condictio quomodo detur contra furem 4.6.14.
Condictionis eius vtilitas.Ibid.
& an in ea ſit probandum dominium.Ibid.
Condictio quomodo competat, vt detur, vel fiat, 4.6.21.
Compenſationi quando olim & hodie locus 4.6.26.
Compenſationi ipſo iure locum eſſe, quid ſignificet, Ibid.
Compenſare qui potuit, an ſolutum repetere poſſit. Ibid.
Compenſatio cur non obijci poſſit depoſito 4.6.26.
& quid circa iſtam materiam noui fecerit Iuſtinianus. ibid.
Compenſatio beneficium quale ſit 4.6.34.*&* 35.
Conditio impoſſibilis 2.14.6.
Conditio ſecundum dies 3.16.6.
Conditionales homines qui 7 3.1.

Conditionalis ſtipulatio tranſit in hæredes 3.16.4.
& cur aliud in legatis.Ibid.
Conſanguinei qui 3.2.in pr.
Conſilium an obliget 3.27.2.& 4.1.9.
Conſobrini 3.2.pr.
Conſtitutionum ſpecies 1.2.9.
Conſtitutum pactum nudum cur pariat actionem 4.6.8.
an ea actio tantum competierit pro rebus fungibilibus.Ibid.
& quid ſi conſtitutum ſit per modum ſtipulationis 4.6.9.
& quid iuris ſi in tali ſtipulatione ſit vitium. Ibid.
Conſuetudo 1.2.12.
& an tollat Legem.Ibid.
Contractuum diuiſiones 3.15.pr.
Conuentionum diuiſio 3.14.2.
Culpa an ſuſtineat nuptias non legitimas 1.10.13.
Criminalia iudicia quando & quomodo finiantur 4.12.1.
Cretionis ſolennitas 2.19.in fin.
Culpa in contractibus præſtanda 3.16.2.& 3.26.3.
Culpa lata & leuiſſima.Ibid.
Cura furioſorum & prodigorum 1.23.2.
Curator cur non detur teſtamento 1.23.1.
Curatorem an accipiant incerti Ibid.
vtique ad litem. Ibid.
Curiæ oblatio 1.10.12.

D.

Damnatus reſtitutus an recipiat patriam poteſtatem 1.12.2.
Dare quid ſit 4.6.1.& 4.6.14.
Decuriones 1.10.14.
Defenſores 1.20.4.
Defenſor cur admittebatur ſine mandato 4.11.5.
Defenſor vtitur exceptionibus propriis & ipſius Rei, 4.14.1.
Defendens cum mandato cur omnino ſatiſdare teneatur 3.30.2.& 4.11.1.
Delegatio quid 3.30.2.
Delictorum diſtinctio 4.1.pr.
Delictum palam, an ſit grauius 4.2.pr.
Deportatio an omnino ſubrogata in locum interdictionis aquæ & ignis 4.18.1.
Deportatio 1.16.3.
Dies certus vel incertus 2.14.6.
Diui fratres qui 1.25.3.
Diuiſionis beneficium an ab Hadriano 3.21.3.
Diuiſionis exceptio quando opponenda.Ibid.
Diuortij ius 1.10.7.
in eo cur ſit opus ſeptem teſtibus.
Dominij variæ diſtinctiones 4.6.1.
Dominium an ſit poſſeſſionis & obligationis, 4.6.2.
Donarium quid 2.1.5.
Donationis genus 2.7.1.
Donatio qualis modus adquirendi.Ibid.
Donare mortis cauſa an poſſit filiusfamilias, 2.12.1.
Donationis huius comparatio cum legatis 2.7.1.
Dos an ex cauſa illegitimi coniugij fiat caduca 1.10.13.
Dotis dominus quis ſit 2.8.1,

E.

Emancipatio & eius modi 1.12.6.
Emancipentur an inuiti 1.12.7.
Emancipatio an mutet ſtatum & an ſit hodie capitis diminutio 1.16.4.
Emancipatus ſuccedit iure prætorio 3.1.9.
ſi modo tempore mortis patris ſit talis 3.1.10.
Exceptionis genus 4.13.pr.
Exceptio iuriſiurandi 4.15.2.
Exceptio iudicati 4.13.3.
Exceptiones priuilegiatæ 4.13.6.
Exceptionum dilatoriarum diſtinctio 4.13.6.
cur militi poſt litem conteſtat. non opponantur. Ibid.
Exceptiones quando opponendæ 4.13.6.
& an poſſint opponi poſt ſententiam.Ibid.
Exceptiones in rem & in perſonam 4.14.1.
& an hæ proſint fideiuſſori.Ibid.
Exceptiones miſtæ.Ibid.
ad Exhibendum actio 2.1.& 21.
& de ea ſingularia, 2.8.3.
Exules qui 1.12.2.

in Fa-

Digitized by Google

F

in FActum actio dupliciter dicitur 4.3.9.
Facere & dare quid ſignificent 4. 6.1. & 4. 6 14.
Facta locari ſolita, 3.27.6.
Falcidiæ an locus in fideicommiſſis 2.22.1.
Facti alieni promiſſio, 3.20.1.
Familiæ appellatio 1.7.
familiæ emptor 2.10.9.
Fictio L. Corneliæ & poſtliminij 1.12.5.
Fideiuſſor an accedat obligationi ciuili nudæ 4. 6. 9. & 3.21.1.
Fideiuſſor an poſſit interuenire in cauſis criminalibus, 3.21.1.
an pro dote reſtituenda, Ibid.
Fideiuſſor, qui totum ſoluit, an habeat regreſſum contra collegam, 3.21.3.
Fideiuſſor pro naturali obligatione 3.21.4.
Fideiuſſor in plus an prorſus non teneatur. Ibid.
Fides bona quid & quando requiratur, 2.6.1.
& quid in emptione. Ibid.
Fides mala an noceat ſucceſſori, vniuerſali & ſingulari 2.6 7.
Filij appellatione an veniat nepos 1.14.5.
Fiduciaria tutela, 1.1.9.
Fructuum diſtinctio, 2.1.27.
Fructus percipere, quid ſit. Ibid.
in Fructibus quod ſit ius bonæ fidei poſſeſſoris, 2. 1. 27.
quod coloni. Ibid.
quod fructuarij, 2.1.28.
& partus an ſit in fructu Ibid.
Fructuarij ſeruus cuius iuſſu adeat hæreditatem, 2. 9.5.
Fratrum liberi ſoli quomodo ſuccedant 3.2.4.
Furia Lex 2.22.1.
Furtum non eſt rerum immobilium, 2.6.3
Furtum an fiat animo 4.1.1.
Furtum an ſit poſſeſſionis. Ibid.
an rerum hæreditariarum. Ibid.
Furti finis lucrum, 4.1.1.
Furtum iure naturali prohibitum Ibid.
Furtum manifeſtum cur grauius punitum 4.1.5.
& an requirat realem prehenſionem, 4.1.3.
Furtum conceptum per lancem & licium 4.1.4.
Furti dupli pœna vnde 4.1.5.
Furti pœna capitalis. Ibid.
Furti actio an patri detur in filium, & contra 4.1.10.
Furti actio quomodo detur ratione eius quod intereſt, & quid hic iuris, 4.1.11.
Furtum an faciat ipſe commodans 4.1.12.
Furti actio an detur depoſitario, re amiſſa per latam culpam, 4.1.14.
& quid ſi ex pacto præſtet culpam leuem, Ibid.
Furti manifeſti actio an perpetua, 4.12.pr.
Furtum an ſit grauius in re fidei alicuius commiſſa.

G

GEntiles, 1.15.1.
Germanus frater 3.2.4.
Geſtor negotiorum quam diligentiam præſtet, 3.28.1.

H

HÆreditas cuius perſonam repræſentet, 2. 14. 3.
Hæreditas quomodo diuidatur inter plures hæredes, 2.14.15.
Hæres ſcriptus in re certa. Ibid.
Horreum 2.1.32.
Hoſtilium rerum occupatio, 2.1.13.

I

IMpp. etiam Chriſtiani ſibi diuinos prope honores arrogauerunt, 1.8.3.
Implantatio, 2.1.24.
Impenſæ neceſſariæ, vtiles 2.1.23.
Inædificatio 2.1.22.
Imperium 1.25.2.
Infamia cur irrogetur damnatis ex quibuſdam contractibus, 4.16.2.
& an in delictis euitetur ſi conſtituto iudicio ante ſententiam pœna & pecunia reo offeratur. Ibidem.
Incerta quo ad nos & quo ad naturam, 3.16.6.
Indebiti ſolutio qualis ſit contractus 3.28 5.
Indebiti condictio vnde naſcatur. Ibid.
& quibus caſibus ceſſet, 3.28.6.
Indebiti ſolutio an ſit promutuum, 3.15.1.

Inſi-

Inficiatione cur lis creſcat,3.28.6.
Ingenuus quis,1.4.1.
Iniuria an fiat ſeruis,4.4.2.
Iniuria facta ſeruo communi.Ibid.
Iniuria facta vxori,vel liberis,Ibid.
Iniuriarum actio ad quid competat,4.4.3.
Iniuria quomodo vindicetur ex iure ciuili,Ibid.
& an eo iure ſit aliqua actio ad palinodiam, Ibi.
Iniuriarum actio ex Lege Cornelia qualis,4.4.3.
Iniuriarum actio ex Edicto an detur pro iniuriis realibus,Ibid.
Iniuriarum actio quomodo finiatur,4.4.5.
& an in ſententia ſuper hac actione lata poſſit reſeruari fama,4.4.3.
Iniuriarum actio an remiſſa ſit ſi ægrotus dixerit ſe remittere rancorem animi,4.4.5.
& an tempus quo finiatur ſit continuum an inutile,Ibid.
Iniuriarum actio ex Lege Cornelia, an ſit annalis,4.4.5.
Iniuria quomodo dicatur diſſimulari,Ibid.
Iniuſta vxor 1.10.1.
Interdicta cur ſuper cauſa poſſeſſionis,4.15.pr.
forma & modus in iis procedendi,Ibid.
& an ſint extraordinariæ actiones,Ibid.
Interdicta vnde appellata 4.15.1.
Interdicta quo ſenſu duplicia 4.15.6.
Interdicti qui 1.12.2.
Interdictio aquæ & ignis 1.16.3.
Inſulæ adquiſitio 2.1.17.
Inteſtabiles qui 2.10.6.
Inteſtatus propriè quis 3.1.in pr.
Iudicati ſoluendi cautionis clauſula 4.11.pr.
Iudicij acceptione qualis contingat liberatio 3.30.2.
Iuramenti deciſorij effectus 4.6.11.
ex eo competentis actionis, quæ ſit natura,Ibid.
& cur ſuperſit vetus actio,Ibid.
Iuratoria cautio à quo præſtetur,4.11.2.
Iuriſdictio prætoris quo ſenſu perpetua 4.6.12.
Iuriſprudentia media 3.2.1.
Iuriſprudentiæ natura 1.1.2.
eius definitio Ibid.
præcepta 1.1.3.
Iuris ſignificata 1.1.4.
Iuris priuati diuiſio Ibid.
Iuris ſtudioſi 1.2.11.
in Ius vocatio an facta per raptionem 4.6.12.
Ius an commune brutis 1.2.1.
Iuris naturalis variæ acceptiones 1.2.2.
Iuris gentium ſpecies Ibid.
Iuris ciuilis proprietates Ibid.
Ius ciuile merum & mixtum 1.2.2.
Iuſſu domini quomodo cum ſeruo contrahi dicatur 4.7.1.
Iuſtitiæ definitio 1.1.1.
diuiſio.Ibid.

L

Legati definitio 2.20.1.
Legatorum exæquatio 2.20.2.
Legatum fructuum 2.20.6.
nominis 2.20.17.
generis 2.20.18.
optionis.Ibi.
Legatum rei quæ non eſt in commercio 2.20.4.
Legatarius partiarius 2.23.4.
Legata re aucta vel minuta quid iuris 2.20.15.
& quid ſi mutata ſit rei legatæ forma.Ibid.
Legitima quo titulo relinquenda 2.18.6.
Legitima per ſubſequens matrimonium 2.10.14.
& an opus dotalibus inſtrumentis Ib.
Legitimatio per adoptionem.Ibid.
Lex regia 1.2.9.
Legis actiones 1.11.2.& 1.12.6.
an exerceantur apud magiſtratum municipalem. Ibid.
& an apud delegatum.Ibid.
Leges an mutandæ 1.2.14.
Leges quæuis an iuſtæ habendæ 1.2.2.
Legis eſſentiam an faciat ſcriptura 1.2.4.
Libellus an poſſit mutari eodem iudicio 4.6.32.
Liberi an in poteſtate matris 1.9.1.
Liberi naturales 1.10.14.
Liberatio per interitum rei 2.20.14.
Liberi an ſub conditione inſtitui poſſint 2.14.6.
Liberum,ſing.numero pro filio 2.9.3.
Libertus an adſignetur emancipato 3.9.
Libertas quid 1.3.2.
Libertas iuſta 1.5.2.
Libertorum diſtinctio, & huius origo & cauſa 1.5.3.

Digitized by Google

Litem ſuam facere quid 4.5.in pr.
ſi id fecerit filij an teneatur pater de peculio 4.5.2.
Literarum obligatio nulla 3.22.
& qualis ea ſit obligatio de qua d. tit. tractatur. Ib.
& an poſt biennium contra eam excipi poſſit. Ibid.
Locationis merces an tantum in pecunia numerata, 3.25.2.
Lucratiuæ duæ cauſæ an concurrant 2.20.4.

M.

MAgicis carminibus an poſſint occidi homines 4.18.3.
Magiſtratus tenentur actione ſubſidiaria 1.24.3.
& an hac ante tutores conueniantur. Ib.
Mandati diuiſiones 3.27.pr.
Mandatum quoddam an ſit duntaxat aliena gratia, Ibid.
Mandati obligatio an contrahi poſſit, vbi non intereſt mea 3.27.2.
Mandati fines qui exceſſit, an habeat actionem negot. geſtorum 3.27.4.
Mandatum an ſit ſemper ſi merces non interuenerit, 3.27.7.
Mandatum quomodo finiatur 3.27.5.
Manumiſſio per vindictam 1.5.2.
Manumiſſio an fiat per alium. Ibid.
Mater non ſuccedit impuberi cui non petijt tutorem, 3.3.5.
& quid ſi pupillus intra annum mortuus ſit. Ibid.
Matertera vnde 3.6.1.
Matrueles qui 3.6.2.
Milliarium aureum 1.25.8.
Mixtæ actiones 4.6.1.
quot modis dicantur 4.6.19.
Mobiles res quæ ſint 3.20.in pr.
Mortis punctum an vitæ computetur 3.20.10.
Mulier an teſtis in teſtamento 2.10.6.
Mutui etymologia 3.15.pr.
diuiſio. Ibid.

N.

NAtura an quædam ſint iuſta vel iniuſta 1.2.2.
Naturæ ius an mutabile. Ib. & 1.2.14.
Nomina quam vim ad ſignificandum habeant, 2.20.21.
Nouatione cur tollantur obligationes etiam non verbis contractæ 3.30.2.
Nouatio an per litis conteſtationem. Ibid.
Nouare an poſſit pupillus. Ibid.
an ſeruus. Ibid.
Nouatio an hodie fiat ex coniecturis 3.30.2.
Noxalis actio an ex contractu ſerui 4.8 pr.
Nullus an fiat actus, qui peruenit in caſum à quo incipere non poteſt 2.20.12.
Nuberes nuptiæ 1.9.1.
Nuptiæ nefariæ, inceſtæ 1.10.2.
Nuptiæ fratrum & ſororum 1.10.3.
conſobrinorum 1.10.5.
compriuignorum 1.10.9.
cum fratris filia 1.10.4.
Nuptiæ ſeruorum 1.10.11.
Nuptiæ à iure gentium 1.10.1.
Nuptiarum iniuſtarum pœna 1.10.12.

O.

OBiectorum iuris diſtinctio 1.2.15.
Obligationes pertinent ad ſecundum obiectum 3.14.pr.
Obligatio in genere 2.14.2.
Obligatio naturalis. Ibid.
Obligatio ciuilis nuda. Ibid.
Obligationis cauſa nuda. Ibid.
Obligatio an ſit actionis mater 4.6.1.
Obligationem tolli ipſo iure quid ſit 4.6.26.
Obligatio an recte ipſo iure & per exceptionem tolli dicatur 3.30.in pr.
Obligatio inter dominum & ſeruum 3.21.1.
Obligatione pura poſita ſtatim agitur 3.16.1.
Obligatione in diem poſita, ſtatim noſtra eſt actio, Ibid.
Obligatio alteri per alterum non quæritur, regula cum exceptionibus 3.20.1.
& quid ſi quis ſibi & alteri ſtipuletur. Ibid.
Officium iudicis & eius imploratio 4.6.1.
Officij iudicis diſtinctio 4.17.in pr.
Opinio plus valet quam veritas 2.20.10.

P.

PAgani qui & vnde dicti 2.11.1.
Paragraphe præſcriptio 2.6.ad rubr.
Parentum notum pro liberis 1.9.2. & 18.2.

Digitized by Google

Parricidium vnde dictum 4.18.4.
& eius pœna.Ibid.
Patritiatus 1.12.4.
Patria poteſtas ex quo iure 1.9.2.
qualis ex Lege Romuli.Ibid.
& qualis eſſe debeat.Ibid.
& eius in vendendo filio effectus. Ibid.
Patria poteſtate an liberet dignitas 1.12.4.
& an tollatur per monachiſmum 1.12.10.
an per matrimonium.Ibid.
Patrum præmia ob liberos 1.25.1.
Patrimonium 2.11.
Pauliana actio quib caſib.competat & quando 4.6.6.
& an ſit perſonalis an realis.Ibid.
Peculij actionis explicatio 4.6.10.
Peculium & eius diſtinctio 2.9.2.
Pecunia an res incorporalis 2.2.
Perduellionis crimen 4.18.1.
Perſecutoria actio & in ſimplum an conuertantur, 4.6.20.
Perſona quid 1.3.1.
earum ius.Ibid.
& an ſeruus perſona.Ibid.
Plus peti an dicatur pendente conditione 4.6.30.
& cur cauſa cadat.Ibid.
Pectura dignitas 1.26.
Philoſophia partes 1.1.2.
Pignoribus captis coercere 1.24.3.
Pœna an minuenda ob benemerita 1.2.9.
Pœna conuentionalis quantitas 3.20.13.
Pœnales ſtipulatio 3.16.7.
& an mouet obligationem præcedentem.Ibid.
Pœnalis actiones quæ ſint 4.6.16.
Polygamia 1.9.1.& 1.10.7.
Pontifices maximi olim Impp.
Poſſeſſio quatenus adquiratur per ſeruum 2.9.4.
Poſſeſſionis continuatio 2.6.7.
Interrupta.Ibid.
Poſſidendi modi 4.15.4.
Poſſeſſio in genere quomodo adquiratur & retineatur.Ibid.
Poſſeſſionem an retineat deiectus 4.15.4.
Poſſeſſio alieno nomine. Ibid.
Poſſeſſionis commodum 4.15.5.
Poſſeſſionem an duo ſibi poſſint adſerere.Ibid.
Poſſeſſorium & petitorium an poſſint cumulari, & quid in Interdicto retinenda.Ibid.
Poſſeſſio vera eſt rerum mobilium 4.15.3.
Poſthumorum ſpecies 2.13.3.
eorum ius in rumpendo teſtamento.Ibid.
Poſthumus alienus quis 2.20.20.
& an poſſit legari.Ibid.
Poſtliminium vnde 1.12.5.
Poſtulare cur poſſit qui eſt XVII.annorum 1.6.3.
Poteſtas 1.25.2.
Præiudiciales actiones 4.6.13.*cur ita dicantur.Ib.*
& an ſint in rem.Ibid.
Prædium vnde dictum 2.3.*Rubr.*
Prædia vrbana 2.33.
Italica 2.6.1.
prouincialia 2.1.3.
Præſcriptio vnde dicta 2.6.*rubr.*
Præſcriptio an currat non valenti agere 4.6.5.
Præteritio cum cauſa 2.18.1.
Præteritionis paternæ effectus.Ibid.
Præteritio emancipati an faciat teſtamentum nullum 2.13.6.
Princeps an ſolutus legibus 2.17.7.
Principum ſententiæ an habeant vim legis 1.2.9.
Priuilegia.Ibid.
Prætor an ius faciat 1.2.10.*& an vltra annum.Ib.*
Prætoria actiones an & quæ annales 4.12.*pr.*
Prætor quomodo emendet & confirmet ius ciuile 3.10 *princ.*
Procurator ad iudicia an poſſit eſſe minor 1.6.3.
Procurator generalis an poſſit alienare 2.1.31.
Procurator an & qualis domino adquirat 2.9.6.
Prodigo quomodo interdicatur bonis 1.23.2.
Propria res ſtipulatoris an poſſit deduci in ſtipulationem 3.20 *pr.*
Prudentum reſponſa 1.2.11.
Publica iudicia vnde dicta 4.18.*pr.*
Publica quæ 2.1.2.
Pubertas 1,22.1.
Pupillus quis & quotuplex 1.13.2.
Pupillus an adeat hæreditatem 1.21.2.
Pupillus an & quatenus obligetur 3.20.5.

Q.

QVaſi contractuum natura 3.28.*pr.*
Quaſi maleficiorum eſſentia 4.5.*pr.& circa eam rem,medici,iudicis & aduocati differentia.Ibi.*

Digitized by Google

Querela inofficioſi quale remedium 2.18.1.
& ſi per eam reſciſſum ſit teſtamentum, an legata debeantur. Ibid.

R

Raptorem etiam furti teneri 4.2.pr.
in eum cur mitior conſtituta actio quam in furem. Ibid.
Rapt. bon. actio an detur commodatario 4.2.2.
Rati cautionem an præſtet procurator & tutor 4.11.princ.
ex Re alicuius adquirere 2.9.5.
Receptitia actio qualis 4.6.8.
Relatorum in vno diſpoſitum, an & cenſeatur diſpoſitum in altero 3.26.1.
Relegatio 1.12.2.
Remedium reſcindens & reſciſſorium 4.6.5.
Replicationum natura 4.14.pr.
Replicationis & triplicationis duplex ſignificatio. Ibid.
Retentioni locus quando ſit 4.6.26.
Retentionis ius quid differat à iure compenſandi 4.6.34.& 36.
Reus quis dicatur 3.17.in pr.
Ripa 2.1.2.

S.

Sacrares 2.1.5.
Sancta 2.1.7.
Scriptum & non ſcriptum ius 1.2.4.
Senatus an ius faciat 1.2.8.
Senatuſconſultorum autoritas. Ibid.
Senatuſc. Sabinianum 3.1.14.
Sententia lata per dolum, an ſit ipſo iure nulla 4.5.pr.
an & quando ſit nulla tamquam contra ius lata 4.17.in pr.
Sententia an tollat obligationem 4.13.3.
Sententia an ſit titulus, vel modus adquirendi 4.17.5.
Sententiæ retractatio ex falſa cauſa 1.6.2.
Seruianæ actionis natura 4.6.7.
Seruitus altius tollendi 2.3.3.& 4.6.3.
Seruitutum diuiſio 2.3.Rubr.
Seruitutes ruſticæ 2.3.1.
Seruitutum transmutatio 2.3.2.
Seruitus debet eſſe vtilis prædio 2.3.4.
Seruitus an requirat vicinitatem prædiorum 2.3.5.
Seruitus an conſtituatur per conuentionem. Ibid.
Seruitutum iura an petantur remediis poſſeſſoriis 4.6.2.
Seruus habet caput 4.8.3.
Seruitus perſonarum an contra naturam 1.3.2.
Seruus cur ex conuentione, manumiſſus non teneatur, ſed bene ex delicto 4.8.3.
Eius differentia & conſtituendi modi 1.3.4.
modus per venditionem ſui ipſius. Ibid.
& an poſſit præiudicare patri. Ibid.
Serui pœna 1.12.3.
Serui quomodo apud varias gentes tractati 1.8.2 & 3.
Seſtertius quid 3.8.3.
Sobrino propior qui 3.6.3.& 4.
Societatis quomodo partes lucri & damni conſtituantur 3.26.1.
Societatis finiendæ modi 3.26.2.
Societati, cur non obſtante pacto, poſſit renuntiari. Ibid.
Solutionis ſignificatio duplex 3.30.pr.
Soluente eo, qui acceſſit obligationi, an & quando liberetur principalis. Ibid.
Solutio partis 3.30.1.
Spadones 1.11.9.
Sponſiones veteres 4.16.1.
Sportulæ 4.6.21.
Spurij vnde dicti 1.10.3.
Stipulatio an ſit ſola verborum obligatio 3.16.pr.
Stipulatio vnde dicta. Ibid.
an ſit contractus. Ibid.
Stipulatio ſit verbis nuncupatis 3.20.4.& 3.16.1.
& congruis. Ibid.
Stipulatio vitiatur ob qualitatem rei 3.20.pr.
& quid ſi ſtipulator vitium ignoret. Ibid.
& an ſaltem æſtimatio debeatur. Ibid.
& quid ſi res non ſit in commercio ſaltem ſtipulatoris. Ibid.
Stuprum quomodo committatur & quando 4.18.2.
Subſtitutio pupillaris an contineat vulgarem, 2.16.1.
& an excludat matrem, præſertim tacita. Ibid.
& an confirmetur nuda exiſtentia hæredis, 2.16.6.
Subſtitutio vulgaris an tollat ſuitatem 2.16.1.
Succeſſio in capita & ſtirpes 3.1.6.

Succe-

d by Google

Succedatur quomodo filiofam. ab inteſtato 2.12.1.
Succeſſio fratrum liberorum cum ſoli ſunt 3.2.4.
Succedant potiori iure parentes an fratres 2.18.2.
Succeſſio an ſit vltra decimum gradum 3.5.1.
Succeſſio in ſeruitute natorum olim nulla fuit 3.7. pr.
& quid hodie, & an ſuccedant cum aliis. Ibid.
Suorum diſtinctio 3.2.pr.
Sui hæredes 2.19.2.
Suitatis effectus. Ibid.
Suitas an tollatur per exhæredatum 2.16.5.

T.

TAbularij 1.11.3.
Tacens an habeatur pro conſentiente 1.12.8.
Teli ſignificatio 4.18.3.
Tempus cœptum quando habeatur pro completo 1.23.1.
Tempus vtile 3.10.6.
Tempus quod ſpectatur, vbi quæritur quis ſit proximus hæres ab inteſtato 3.1.7.
Teſtamenti etymologia & definitio 2.10.1.
an ſit iuris gentium. Ibid.
an iuris publici. Ibid.
Teſtamenti ſpecies 2.10.2.
calatum, in procinctu, per æs & libram. Ibid.
Teſtamentum cur requirat ſeptem teſtes 2.10.3.
Teſtandi vnus contextus 2.10.4.
Teſtamenti factio an admittat contractum 2.10.4.
Teſtamentariæ diſpoſitioni an poſſit teſtimonium perhibere mulier 2.10.6.
an legatarius 2.10.10.
an filius emancipatus 2.10.8.
Teſtamenti militaris priuilegia 2.11.6.
Teſtari an poſſit filiusfam. 2.12.
& an mutus ſurdus. Ibid.
Teſtamentum nullum aut irritum an aliquo caſu reſtituatur 2.17.5.
Teſtamenti ruptio per poſterius 2.17.4.
& an hoc oporteat eſſe perfectum 2.17.6.
Teſtamentum an reuocetur per nudam voluntatem 2.17.6.
Teſtamentum non factum iuxta formam N.115.cap.3. an ſit ipſo iure nullum 2.18.1.
Teſtamentum an rumpatur per minimam capitis diminutionem 2.11.6.
Theſauri inuentio 2.1.29
Theſauri ius pertinet ad regalia. Ibid.
Tignum ædibus iunctum 2.1.22.
Tigni iuncti actio. Ibid.
Traditio ficta 2.1.32.
Triboniani lapſus in §. item vetuſtus, de hæred. ab int. Eiuſdem alii lapſus notati 1.2.8. & 1.2.13. & 1.10.1. & 1.22.1. & 1.25.5. & 1.25.10. eiuſdem inſubtilis ratio & argumentatio 1.6.4.
Tritauus vnde. 3.6.4.
Tutela munus publicum 1.25.1.
Tutela teſtamentaria duplex 1.13.3.
à quo & quibus ea dicitur, & conſtituatur. Ibid.
an poſſit dari ſeruus tutor 1.14.1.
Tutor an detur rebus 1.14.4.
Tutelæ datio an iuriſdictionis 1.20.3.
& an poſſit mandari. Ibid.
Tutela fœminarum 1.22.1.
Tutelæ finiendi modi 1.22.2.
Tutela legitima, an in ea ſit ſucceſſio 1.16.7.
Tutelæ actio quando naſcatur 1.20.5.
Tutela legitima an in furioſum impuberem 1.23.2.
Tutelæ excuſationem an præbeat magiſtratus 1.25.2.
an alia dignitas. Ibid.
an excuſat ætas 1.25.5.
an excuſare ſe poſſit abſens, 1.25.8.
an tutor legitimus. Ibid.
Tutorem habenti an detur tutor 1.23.3.
Tutores dandi ius qui habeant 1.24.4.
Tutor remotus vt ſuſpectus an fiat infamis 1.26.6.
alia eius pœna. Ibid.
& an cognitionis ius de ſuſpecto tutore mandari poſſit 1.26.2.

V.

VEnditione perfecta periculum eſt emptoris 3.24.3
rei ſacræ venditio an valeat 3.24.5.
Vindicare, vindiciæ 4.6.15.
Violentiæ ſpecies 4.2.pr.
Vis priuata & publica 4.18.5.
Voconia Lex 2.22.1 & 2.23.1.
Vſusfructus cauſalis 2.4.1.
Vſusfructus quomodo amittatur non vtendo 2.4.5.
Vſusfructus ceſſio. Ibid.
Vſusfr. cur peremptus minima capitis diminutione. Ibid.

Digitized by Google

Vſusfructus quaſi, an ſit in veſtibus 2. 4. 4.
Vſusfr. an & quomodo transferatur in alium 2. 5. 1.
Vſucapio pro hærede 2. 6. 7.
Vſucapi quæ non poßint 2. 6. 2.
Vſucapi an poßit res pignorata ſubrepta à debitore 4. 1. 8.
Vtilis actio quot modis dicatur, & eius ſpecies 4. 3. 9.
Vxoriæ rei actionis natura 4. 6. 25.
& quomodo differat ab actione ex ſtipulatu. Ibid.
& an ſimul dotem & legatum petere poßit. Ibid.
& quando actio rei vxoriæ naſcatur. Ibid.

INDEX

LEGVM, QVIBVS HOC OPERE LVX ALIQVA ILLATA EST.

EX DIGESTIS.

L. Ius 6. de iuſtit. & iur. 1. 2. 2.
L. non ambigitur 9. D. de Legib. 1. 2. 8.
L. vulgo 23. de ſtat. hom. 1. 10. 13.
L. adoptiones 43. cum l. ſeq. de adoptionib. p. 116.
L. ſciendum in pr. Qui ſatiſd. cog. 4. 112.
L. niſi 22. de pact. 4. 14. 1.
L. ſi vnus 27. §. pactus de pact. 4. 14. pr.
L. 6 §. 2. de his qui not. infr. 4. 16. 2.
L. licet 42. §. 1. de procur. 4. 4. 3.
L. arbitrio 18. §. vlt. de dolo 2. 20. 14.
L. ſed etſi 28. §. vlt. de iudic. 3. 16. 6.
L. filiusfam. 15. in pr. eod. 4. 5. 2.
L. Item ſi 15. de rei vindicat. 4. 6. 15.
L. ſed & ſi 7. §. ſi petenti de public. act. 4. 6. 11.
L. ſi ager 23. Quib. mod. vſusfr. amitt. 2. 1. 18.
L. vn. in fin. Quand. dies vſusfr. leg. ced. 4. 6. 30.
L. ſi fructuarius 13. eod. 2. 1. 28.
L. 4. de ſeruit. 2. 3. 5.
L. huic 15. ad L. Aquil. 2. 20. 14.
L. ſed ſi poſſeſſori 10. §. 1. de iureiur. 4. 6. 1.
L. ſi duo 13. §. 1. 3. & 4. eod tit. Ibid. & 4. 6. 11.
L. vlt. de inſtit. act. 4. 7. 2.
L. Quod Nerua 32. depoſiti 3. 15. 2.
L. ſi vero 12. §. vlt. Mandati 3. 27. 5.
L. Papinianus 28. Mandati 3. 30. pr.
L. 3. de ritu nupt. 1. 10. 1.
L. matrimonii 51. eod. 1. 10. 2. & 6.
L. Quin etiam 55. §. 1. de ritu nupt. 1. 10. 2. & 1. 10. 6.
L. 3. §. 15. de ſuſpect. tutorib. 1. 26. 6.
L. Item quod 17. §. vlt. de hæred. inſtit. 2. 14. 5.
L. cum quidam 30. §. ſuum 6. de adquir. hæred. 3. 16. 6.
L. miles 22. cum l. ſeq. de milit. teſt. 2. 11. 6.
L. 1. §. 15. de tut & rat. diſtr. 1. 24. 3.
L. bello 18. de excuſat. tut. 1. 25. 1.
L. 1. de legatis primo 2. 20. 3.
L. ſi creditori 28. eod. 2. 12. 12.
L. ſi ſic 75. de legat. 1. 2. 20. 21.
L. Mela 14. de adim. legat. 2. 3. 2.
L. ſi quis 14. de reb. dub. 2. 10. 10.
L. ſi duobus 12. §. 1. de bon. poſſ. cont. tabl. 2. 17. 6.
L. 9. de adſignat. libert. 3. 9. 1.
L. 5. vnde legitim. 3. 2. princ.
L. 1. §. 9. & 10. cum l. ſeq. de ſuis & legitimis. Ibid.
L. 1. de vſufr. legat. 2. 4. 1.
L. in fraudem 25. Qui & à quibus 1. 6. 2.

L. 30.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

L. 30. §. 3. de adq. rer. dom. 2.1.18.
L. penult. eod. 2.1.17.
L. 12. §. 1. de adq. poſſeſſ. 4.15.3.
L. 1. §. vlt. de libero hom. exhib. 1.10.13.
L. in omnibus 13. de diuerſ. temp. præſcr. 2. 6.5.
L. 6. doli except. 3.30. in pr.
L. 1. in pr. de obl. & act. 4.6.1. & 3.14.2.
L. obligamur 52. eod. 3.14.2.
L. Stichum 95. §. naturales de ſolutionibus 4.14. princ.
L. cum quærebatur 13. verſ. proinde Iudic. ſolui 4.11. princ.
L. inter omnes 4.6. §. pen. de fuit 4.1.6.
L. 2. §. 22. vi bon. rapt. 4.2.2.
L. ſi apes 26. de furtis 2.1.28.
L. ſi vxor 13. §. 1. de adulter 1.10.1.
L. ſtuprum 34. eod. tit. 4.18.2.
L. 1. in pr. vi bon. rapt. 42. pr.
L. ſi quis 52. §. vlt. de furtis. Ibid.
L. Item 15. §. ſi quis 15. de iniur. 4.4. pr.
L. 5. §. vlt. de var. & extr. cognition. 1.16.3.
L. inter 101. de verb. ſign. 4.18.2.

EX CODICE.

L. 2. & 3. C. de Legibus 1.2.9.
L. diſcretis 10. C. Qui teſtam. fac. poſſ. 2.12.3.
L. Quæſtio 23. C. de legatis 2.14.5.
L. 9. C. de hæredib. inſtit. 2.14.6.
L. vlt. in pr. 6. comm. de legatis 2.20.18.
L. vlt. C. de pat. pot. 1.9.2.
Auth. malæ fidei C. de longi temp. præſcr. 2.6.3.
N. 115. cap. 3. 2.18.1.
L. 4. C. Theod. de legit. hæred. emendata 3.1.15.

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google